

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXV
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
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 IPIÑA

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 GARCÍ-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

Páginas

SECCION DOCTRINAL

<i>La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español,</i> por José Cerezo Mir	561
<i>Prolegómenos al estudio del Derecho penal en China Imperial,</i> por el doctor Israel Drapkin S.	581

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 fascículo aparecido: Mayo-agosto 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

SÉRIE 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 III



SEPBRE.-DICBRE.
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

La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español(*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

Lo primero que llama la atención en la regulación del aborto en los artículos 161 y ss. del Proyecto de la Ley Orgánica de Código penal de 1980 es su similitud con la del Código penal vigente. Ello explica quizá el silencio absoluto —a primera vista sorprendente, por tratarse de un tema sumamente polémico— de la Exposición de Motivos del Proyecto acerca de la regulación de este delito.

Se sanciona a la mujer que consienta su aborto o se lo produzca a sí misma y al que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento, con la pena de prisión de seis meses a tres años. Estos son los tipos básicos, siendo importante resaltar que se trata, según la clasificación del propio Proyecto, de delitos graves. Según el artículo 19, son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave, y de acuerdo con el artículo 67, es pena grave la de prisión superior a dos años. Estos delitos de aborto quedan excluidos, por tanto, de la suspensión del fallo. Entre las condiciones necesarias para dejar en suspenso el fallo, el artículo 92 menciona que la infracción cometida no constituya delito grave. Las personas responsables de estos delitos podrán beneficiarse, sin embargo, de la condena condicional cuando la pena impuesta fuera inferior a doce meses (art. 94, 3.º) o veinticuatro meses «si en el hecho delictivo concurriere alguna exención incompleta o atenuante muy calificada, apreciadas como tales en la sentencia» (art. 94, penúltimo párrafo). En este aspecto la situación sigue siendo esencialmente la misma que en el Código penal vigente, donde se sanciona a la mujer que consienta su aborto o se lo cause a sí misma

(*) Ponencia mantenida en el Seminario Hispano-Alemán sobre la reforma penal, organizado por la Primera cátedra de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto Alemán de Cultura con el patrocinio del Centro de Estudios Juan de la Rosa, y celebrado en Madrid en los días 11 al 13 de marzo de 1982. Las ponencias se han publicado recientemente en el volumen «La reforma penal», Udina, Madrid, 1982.

o al que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento, con la pena de prisión menor (de seis meses y un día a seis años) (art. 411, núm. 2.º y art. 413), pudiendo beneficiarse estas personas de la condena condicional (art. 93) cuando la pena privativa de libertad impuesta fuera inferior a uno o dos años, en este último caso «si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy calificada, apreciada como tal en la sentencia». La única diferencia estriba en que, según el Proyecto, se puede extender la aplicación de la condena condicional a las penas de prisión de hasta dos años de duración en caso de apreciarse una eximente incompleta. Según el Código penal vigente, en estos casos se aplica la condena condicional por ministerio de la ley (art. 94, 1.º), pero sólo en las penas privativas de libertad de duración inferior a un año.

El aborto producido sin el consentimiento de la mujer embarazada se sanciona en el Proyecto con la pena de prisión de tres a seis años (art. 161, párrafo primero).

En el aborto producido con el consentimiento de la mujer embarazada se establecen tipos agravados cuando el consentimiento haya sido obtenido por medio de violencia, intimidación o engaño (art. 161, párrafo segundo y párrafo tercero del artículo 162 del Proyecto). Cuando el medio utilizado haya sido la violencia o la intimidación la elevación de la pena es extraordinaria, pues pasa de prisión de seis meses a tres años a prisión de seis a ocho años. Cuando el medio utilizado sea, en cambio, el engaño se impone únicamente la pena superior en grado: prisión de tres a cuatro años y seis meses. En el aborto producido sin el consentimiento de la mujer embarazada se incluye un tipo agravado cuando en el aborto se hubiera empleado violencia o intimidación. En este caso se aplica la pena superior en grado: prisión de seis a ocho años. Si comparamos estos tipos agravados con los correspondientes del Código penal vigente, observamos que en el Proyecto la elevación de las penas es muy superior, salvo en el caso de que el medio utilizado para obtener el consentimiento sea el engaño. En los tipos agravados del Proyecto no se incluye, sin embargo, en ningún caso, a las amenazas entre las circunstancias calificativas (1) y el engaño no figura entre las circunstancias calificativas del aborto producido sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Un acierto indudable del Proyecto es que en él no aparece un delito calificado por el resultado similar al del párrafo último del artículo 411 del Código penal vigente. En este último precepto se dispone que: «Cuando a consecuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el núm. 1.º

(1) En el seno de la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación propuse que se incluyera la referencia a las amenazas en el tipo calificado del párrafo 2.º del artículo 158 del Anteproyecto, correspondiente al párrafo 2.º del artículo 161 del Proyecto.

del art. 420, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor». En su lugar se incluye, en el núm. 2.º del art. 163, un tipo agravado: «Cuando por los medios utilizados o por la forma imperita de su actuación se hubiere creado un riesgo grave para la vida o salud de la embarazada». En estos casos se impondrá al culpable la pena correspondiente en su mitad superior. No es preciso, a mi juicio, que el riesgo grave se haya producido de forma dolosa, sino que puede haberlo sido de forma culposa, es decir, como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Estamos, en realidad, ante un delito calificado por el resultado de peligro, debiendo concurrir, al menos, respecto al mismo, culpa, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 3.º.

En el Proyecto (núm. 1.º del art. 163) se incluye también, como en el Código penal vigente (párrafo 2.º del art. 415) un tipo agravado para las personas que se dedicaren habitualmente a provocar el aborto (2). Se les impondrá la pena correspondiente en su mitad superior. Una diferencia importante entre la regulación del Proyecto y la del Código penal vigente estriba, sin embargo, en que en el Proyecto no se incluye un tipo calificado para *todo* aborto cometido por un facultativo (3). Se establece únicamente un tipo superagravado para los facultativos que se dedicaren *habitualmente* a provocar de modo ilegal el aborto (art. 164) (4). Se les aplicará la agravación prevista para los que se dedicaren habitualmente a practicar el aborto y además la pena de «inhabilitación especial para prestar cualquier género de servicios en centros hospitalarios, clínicas médicas o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis a doce años» (5). Esta última pena se aplica, según el Código penal vigente (art. 417) no sólo a los facultativos, sino a todos los culpables de aborto, se hallen o no en posesión de título facultativo o sanitario.

Un endurecimiento considerable en la represión del aborto supone

(2) Estos tipos deberían ser, en realidad, suprimidos, pues suponen una agravación de la pena por la culpabilidad de conducta de vida o por la peligrosidad, y en el Proyecto la habitualidad constituye una categoría de estado peligroso, para la que están previstas las correspondientes medidas de seguridad (artículo 150).

(3) Como en el párrafo 1.º del art. 415 del Código penal vigente.

(4) La agravación prevista para los facultativos se aplica, según lo dispuesto en el art. 165 del Proyecto, a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de un título sanitario, a los farmacéuticos y sus dependientes.

(5) Quizá haya pesado en la restricción del ámbito de la calificación la consideración político-criminal de que la intervención de un facultativo disminuye los riesgos para la vida y la salud de la mujer embarazada. En este caso lo más lógico sería, sin embargo, suprimir en todo caso la calificación. Véase, en este sentido, Aurora GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1981, pág. 219. Desde el punto de vista dogmático la agravación de la pena está justificada en *toda* intervención de facultativo, por ser mayor la gravedad de lo injusto, concretamente del desvalor de la acción, por la infracción de deberes jurídicos específicos. Esta mayor gravedad de lo injusto podría ser tenida en cuenta, sin embargo, por el Tribunal en la medición de la pena dentro del marco penal de la figura delictiva correspondiente.

la no inclusión en el Proyecto de una figura similar a la del llamado aborto honoris causa del artículo 414 del Código penal vigente (6). De acuerdo con este precepto: «Cuando la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor. Igual pena se aplicará a los padres que, con el mismo fin y con el consentimiento de la hija, produzcan o cooperen a la realización del aborto de ésta. Si resultare muerte de la embarazada o lesiones graves se impondrá a los padres la pena de prisión menor». Este precepto supone que la mujer que produzca su aborto o consienta en que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, podrá beneficiarse de la condena condicional, al ser la pena privativa de libertad prevista, arresto mayor, de duración inferior a un año, siempre que se den, naturalmente, los restantes requisitos del artículo 93, es decir, que haya delinquirido por primera vez y no haya sido declarada en rebeldía. Lo mismo cabe decir de los abuelos maternos que con el fin de ocultar la deshonra de la hija, produzcan su aborto o cooperen en el aborto que ella misma cometa. Incluso en los supuestos en que se produzca la muerte de la embarazada o lesiones graves no queda descartada por completo la posibilidad de que los abuelos maternos puedan beneficiarse de la condena condicional, pues la pena prevista para estos casos es la de prisión menor (seis meses y un día a seis años).

En el artículo 174 del Proyecto se incluye una figura delictiva similar a la del artículo 412 del Código penal vigente: «El que ejerciere violencias sobre mujer encinta, a sabiendas de su estado y le ocasionare el aborto sin propósito de causárselo, será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años». Es discutible si la figura delictiva del artículo 412 es un delito culposo o un delito calificado por el resultado (7). En el Proyecto es indudable que deberá concurrir en todo caso culpa respecto al resultado de aborto, en virtud de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 3.º: «Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa».

(6) Véase también, en este sentido, Gerardo LANDROVE DÍAZ, *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, en *Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal objetiva*, II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, Avila-Alcalá de Henares, Avila, 1981, págs. 74-5.

(7) Me inclino por esta última interpretación; véase, por ejemplo, en este sentido, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, pág. 171, y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, Universidad de Sevilla, 2.ª ed., pág. 67. La inclusión en el art. 412 de los supuestos de dolo eventual está descartada por utilizar el Código el término «de propósito», en general, y en particular en el art. 411, como sinónimo de voluntad, intención y malicia, para designar todo el dolo; véase mi *Curso de Derecho penal español, Parte General, I, Introducción, Teoría jurídica del delito* (1), 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1981, págs. 425 y 444-5. Una detallada exposición de las diversas interpretaciones de la figura delictiva del art. 412 en la moderna Ciencia del Derecho penal española, en AURORA GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, págs. 136 y ss.

No cabe duda, por otra parte, de que las restantes conductas culposas son impunes, pues en el Proyecto se adopta el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos. Según el artículo 18: «Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley». En el Capítulo IV del Título I, «De los delitos contra la vida e integridad personal», no aparece figura alguna de aborto culposo (8). Aplicando las cláusulas generales del artículo 565 del Código penal vigente, el Tribunal Supremo ha castigado, en cambio, en alguna ocasión, conductas culposas de aborto no comprendidas en el artículo 412 (9). En este aspecto, por tanto, el Proyecto introduce una restricción en el ámbito de las conductas punibles.

Sorprende, sin embargo, que en un Proyecto de Código penal basado, como se indica expresamente en la Exposición de Motivos, en el principio de intervención mínima la despenalización del aborto no haya sido mayor (10). No se ha incluido siquiera la indicación terapéutica, aunque la opinión dominante en la moderna ciencia del Derecho penal española considera que en caso de que la continuación del embarazo o el parto entrañen un grave peligro para la vida de la madre es aplicable la eximente de estado de necesidad del número 7 del artículo 8.º, que tendrá en este caso la naturaleza de una causa de justificación, por ser indudable que nuestro Código penal valora más la vida humana independiente que la intrauterina. Ello se deduce claramente de la comparación de las penas del homicidio (art. 407) y del aborto (arts. 411 y ss.) (11).

(8) El art. 174 está concebido claramente como un delito calificado por el resultado.

(9) Véase la Sentencia de 14 de mayo de 1980, citada por RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, pág. 467.

(10) Véase también, en este sentido, G. LANDROVE DÍAZ, *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, lug. cit., pág. 76.

(11) Véase, por ejemplo, en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte Especial*, 8.ª ed., Madrid, 1980, pág. 88; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, pág. 63; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I, 1, *Infracciones contra las personas en su realidad física*, 2.ª ed. puesta al día por Enrique Gimbernat, Madrid, 1972, págs. 575-6; CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, Barcelona, Bosch, 1955, págs. 104-5; DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español (Parte Especial). Delitos contra las personas*, Madrid, 1962, págs. 339 y ss.; SUSANA HUERTA TOCILDO, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, págs. 77 y ss., *Criterios para la reforma del delito de aborto*, «Cuadernos de Política Criminal», núm. 8, 1979, pág. 73, nota 2; y GIMBERNAT, *Por un aborto libre*, artículo publicado en *El País*, en los días 2, 3 y 4 de diciembre de 1977 y recopilado en su volumen *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Civitas, 1981, pág. 37. El Tribunal Supremo no ha hecho aplicación, sin embargo, en ningún caso, que yo sepa, de la eximente de estado de necesidad en supuestos de aborto por indicación terapéutica. En la S. de 25 de enero de 1974 (A. 280), citada por Gimbernat, el Tribunal Supremo condenó a un facultativo por aborto producido con el consentimiento de la mujer (art. 415) con la agravante de precio y se limitó a decir «y mucho menos conste que su intervención fuera para salvar la vida de la paciente en plan humanitario, como dice el recurso, pues si así lo hubiera hecho la relación fáctica habría dejado constancia de la intención, dada la importancia

En el Anteproyecto elaborado en la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación, la situación era diferente. En primer lugar, las penas eran algo inferiores. El aborto producido sin el consentimiento de la mujer estaba sancionado —en el párrafo 1.º del artículo 158, equivalente al párrafo 1.º del artículo 161 del Proyecto— con la pena de prisión de tres a cinco años, en lugar de tres a seis años. En los supuestos comprendidos en el artículo 159, equivalente al artículo 162 del Proyecto (aborto producido con el consentimiento de la mujer y mujer que consiente en su aborto o se lo produzca ella misma) la pena máxima era de dos en lugar de tres años. En estos casos era posible, por tanto, aplicar en ocasiones (por ejemplo, cuando la mujer fuera menor de veintidós años y se dieran los restantes requisitos enumerados en el artículo 92 del Proyecto) la suspensión del fallo, pues se trataba de un delito menos grave.

Por otra parte, en el artículo 162 se reconocían las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética en los siguientes términos:

«El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación de los artículos 194 y 195, o de una inseminación artificial no consentida, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que dichos delitos hubiesen sido oportunamente denunciados.

3.ª Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada y que presten servicio en un centro oficial o de planificación familiar».

Se trata, como puede apreciarse, de una variante moderada del sistema llamado de las indicaciones. Se exige en todo caso que la intervención la realice un médico y la exención de responsabilidad se limita a los supuestos de peligro *grave* para la vida o la salud de la madre, de peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas y de embarazo producido como consecuencia de un delito de violación o de una inseminación artificial no consentida (no basta, como en otros códigos penales europeos, que el embarazo sea consecuencia de un incesto o un estupro, es decir, de cualquier delito contra la honestidad). No se admite en ningún caso la llamada indicación social.

Como alternativa a esta solución de las indicaciones se había sometido a la deliberación de la Sección una propuesta de Gimbernat

del extremo», pero en ningún caso se alude expresamente en el extracto de Aranzadi, que es lo único que he podido manejar, a la posible aplicación de la eximente de estado de necesidad.

Ordeig, miembro de la Ponencia redactora del borrador del Anteproyecto, que propugnaba la llamada solución de los plazos. El médico que provocara el aborto con el consentimiento de la mujer y la mujer que consintiera en dicho aborto o se lo causase a sí misma en las primeras doce semanas del embarazo estarían exentos de responsabilidad criminal (12). A partir de las doce primeras semanas el aborto sólo estaría permitido en los supuestos de indicación terapéutica y eugenésica, en los siguientes términos: artículo 162 bis: «Transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, quedarán exentos de responsabilidad la mujer que consintiere o se provocare un aborto y el médico que se lo practicare, siempre que ello fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada. La exención de responsabilidad será igualmente aplicable al médico que practicare un aborto y a la mujer que lo consintiere cuando la intervención se llevara a cabo para impedir el nacimiento de un niño con graves taras físicas o psíquicas: en este caso serán requisitos necesarios para eximir de responsabilidad que el aborto se realice en las primeras veintidós semanas a partir de la concepción, y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por un médico distinto del que practica la intervención».

Tras una intensa y apasionada deliberación, en la que defendí la solución de las indicaciones, la de los plazos, propuesta por Gimbernat, fue rechazada por amplia mayoría. Votaron únicamente a favor de la misma Muñoz Conde, Quintero Olivares y el propio Gimbernat. Sometida a votación, a continuación, la solución de las indicaciones, fue aprobada por trece votos contra once, gracias a que fue apoyada por Gimbernat, Muñoz Conde y Quintero Olivares. Habían presentado escritos oponiéndose tanto a la solución de los plazos como a la de las indicaciones, los fiscales Miguel Ibáñez y García Velasco y Luis Beneytez Merino. La solución de los plazos, rechazada, fue incorporada al Anteproyecto como un voto particular de Gimbernat.

Es interesante señalar, también, que en la primitiva redacción del borrador del Anteproyecto, en el párrafo 2.º del artículo 159 —equivalente al párrafo segundo del artículo 162 del Proyecto— se establecía una graduación de la pena, según que la mujer consintiera en su aborto o se lo produjera a sí misma antes o después de las doce primeras semanas del embarazo. En el primer caso la pena prevista era únicamente el arresto de seis a doce fines de semana, mientras que si el consentimiento o el aborto se habían producido después de las doce primeras semanas del embarazo la pena era de prisión de seis meses a dos años. En contra de esa distinción, que acusaba la influencia de la solución de los plazos, Miguel Ibáñez y García Velasco y yo presentamos enmiendas en la Sección de Derecho penal de la Comisión

(12) En el art. 162, en la redacción propuesta por Gimbernat, se declara: «Estarán exentos de pena el médico que provocare un aborto durante las doce primeras semanas del embarazo y la mujer que consintiere en la intervención. Tampoco responderá la mujer que dentro de ese plazo se causate a sí misma un aborto».

General de Codificación, que tras la correspondiente deliberación, fueron aceptadas. En mi enmienda señalaba que las penas previstas para los supuestos en que el consentimiento de la mujer o el aborto causado por ella misma se produjeran en las primeras doce semanas del embarazo eran excesivamente leves, casi simbólicas, y Miguel Ibáñez, por su parte, objetaba: «Acoge este párrafo y da por cierta, la tesis admitida en otras legislaciones, de que la concepción y en suma la vida humana no surge con la fecundación del óvulo, sino tiempo más tarde, cuando el feto tiene ya indudable forma similar al nacido. Creemos que esta postura científica está todavía en el campo de lo discutible y no debe traerse al Código penal». En la discusión Córdoba Roda arguyó, que el que las penas fueran meramente simbólicas no suponía necesariamente que debieran ser sustituidas por otras más elevadas, mientras que Torío subrayó, en favor de la supresión de la distinción, la inoportunidad de la pena de arresto de fin de semana, que podía dar lugar a manifestaciones de solidaridad con las mujeres que cumplieran esta pena, a la entrada o a la salida de los establecimientos penitenciarios. En definitiva, se estableció, pues, para todos los supuestos en que la mujer consintiera en su aborto o se lo produjera a sí misma, la pena de prisión de seis meses a dos años.

En el curso de la deliberación, Torío sugirió que se incluyeran en la indicación ética los supuestos en que el embarazo fuera consecuencia de un incesto. Conde Pumpido puso fin a la discusión, llamando la atención sobre las dificultades con que iba a tropezar ya la aceptación del catálogo de indicaciones contenido en el artículo 162 del Anteproyecto, no siendo conveniente, por ello, agravar estas dificultades con la inclusión de otros supuestos.

La solución de las indicaciones fue rechazada por el Gobierno y el artículo 162 del Anteproyecto no se incluyó, por consiguiente, en el texto del Proyecto de nuevo Código penal remitido a las Cortes. En la Memoria explicativa del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal se justifica esta decisión con las siguientes palabras: «Después de una consideración detallada de los pros y los contras, se ha preferido no establecer una regulación específica de las llamadas 'indicaciones', determinantes en otros ordenamientos de exención de responsabilidad en el aborto por peligro para la vida de la madre, violación causante del embarazo o malformaciones esperadas en el recién nacido, porque el bien jurídico de la vida no puede ser considerado de rango inferior a otros bienes jurídicos, como lo son la salud y la libertad, y porque en los casos auténticamente graves se puede llegar al mismo resultado de la exención de responsabilidad aplicando las reglas sobre causas de justificación o de inculpabilidad previstas en la Parte General del Código».

Esta decisión del Gobierno me parece equivocada. Es cierto que en los supuestos en que la continuación del embarazo o el parto pongan en grave peligro la vida de la madre será posible apreciar la exigencia de estado de necesidad (núm. 6.º del art. 26 del Proyecto), que

tendrá en estos casos la naturaleza de una causa de justificación, pues también en el Proyecto de nuevo Código penal se otorga un mayor valor a la vida humana independiente que a la intrauterina, de acuerdo con las concepciones sociales. La pena del homicidio simple (art. 155) es de prisión de ocho a quince años y la del aborto producido sin el consentimiento de la mujer y mediante el empleo de violencia o intimidación es de prisión de seis a ocho años (art. 161). No es posible apreciar, sin embargo, la eximente de estado de necesidad en los supuestos en que la continuación del embarazo o el parto supongan un peligro grave para la salud de la madre, pues en el Proyecto se valora más la vida humana intrauterina que la integridad corporal, como se advierte en la inclusión de la regulación del aborto en el Capítulo II del Título I, entre la del homicidio y sus formas (Capítulo I) y las lesiones (Capítulo III) (13). Una comparación de los marcos penales concretos de las diversas figuras de aborto y lesiones distorsionaría la escala de valores establecida por el Código y llevaría, por tanto, a soluciones contrarias a la voluntad de la ley (14). No sería posible tampoco aplicar en estos casos la eximente de miedo insuperable (núm. 8 del art. 26), pues en esta causa de inculpabilidad se exige que se trate de un miedo insuperable *a un mal igual o mayor* (15). La apreciación de la eximente de trastorno mental transitorio (núm. 1.º del art. 26) sólo podrá producirse en supuestos muy excepcionales al ser necesario que se dé una perturbación total de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar con arreglo a este conoci-

(13) De la misma inserción sistemática de la regulación del aborto se deduce ya, tanto en el Proyecto como en el Código penal vigente, que el bien jurídico protegido es la vida del feto y no una mera «esperanza de vida», como supone Susana HUERTA *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, págs. 19 y ss., especialmente pág. 32. Sería absurdo realmente, como señala Susana Huerta, que el Código o el Proyecto valoraran más una mera «esperanza de vida» que la salud física o psíquica de la madre. No es posible estimar, por tanto, que en el aborto producido para evitar un grave peligro para la salud de la madre, el mal menor sea la destrucción de la vida del feto. Esta es la opinión de Susana Huerta, que considera aplicable en estos casos la eximente de estado de necesidad, que tendrá la naturaleza de una causa de justificación: véase. *op. cit.*, págs. 77 y ss.

(14) No me parece viable, por ello, la propuesta de Rodríguez Devesa, que se opone a la aceptación de la solución de las indicaciones, incluso a una regulación expresa de la indicación terapéutica, pero propone, entre otras soluciones, «hacer una aplicación más generosa del estado de necesidad, concebido con gran amplitud en nuestro Código, no sólo a los casos en que haya peligro grave para la vida de la madre, sino a todos aquéllos en que corra un grave peligro su salud física o mental de no practicarse la interrupción. Del lado médico habría que reputar estos casos como auxilio necesario...»; véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte Especial*, pág. 101. Aceptaban ya la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los supuestos de peligro grave para la salud de la madre, CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, págs. 104-5; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo I, vol. 1, 2.ª ed., puesta al día por E. GIMBERNAT, págs. 575-6.

(15) Véase sobre este límite objetivo a la eficacia excluyente de la responsabilidad criminal del miedo insuperable, mi artículo *Culpabilidad y pena*, recopilado en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pág. 193.

miento y resultaría aún más difícil si se exigiera, como hace generalmente el Tribunal Supremo y aún propugna algún sector de la doctrina, un fondo patológico (16). A las mismas conclusiones tendríamos que llegar en relación con los supuestos de indicación eugenésica, es decir, de peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas o de indicación ética en que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación o de una inseminación artificial no consentida, pues en todos ellos el mal causado es mayor que el que se trata de evitar (17).

En los supuestos en que la continuación del embarazo o el parto supongan un peligro grave de la salud de la madre, en que exista un peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas (hoy se puede diagnosticar con seguridad, cuando el feto se encuentra en el vientre de la madre, si el niño será un mongólico, es decir, un subnormal profundo), o en que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación o de una inseminación artificial no consentida, no le es exigible, sin embargo, a la madre la obediencia al Derecho. No hay que olvidar que el principio de humanidad es uno de los principios fundamentales del Derecho penal moderno. La exención de culpabilidad en estos casos está de acuerdo con las concepciones ético-sociales realmente vigente en nuestra sociedad (18).

En la propia Iglesia Católica se han alzado voces en favor del reconocimiento de algunas indicaciones, como ha señalado entre nosotros el P. Beristain (19). «A la luz de la teología y la moral católica de ayer y de hoy» —dice el P. Beristain— «parece aconsejable concluir que no hay dificultad desde sus puntos de vista tanto filosóficos como teológicos y de práctica pastoral, para que la legislación civil permita

(16) Véase, a este respecto, mi artículo *El tratamiento de los semiimputables*, recopilado en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho penal*, págs. 144 y siguientes y las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril, 29 de abril, 9 de junio, 11 de julio y 25 de septiembre de 1981.

(17) Quintano Ripollés admitía la aplicación del estado de necesidad en los supuestos de indicación ética en que el embarazo se hubiera producido como consecuencia de una violación, por estimar, a mi juicio sin fundamento suficiente, que el honor era un «bien cuyo valor ético-social es por lo menos de tanta entidad como la hipotética vida ulterior del feto»: véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, tomo I, vol. 1, pág. 584.

(18) Sumamente interesantes son los resultados que se obtuvieron en el sondeo a la opinión estudiantil universitaria de Granada sobre la incriminación del aborto, realizado bajo la dirección del catedrático de aquella Universidad, don José A. SÁINZ CANTERO. Se acepta la incriminación general del aborto provocado, pero se admiten decididamente las indicaciones terapéutica y eugenésica. Se rechaza claramente la indicación económico-social y se rechaza también, aunque con vacilaciones, la indicación ética en caso de violación; véase José A. SÁINZ CANTERO, *Sondeo a la opinión estudiantil universitaria de Granada sobre la incriminación del aborto y su regulación actual*, «Revue International de Droit Pénal», 1978, núm. 1, págs. 299 y ss., especialmente págs. 304 y ss.

(19) Véase Antonio BERISTAIN, *Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teológico-jurídicas*, en *Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal objetiva*, II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, páginas 90 y ss.

el aborto cuando se cumplan las circunstancias extremas de algunas de las llamadas 'indicaciones'. Indudablemente no debe considerarse delictiva la interrupción voluntaria del embarazo en el supuesto de estar en peligro la vida de la madre. Estudios más detenidos deben analizar las vigencias desincriminadoras de la indicación médica (peligro de grave enfermedad para la madre), de la indicación eugénica (peligro de grave malformación para el *nasciturus*) e indicación social o jurídica. Hablando con más propiedad, la moral no rechaza todas las indicaciones. Tampoco se detiene a trazar en concreto la línea fronteriza de lo incriminable. No es esa su misión» (20).

La exención de culpabilidad en los supuestos de peligro grave para la salud de la madre, de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas o en que el embarazo sea consecuencia de una violación o una inseminación artificial no consentida, de acuerdo con la teoría normativa, ampararía únicamente, sin embargo, a la madre o a los padres, en las indicaciones terapéutica y eugenésica, pero no a los terceros que causaren el aborto, ni siquiera al médico (21). Esta solución no sería acertada desde el punto de vista político-criminal, pues favorecería la comisión del aborto por la propia madre o por personas imperitas, lo cual supondría un grave peligro para la vida y la integridad corporal de la madre. Es aconsejable, por ello, que la realización del aborto en los supuestos mencionados de las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética, se autorice únicamente a los médicos. Las eximentes tendrían entonces la naturaleza de una causa de justificación. La conducta del médico sería lícita, al estar autorizada por el ordenamiento jurídico, a la vista del conjunto de los intereses en juego (22). Se trataría de una

(20) ANTONIO BERISTAIN, *op. cit.*, págs. 92-3. El P. GAFO en su conocida monografía *El aborto y el comienzo de la vida humana* considera moralmente lícita la destrucción del óvulo antes del anidamiento, es decir, en las dos primeras semanas del embarazo, en los supuestos de indicación terapéutica y ética en que el embarazo sea consecuencia de una violación: véase JAVIER GAFO *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Editorial Sal Terrae, Santander, 1979, págs. 251 y siguientes.

(21) RODRÍGUEZ DEvesa señala también que la fundamentación de las indicaciones en la inexigibilidad de otra conducta plantea el problema de la inmunidad o no de los partícipes: si se mantiene un principio de accesoriidad limitada: véase RODRÍGUEZ DEvesa, *Derecho penal español, Parte Especial*, pág. 86. Estos inconvenientes, más una grave inseguridad, jurídica acerca de los límites de la exención de responsabilidad, ofrecería la solución propuesta por BUENO ARÚS, en lugar de un catálogo de indicaciones: «El estado de necesidad en el caso de peligro para la vida de la madre y el principio de no exigibilidad (como eximente por analogía) en los casos en que verdaderamente el aborto represente la *única solución* (no la más fácil o la más cómoda) para una situación angustiosa intolerable, lleva a la exención de responsabilidad criminal pretendida sin distorsionar los principios básicos de la convivencia»; véase BUENO ARÚS, *Una nota sobre el aborto*, en *Estudios penales y penitenciarios*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, pág. 109.

(22) Véase, en este sentido, SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 ed., 1980, par. 218 a, núm. 6, pág. 1401, y RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 2, Bes. Teil, 1978, par. 218 a, núm. 1, págs. 58-9, en relación con las indicaciones reconocidas en el art. 218 a del Código penal alemán.

ampliación del ámbito de la eximente del ejercicio legítimo de la profesión médica (núm. 9.º del art. 26), a la que se atribuye unánimemente la naturaleza de una causa de justificación.

Creo que no puede invocarse la no exigibilidad de la obediencia al Derecho en los supuestos en que el embarazo sea consecuencia de un incesto o de un estupro, o en los de la llamada indicación social, en que la madre o los padres carecen de medios económicos para sustentar al nuevo hijo o la madre es excesivamente joven y le falta la madurez y preparación necesarias para atender y cuidar al hijo. La gran variedad de medios anticonceptivos existente y su amplia difusión, permiten llevar a cabo un control de la natalidad para evitar en todos esos casos un embarazo no deseado.

La solución de las indicaciones es propugnada también, con mayor o menor amplitud, en la moderna Ciencia del Derecho penal española, por Landrove (indicaciones terapéutica, eugenésica y ética) (23), Barbero Santos (24), Beristain (al menos indicación terapéutica en caso de peligro para la vida de la madre) (25) y Aurora García Vitoria (indicaciones médica, eugenésica, ética —cuando el embarazo haya sido consecuencia de una violación— y social) (26). La Minoría Catalana, en su enmienda núm. 59 al art. 163 del Proyecto, presentada en el Congreso de los Diputados, ha propuesto el reconocimiento de las indicaciones ética, terapéutica y eugenésica en términos esencialmente coincidentes con el artículo 162 del Anteproyecto (27). El Partido

(23) Véase G. LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, Barcelona, Bosch, 1976, págs. 136 y ss., *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, «Cuadernos de Política Criminal», núm. 10, 1980, págs. 86-7, y *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, *lug. cit.*, página 76.

(24) Véase Marino BARBERO SANTOS, *La reforma penal española en la transición a la democracia*, «Revue Internationale de Droit Pénal», 1978, núm. 1, páginas 65 y ss., y Prefacio al volumen *Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal objetiva*, II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, pág. 13.

(25) BERISTAIN, *Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teológico jurídicas*, *lug. cit.*, pág. 92.

(26) Véase AURORA GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, pág. 223. La indicación social la concibe con extraordinaria amplitud: «cuando para su ejecución concurren motivos de pobreza económica grave, incapacidad física o mental de la madre, minoría de edad de dieciséis años de la madre, o cualquier otro motivo que, previa solicitud de la interesada, y a juicio del Tribunal y de las Comisiones Investigadoras, hagan aconsejable el aborto». Susana Huerta, partidaria de la solución de los plazos, propone, no obstante, «una solución amplia de indicaciones», por temor a que la solución de los plazos sea tachada de anticonstitucional: véase SUSANA HUERTA TOCILDO, *Criterios para la reforma del delito de aborto*, *lug. cit.*, págs. 88-9.

(27) La redacción que propone del art. 163 bis es la siguiente: «El aborto no será punible si se practica por un médico, con el consentimiento expreso de la embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª) Que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación de los previstos en los arts. 200 y 201 de este Código o de una inseminación artificial no consentida, siempre que el aborto se practique dentro de los tres primeros meses del embarazo. 2.ª) Que el aborto sea necesario para evitar un grave peligro para la vida

Nacionalista Vasco, en su enmienda núm. 1.725, al capítulo del aborto, va aún más lejos, pues incluye en la indicación ética todos los supuestos en que el embarazo sea consecuencia de un delito contra la libertad sexual (28). Por mi parte, sugerí a don Juan Antonio Ortega y Díaz Ambrona, entonces Secretario de Estado para el desarrollo constitucional, la presentación por parte de UCD de una enmienda tendente a introducir en el Proyecto un artículo 165 bis coincidente con el artículo 162 del Anteproyecto, que contenía el catálogo de indicaciones. La sugerencia fue rechazada por estimarla incompatible con la línea política del Gobierno (29).

La solución del plazo, es decir, la impunidad del aborto realizado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o por la mujer misma en un primer período de la gestación debe rechazarse, a mi juicio, por ser contraria a la protección que otorga nuestra Constitución a la vida humana, en el artículo 15 y por no ser convincentes los argumentos que se esgrimen en su favor. La impunidad del aborto realizado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o por la mujer misma, en las primeras doce semanas del embarazo, fue propuesta, como vimos, por Gimbernat en el seno de la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación (30). Esta solución ha sido defendida también en la moderna Ciencia del Derecho penal española por Muñoz Conde, Quintero Olivares y Arroyo

o la salud de la embarazada o que exista una evidencia de que el niño naciera con una grave tara o deficiencia física o psíquica, reconocida como incurable al tiempo del previo y preceptivo diagnóstico. En los supuestos de este apartado el diagnóstico se practicará, después del pertinente examen, por dos médicos distintos, del que interviniera en el aborto y se ajustara a los requisitos que establezcan para estos casos las disposiciones sanitarias. En cualquier caso el aborto deberá practicarse de acuerdo con lo dispuesto en dichas disposiciones y siempre en un establecimiento hospitalario que reúna las condiciones que en aquéllas se determinen».

(28) Se dice en esta enmienda que: «Por constituir, en suma, supuestos de estado de necesidad o de inexigibilidad de otra conducta, debían despenalizarse tres tipos de aborto: 1.º El aborto por indicación médica: cuando la interrupción del embarazo sea necesaria para salvar la vida de la madre, o para librarla de una grave enfermedad. 2.º) El aborto por indicación ética: cuando el embarazo sea consecuencia de un delito contra la libertad sexual. 3.º) El aborto por indicación eugénica: en supuesto de malformación o embriopatía del feto. En estos casos, debieran exigirse como condiciones para despenalizar el aborto, las siguientes: 1.º Consentimiento de la mujer. 2.º Ser practicado dentro de las doce primeras semanas del embarazo (en el supuesto del aborto por indicación ética) y 3.º Ser llevado a cabo por facultativo».

(29) Véase el texto exacto de mi propuesta de enmienda en mi artículo *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, publicado en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 211 y siguientes y recopilado en mi volumen *Problemas fundamentales del Derecho penal*, págs. 355-6.

(30) Gimbernat ha defendido también su criterio en su artículo *Por un aborto libre*, publicado en *El País* en los días 2, 3 y 4 de diciembre de 1977, y recopilado en su volumen *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, págs. 43-4.

Zapatero (31). En el plano legislativo su adopción ha sido propuesta en las enmiendas presentadas en el Congreso por Socialistas de Cataluña (núm. 162) y el Partido Comunista (núm. 1.001) al artículo 162 del Proyecto de nuevo Código penal. La solución del plazo inspira también la Proposición de Ley de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Comunista (32). La solución del plazo suele combinarse con el reconocimiento de un catálogo variable de indicaciones para el aborto practicado después de los tres primeros meses del embarazo.

Con la solución del plazo la vida humana intrauterina queda privada de protección penal durante el primer período de la gestación y se incurre en contradicción con el artículo 15 de la Constitución española de 1978, donde se proclama que: «Todos tienen derecho a la vida». En la discusión del precepto constitucional se tuvo en cuenta la posible despenalización del aborto y la sentencia del Tribunal Federal Constitucional de la República Federal Alemana de 25 de febrero de 1975, que declaró inconstitucional la solución de los plazos adoptada por la Ley de 18 de junio de 1974 (33). Como consecuencia de esta sentencia se promulgó en la República Federal Alemana la Ley de 21 de junio de 1976, que adoptó la llamada solución de integración, de la solución de los plazos y de las indicaciones (arts. 218 y ss. del Código penal alemán). En esta nueva regulación predomina, sin embargo, la solución de los plazos (34), lo cual ha dado lugar a que un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal alemana siga formulando contra ella reparos de inconstitucionalidad (35).

(31) Véase MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, en *II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal*, pág. 114; G. QUINTERO OLIVARES, *Observaciones sobre la Parte Especial del Anteproyecto de Código penal, Delitos contra la vida y libertad y contra el Patrimonio y el orden económico*, en *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pág. 254; y Luis ARROYO ZAPATERO, *Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, en *II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal*, págs. 84 y ss. y *Prohibición del aborto y Constitución*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 3 monográfico, *La reforma del Derecho penal*, págs. 217 y ss.

(32) Véase su texto en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 145 I, 14 de julio de 1981.

(33) Véase E. GIMBERNAT ORDEIG, *Constitución y aborto*, artículo publicado en *El País* de 13 de julio de 1979, e incluido en su volumen *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., pág. 45.

(34) Según el art. 218, III, no se castiga a la mujer embarazada que permita la práctica del aborto, por un médico, en las veintidós primeras semanas del embarazo, si recibió anteriormente el asesoramiento social y médico que se exige en el art. 218, b. Los médicos, en cambio, sólo pueden practicar el aborto, con el consentimiento de la mujer embarazada, cuando concurren las indicaciones terapéutica, ética (si el embarazo es consecuencia de cualquier delito contra la libertad sexual) o una situación de necesidad, en los plazos y con las condiciones que se fijan en la ley (arts. 218, a, b y 219).

(35) Véase, por ejemplo, K. H. GÖSSEL, *La reforma del delito de aborto en Alemania*, «Cuadernos de Política Criminal», núm. 4, 1978, pág. 6, y MAURACH-

En la primitiva redacción del artículo 15 del Anteproyecto de Constitución se declaraba: «Todos tienen derecho a la vida», sustituyéndose esta redacción en la Comisión, como consecuencia de una enmienda presentada por el Partido Socialista, por la de: «Las personas tienen derecho a la vida». Precisamente por la trascendencia que esta modificación pudiera tener para una posible despenalización del aborto, en el Pleno del Congreso se acordó, en virtud de una enmienda de Alianza Popular, que fue apoyada por los parlamentarios de UCD, volver a la primitiva redacción, que en este punto se mantuvo después inalterada. La voluntad del legislador constituyente está clara: extender la protección a la vida humana intrauterina, es decir, de los seres humanos no nacidos (36).

En una interpretación objetiva, que atienda a la voluntad de la ley, con independencia de la voluntad del legislador, se ha pretendido que con la palabra «todos» se hace referencia únicamente a los seres humanos nacidos, a las personas (37). El artículo 15 de la Constitución, argumentan Gimbernat, Jorge de Esteban y Luis López Guerra, está incluido dentro del Título I, donde se regulan los derechos y deberes fundamentales y en el artículo 10, apartado 1, que encabeza este Título se declara que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento del orden político y de la paz social». Se alude únicamente, por tanto, a las «personas» como titulares de derechos y deberes fundamentales. Por otra parte, siempre que la Constitución emplea la palabra «todos» es indudable que alude con ella únicamente a las «personas»; por ejemplo, cuando declara el derecho de «todos» al juez ordinario (art. 24, 2), a la educación (art. 27, 1), a la libre sindicación (art. 28, 1), a ejercer el derecho de petición (art. 29, 1), etc. Por último, según el apartado 2 del artículo 10: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». En el artículo 3.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos se declara que: «Todo individuo tiene derecho a la

Fr. Chr. SCHRÖDER, *Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 6.ª ed., C. F. Müller Verlag, 1977, páginas 61 y 67.

(36) Véase *Constitución Española*, Edición comentada del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 53 (comentario del prof. Lucas Verdú); Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid 1980, pág. 189 (comentario de J. M.ª Serrano Alberca); Oscar ALZAGA, *La Constitución española de 1978* (comentario sistemático), Ediciones del Foro, 1978, pág. 185, y Jorge DE ESTEBAN y Luis LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español* 1, Editorial Labor, Barcelona, 1980, pág. 142.

(37) Véase, en este sentido, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Constitución y aborto*, lug. cit., págs. 45 y ss.; Jorge DE ESTEBAN y Luis LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, 1, pág. 142; y Luis ARROYO ZAPATERO, *Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, lug. cit., págs. 81 y ss., y *Prohibición del aborto y Constitución*, págs. 196 y ss.

vida»; y en el artículo 6, párrafo 1.º del Pacto Internacional de Derechos políticos y civiles de 1966, suscrito y ratificado por España, se declara que: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana».

Contra la equiparación de «todos» con «las personas», en el artículo 15 de la Constitución, ha aducido Rodríguez Devesa (38), que ello «significaría dejar inerme al recién nacido antes de transcurrir las 24 horas necesarias, según el Código civil, art. 30, para adquirir la personalidad». En sentido similar se expresó el diputado de Alianza Popular Mendizábal y Uriarte en la discusión del Proyecto de Constitución en el Pleno del Congreso del día 6 de julio de 1978 (39). De este criterio parte también Narciso Martínez Morán (40), que concluye que es indiferente, por tanto, que en el artículo 15 de la Constitución se utilice la expresión «todos» o «las personas», pues en todo caso habría que partir de un concepto de persona no jurídico, sino filosófico-ontológico, como sinónimo de «ser humano», «hombre» o «individuo». El argumento carece de fuerza, como ha señalado ya Arroyo Zapatero (41). Según el artículo 29 del Código civil: «El nacimiento determina la personalidad» y en el artículo 30 se declara que: «Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere forma humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». En el propio artículo 30 se especifica, por tanto, que se fija el nacimiento sólo a efectos civiles. A efectos penales el nacimiento viene determinado con arreglo a otros criterios, cuando se trata de delimitar el sujeto pasivo del delito de infanticidio (el recién nacido, según el artículo 410 del Código penal). Con arreglo a la opinión que creo más correcta, el nacimiento viene determinado por la separación completa del claustro materno, no siendo necesario el corte del cordón umbilical (42). En el Código civil (art. 29) sólo puede hallarse base, a mi juicio, para estimar que el nacimiento determina la personalidad en nuestro Derecho positivo. El feto, el «nasciturus», no es aún persona.

La fragilidad de la argumentación de Gimbernat, Jorge de Esteban y López Guerra radica en que se mantiene exclusivamente en el plano de la interpretación sistemática. El «nasciturus», aun no siendo persona, en sentido jurídico, es un ser vivo, un ser humano vivo y en una

(38) *Derecho Penal Español, Parte Especial*, pág. 102.

(39) Véase *Constitución española: trabajos parlamentarios, II*, Madrid, 1980, págs. 2024 y ss.

(40) *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid», núm. 2 monográfico, págs. 158 y ss., especialmente pág. 162.

(41) «Tal opinión —dice Arroyo Zapatero— desconoce tanto que el tipo del homicidio protege la vida humana desde el comienzo del nacimiento como que cada rama del Derecho se rige en sus conceptos por sus fines específicos de protección»; véase *Prohibición del aborto y Constitución*, lug. cit., pág. 208, nota 35.

(42) Este es el criterio de RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte Especial*, págs. 24 y 62-3.

interpretación teleológica del precepto constitucional que protege la vida humana es preciso considerar que la protección se extiende a la vida humana intrauterina (43). La destrucción del feto impide que el «nasciturus» llegue a nacer, a ser persona. Por otra parte, en cuanto a la interpretación sistemática, hay que señalar que en el Preámbulo de la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, se proclama que «el niño tiene derecho a una protección jurídica adecuada, antes como después de su nacimiento, y en el Principio 4.º se le reconoce el derecho a cuidados prenatales adecuados (44). Con motivo de la celebración del Año Internacional de los Derechos del Niño, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó el 4 de octubre de 1979 una Recomendación, en la que se reconoce el derecho del niño a la vida desde el momento de la concepción. Con base en esta Recomendación se aprobó una Declaración de Derechos del Niño, antes del nacimiento, en cuyo principio segundo se proclama que la ley debe asegurarle antes del nacimiento el derecho a la vida inherente a todo ser humano (45).

Oscar Alzaga, al comentar el artículo 15 de la Constitución dice: «Imagino que desde atalayas abortistas se alegrará que el «nasciturus» no tiene capacidad para detentar derechos fundamentales. Sin embargo, de este precepto constitucional se deduce una norma objetiva, que impide al Estado permanecer impasible ante el hecho de que se mate a los «nascituri» (46).

Aun partiendo de una interpretación objetiva del precepto constitucional, que prescinda de la voluntad del legislador, la solución de los plazos, la despenalización del aborto en los tres primeros meses del embarazo, sería contraria a la Constitución. No sería contraria, en cam-

(43) Del hecho incuestionable de que la vida humana intrauterina tenga un valor inferior al de la vida humana independiente, desde el punto de vista jurídico y de las valoraciones sociales, no cabe deducir, como Arroyo Zapatero, que se trate de dos bienes o valores *distintos*, de modo que en el art. 15 de la Constitución sólo se otorgara protección a uno de ellos, a la vida de los nacidos; véase JUAN ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto y Constitución*, lug. cit., págs. 200 y ss., especialmente pág. 209, y *Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, lug. cit., pág. 82. La protección constitucional de la vida humana intrauterina la deduce Arroyo Zapatero, en una construcción sumamente forzada, de la protección de la dignidad de la persona humana en el art. 10, pero no porque reconozca dicha dignidad al ser humano en el período de gestación, sino porque la sociedad al valorar positivamente la vida humana intrauterina le atribuye esa dignidad; véase ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto y Constitución*, lug. cit., págs. 209 y ss., y *Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, lug. cit., págs. 82-3.

(44) Véase JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, *Elementos para una interpretación del artículo 15 de la Constitución (Derecho a la vida) a la luz del Derecho internacional*, en *Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad objetiva*, II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, pág. 102.

(45) Véase JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, *Elementos para una interpretación del artículo 15 de la Constitución (Derecho a la vida) a la luz del Derecho internacional*, lug. cit., pág. 105.

(46) Véase OSCAR ALZAGA, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, pág. 185.

bio, al precepto constitucional, la solución de las indicaciones (47), pues la protección de todos los derechos humanos, en general, y del derecho a la vida en particular no tiene un carácter absoluto. La protección del derecho a la vida, por ejemplo, es compatible con la regulación de la legítima defensa, como causa de justificación —núm. 4.º, 5.º y 6.º del art. 8.º del Código penal— que permite, cuando se den los requisitos exigidos por la ley, la muerte del agresor (aunque éste no haya puesto en peligro la vida del agredido).

La mayor parte de los partidarios de la solución de los plazos no niegan que deba protegerse la vida humana intrauterina, sino que consideran que la protección que otorga el Derecho penal mediante la punición del aborto es ineficaz (48). Se esgrime en este sentido la elevada cifra oscura en el delito de aborto. Se estima que en nuestro país se producen unos 300.000 abortos clandestinos cada año y el número de condenas es realmente exiguo: 67, en 1977, según las Estadísticas Judiciales de España, con setenta personas condenadas (49). Con la solución del plazo, se dice, si la autorización del aborto en el primer período de la gestación se condiciona a la necesidad de que la mujer embarazada acuda a un organismo asistencial, en el que se le informe de las consecuencias de todo tipo del aborto y se trate de prestarle ayuda para resolver sus dificultades económicas, familiares o sociales que la impulsan a consentir o llevar a cabo la interrupción del embarazo, el número de abortos disminuiría considerablemente (50). Se trataría, pues, en definitiva, de una forma más eficaz de proteger la vida humana intrauterina. El obstáculo constitucional a la despenalización del aborto en los primeros tres meses del embarazo habría quedado superado. Mi opinión personal, sin embargo, es que una despenalización general del aborto en los primeros tres meses del embarazo, daría lugar en nuestro país a un aumento considerable del número de abortos. Únicamente disminuiría quizá el número de abortos producidos por personas imperitas y por tanto, los riesgos para la salud y la vida de la mujer por la práctica del aborto. Este argumento no me parece, sin embargo, suficiente para justificar la despenalización general del aborto en el primer período de la gestación.

(47) Véase ya, en este sentido, G. LANDROVE DÍAZ, *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, lug. cit., pág. 85.

(48) Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, lug. cit., pág. 113. Este argumento se invoca expresamente en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, presentada por el Grupo Parlamentario Comunista; véase, lug., cit., pág. 530.

(49) Véase MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, lug. cit., pág. 112. Sobre la cifra oscura del aborto, véase también G. LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, págs. 31 y ss., y *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, «Cuadernos de Política Criminal», núm. 10, 1980, págs. 80-1.

(50) Véase *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, Erster Halbband J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1970, observación preliminar al art. 105, págs. 25 y ss.

En algunas ocasiones se argumenta en favor de la solución de los plazos que el embrión no es aún un ser humano o no tiene vida humana propiamente dicha en los tres primeros meses del embarazo (51). Gimbernat y Muñoz Conde (52), por ejemplo, argumentan que en el embrión no se registra una actividad bioeléctrica cerebral, se obtiene un electroencefalograma plano, en los tres primeros meses del embarazo. Si se considera que el electroencefalograma plano es la prueba más fidedigna para determinar el momento de la muerte, habría que estimar que en el embrión no hay vida mientras en él no se registre una actividad bioeléctrica cerebral. El argumento es falaz. El momento de la muerte viene determinado por el *cese irreversible* de la actividad cerebral. En el embrión, antes de transcurrir los tres primeros meses del embarazo, el electroencefalograma es plano, pero estamos ante un ser humano en desarrollo y es sólo cuestión de días o semanas el que se registre en su cerebro una actividad. No puede afirmarse que el embrión sea una «cosa», o un mero coágulo de sangre (53). La vida humana comienza con la concepción, es decir, con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Desde entonces queda fijado el código genético del nuevo ser.

Menos convincente aún me parece el argumento de la desigualdad social engendrada por la penalización del aborto (54). Es cierto que las mujeres más instruidas y de mejor posición económica podrán viajar al extranjero, a un país donde se haya llevado a cabo la despenalización del aborto en el primer período de la gestación y que verán así disminuidos los riesgos para su salud y su vida y podrán sustraerse más fácilmente a la persecución penal (55). La desigualdad ante la

(51) Así, por ejemplo, en la enmienda núm. 162 de Socialistas de Cataluña al art. 162 del Proyecto de nuevo Código penal, proponiendo la adopción de la solución de los plazos. Como consecuencia de ello exige el «respeto a la libre disposición del propio cuerpo, derecho que es inalienable de todo hombre y mujer».

(52) Véase E. GIMBERNAT ORDEIG, *Pena de muerte y aborto*, artículo publicado en *El País*, el 1 de abril de 1977, e incluido en su volumen *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1981, pág. 36, y *Por un aborto libre*, lug. cit., pág. 43, y MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, lug. cit., pág. 114.

(53) Como afirma GIMBERNAT ORDEIG, *Pena de muerte y aborto*, lug. cit., pág. 36, y *Por un aborto libre*, lug. cit., pág. 43.

(54) Véase, en este sentido, E. GIMBERNAT, *Por un aborto libre*, lug. cit., pág. 43, y MUÑOZ CONDE, *Política demográfica, planificación familiar y aborto*, lug. cit., págs. 113-4. Argumento invocado también en la enmienda núm. 162 de Socialistas de Cataluña al art. 162 del Proyecto de nuevo Código penal, proponiendo la adopción de la solución de los plazos. Sobre el llamado turismo abortivo, véase asimismo G. LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, págs. 25 y ss. y 98 y ss., *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, lug. cit., pág. 81, y *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, lug. cit., pág. 76.

(55) El criterio que mantiene actualmente el Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, la S. de 20 de diciembre de 1980) de sancionar los delitos de aborto cometidos por españoles o españolas en el extranjero, con base en el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, me parece insostenible, pues implica, sin

persecución penal por la posición económica o social no se limita, sin embargo, al delito de aborto. Las estafas cometidas por los industriales, defraudando en la sustancia, cantidad o calidad de los productos, por ejemplo, rara vez dan lugar a la persecución por delito de estafa (arts 528 y ss. del Código penal), sino que se aplican generalmente sanciones administrativas con base en el Decreto de 20 de diciembre de 1974, de disciplina de mercado. Por otra parte, la cantidad necesaria para la práctica del aborto en el extranjero no es excesivamente elevada y la información precisa no es tampoco difícil de conseguir.

duda, analogía *in malam partem*, contraría al principio de legalidad de los delitos y de las penas. El art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite únicamente, cuando se den ciertos requisitos, el castigo de los delitos cometidos por los españoles *contra españoles* en el extranjero. El «nasciturus» no es persona, en sentido jurídico, y no tiene, por tanto, nacionalidad. Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho penal español, P. General I*, 2.ª ed., pág. 243, nota 39. A los argumentos allí aducidos cabe añadir que no puede hablarse de fraude a la ley (art. 6, 4 del Código civil), como pretende el Tribunal Supremo en la mencionada S. de 20 de diciembre de 1980, si se invoca la aplicación de un precepto legal, el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que permite únicamente el castigo de los delitos cometidos por los españoles contra españoles en el extranjero cuando se den ciertos requisitos. Restricción lógica si se tiene en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico se basa en el principio de la territorialidad, en la regulación de la eficacia de la ley penal en el espacio, teniendo el principio de la personalidad un carácter meramente complementario; véase mi *Curso*, págs. 229 y ss. y 241 y ss. Véase también en contra del castigo de los delitos de aborto cometidos por españoles o españolas en el extranjero, con base en el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, G. LANDROVE DÍAZ, *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, lug. cit., pág. 82, *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, lug. cit., pág. 74. AURORA GARCÍA VITORIA, *El delito de aborto cometido en el extranjero (Consideraciones en torno a Beccaria y a una reciente y conflictiva línea jurisprudencial)*, «Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Granada» núm. 14, 1981, págs. 11 y ss., y SANTIAGO MIR PUIG, *Aborto en el extranjero, Comentario a la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1980*, en *Actualidad Jurídica*, 1981, II, págs. 62 y ss. En el futuro Código penal la situación será diferente, pues en el art. 10 del Proyecto se amplía considerablemente el campo de aplicación del principio de la personalidad y podrán castigarse, sin duda, los delitos de aborto cometidos por españoles o españolas en el extranjero. En contra de esta posibilidad se han manifestado G. LANDROVE DÍAZ, *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, lug. cit., pág. 74, y AURORA GARCÍA VITORIA, *El tipo básico de aborto*, págs. 209-210. El ámbito de aplicación del principio de la personalidad es, sin embargo, un problema de carácter general, que no puede estar condicionado únicamente por la persecución penal del aborto. En el art. 10 del Anteproyecto —que atribuía una menor amplitud al campo de aplicación del principio de la personalidad; véase mi *Curso*, págs. 244 y ss.— se establecía que: «Si la legislación del país extranjero fuere más benigna que la nacional los Tribunales españoles tendrán en cuenta esa circunstancia para atenuar la pena a su libre arbitrio».

Prolegómenos al estudio del Derecho penal en China Imperial

Dr. ISRAEL DRAPKIN S.

Profesor Emérito de Criminología de la Universidad Hebrea de Jerusalén

SUMARIO: Origen secular de las normas legales en China antigua. Relaciones entre «ley» y «magia». Características de la legislación penal en China Imperial. Los primeros «códigos» chinos. El trascendental debate entre «confucionistas» y «legalistas». La «confucionización» de la ley. Los cuatro principios fundamentales de los «códigos» imperiales. Otras peculiaridades extraordinarias de los mismos «códigos». Conclusiones.

ORIGEN SECULAR DE LAS NORMAS LEGALES EN CHINA ANTIGUA

En la historia de la Humanidad y de los numerosos tipos de cultura que existieron por doquier, se encuentra siempre una etapa de los orígenes del derecho en que la norma legal no se distingue de los preceptos divinos o religiosos. Períodos con estas características se constatan en los «códigos» (1) más antiguos, como aquellos de los sumerios, el de Hamurabi o de Manú, las leyes de Moisés o los demás de la antigua civilización occidental (2). Todas las primitivas leyes escritas reconocieron su origen divino en forma explícita y perentoria. La única excepción conocida es, muy probablemente, la que se encuentra en el Derecho de China milenaria. En efecto, esa relación tal vez nunca existió. En caso contrario, debe remontarse a la época prehis-

(1) Si por «código» debemos entender un cuerpo de leyes dispuesto según un plan metódico y sistemático, no cabe duda alguna que todos los «códigos» primitivos no son tal. Se usa la expresión para facilitar la redacción y comprensión del texto.

(2) Para análisis más detallado de este tema, ver el trabajo del mismo autor. «Los "Códigos" Pre-Hamurábicos», en el «Anuario del Derecho Penal y Ciencias penales», 1982, págs. 325-346.

tórica, por cuanto en los documentos existentes no se encuentra alusión alguna a conexión de este tipo. Nadie, en momento alguno, ha podido demostrar, ni siquiera insinuar, que la ley escrita china, incluso la mejor, pudo haber tenido origen divino. Los antiguos chinos jamás creyeron que las leyes les fueron otorgadas por la gracia divina o que la administración de justicia dependía, en cierta medida, del poder de la magia o de la religión. Ninguna de las antiguas leyes chinas conocidas incluye la maldición como una sanción o pena, como sucede en cierta legislación de Egipto faraónico e, incluso, en las Doce Tablas de Roma. Tampoco se estimaba —como en muchas otras sociedades primitivas— que los administradores de justicia eran hombres que poseían poderes sobrenaturales de tipo mágico. Las sanciones legales de toda la legislación china de tiempos históricos (3) fueron siempre independientes de las penas religiosas o rituales.

RELACIONES ENTRE «LEY» Y «MAGIA»

A pesar de lo aseverado, es posible constatar una «relación funcional» entre la ley, por una parte, y las prácticas mágicas y religiosas por la otra. Así, por ejemplo, se creía que los dioses premiaban al honesto e inocente y castigaban al perverso y culpable. El «crimen» y el «pecado» no estaban aún nítidamente diferenciados y sólo los dioses sabían distinguir entre lo «bueno» y lo «malo». Cuando los hombres eran incapaces de discernir entre uno y otro, se dejaba la decisión en manos de los dioses. Para ello, las antiguas prácticas chinas recurrían a las ordalías. En este aspecto, tanto las leyes de Hamurabi, como las de los hebreos y de los griegos, también se valían de distintos tipos de ordalías, para tratar de lograr los mismos resultados. Y no hay que olvidar que en Europa se aplicaba este mismo sistema incluso durante la Edad Media. Lo importante es el hecho que, hasta este momento, no existen pruebas documentales para demostrar que las ordalías fueron, alguna vez, un procedimiento legal o formal en la China milenaria. Por cierto que, cuando se podía identificar al autor de una infracción por medios racionales, la ordalía era prácticamente innecesaria, pero en los tiempos de las dinastías imperiales de *Ch'in* (221-207 a. d. C.) y de *Han* (206 a. d. C. —219 d. d. C.) se recurría con más frecuencia a la tortura que a las ordalías para obtener confesiones. En general, las ordalías se mencionan raramente y lo que se pretendía de las fuerzas supernaturales era tan sólo la ayuda para identificar a los culpables, por cuanto las conductas anti-sociales y sus castigos eran siempre de tipo secular y legal, sin involucrar jamás implicaciones u obligaciones religiosas. Por otra parte, las recompensas y los castigos de tipo super-

(3) Este trabajo excluye el Código Penal de la República Popular China, cuyo texto fue aprobado el 10 de julio de 1979, durante la segunda sesión de la Quinta Asamblea Nacional Popular, y que entró en vigor el 10 de enero de 1980.

natural estaban ligados también, en cierto modo, con la administración de justicia. Como es inevitable que en ella se produzcan ciertas injusticias, las quejas y los llantos de quienes las sufrían llegaban al cielo y despertaban la simpatía o el enojo de los dioses, quienes determinaban las buenas cosechas o las calamidades que sufría la población. En presencia de algunas de estas últimas —sequías, inundaciones, terremotos, etc.— los soberanos y los funcionarios las atribuían a alguna injusticia cometida por los magistrados. Para animarlas y hacerlas desaparecer, se promulgaban edictos determinando un nuevo estudio de todos los casos dudosos. No sólo se resolvían favorablemente algunos de estos, sino que también se dictaban amnistías generales, todo con miras a lograr el apaciguamiento de la ira divina.

En la antigua China, primavera y verano eran considerados como períodos de crecimiento y maduración, mientras que el otoño y el invierno eran etapas de destrucción y ocultamiento. De acuerdo en el «weltanschauung» chino, esto se estimaba como un principio inmutable del orden natural que regía el universo. Y como los circuitos humano y universal eran coincidentes, las penas de muerte se ejecutaban en otoño-invierno, con excepción de los casos relacionados con rebeliones en contra del emperador o cuando algún esclavo asesinaba a su patrón. En estas circunstancias la pena se ejecutaba de inmediato.

Por último, vale la pena mencionar las relaciones que existían entre magia y las prácticas penales en las sociedades primitivas, China incluida. En ellas, la magia servía de expediente para imponer las costumbres y los preceptos vigentes. Estos se respetaban no tanto por su valor intrínseco, como por temor a los castigos supernaturales que su violación podría involucrar. Con relativa frecuencia, la maldición era un procedimiento popular para evitar las conductas antisociales. Sin recurrir a los procedimientos mágicos, muchos jearcas eran impotentes para hacer respetar las prácticas establecidas y así mantener el orden social. Desde otro punto de vista, la magia también se utilizaba para causar daños o desgracias a terceros, motivo por el cual su uso era considerado, por lo general, como un «delito» en contra de la seguridad pública. Brujos y hechiceros eran condenados a muerte, práctica que aún estaba vigente en Europa a comienzos del siglo XVIII (4). En China existía la convicción que la brujería, el «ku» (5) y las maldiciones podían causar enfermedades y también la muerte. En todas las antiguas dinastías chinas, la magia negra, el uso de imágenes, escritos misteriosos o imprecaciones con la intención de causar daño a terceros, eran severamente castigados. Magos y brujas eran, generalmente, quemados vivos (6).

(4) En Inglaterra, por ejemplo, esta pena fue abolida tan sólo en 1736.

(5) El «ku» era una mezcla de insectos venenosos, preparados con técnicas mágicas especiales, usada frecuentemente en ritos de magia negra.

(6) La literatura sobre este tema en idioma chino es impresionante. Obras publicadas en otros idiomas son menos abundantes. Bastaría con citar unas

CARACTERISTICAS DE LA LEGISLACION PENAL EN CHINA IMPERIAL

Todas estas prácticas de magia, brujería y hechicería, de influencias supernaturales y de «ku», no impiden insistir en el hecho fundamental que el origen de la legislación penal en China fue esencialmente secular, sin alusión alguna a inspiración o dictado divinos. En este sentido, la legislación china se distingue nítidamente de todas las primitivas legislaciones de Occidente.

Otra característica de la misma legislación consiste en ser totalmente autóctona, indígena, habiendo evolucionado independientemente de las tradiciones legales de Mesopotamia, como se indicará oportunamente.

Hay todavía una tercera idiosincrasia de la legislación china de antaño, que la distingue de todas aquéllas de Occidente. Estas últimas tuvieron siempre cierta relación con el desarrollo económico, el prematuro reconocimiento de la propiedad privada y con los derechos del individuo en relación a la sociedad a que pertenecía. En China, el estímulo legislativo inicial no fue ni religioso ni económico. Ciertamente que el crecimiento económico jugó un rol importante en la transformación de la China «feudal» y exigió el establecimiento de leyes escritas. Cuando éstas aparecieron, no tuvieron la intención de defender los valores religiosos tradicionales o de proteger la propiedad privada. Su propósito fue, básicamente, el de imponer rigurosos controles políticos sobre una sociedad que se podría llamar «anómica», pues comenzaba a perder sus viejos valores culturales, mientras que los nuevos no habían aparecido todavía.

Desde otro punto de vista, la antigua legislación china es importante para medir y apreciar su peculiar formación, especialmente en comparación con lo que sucedía por la misma época en Occidente, sobre todo si se toman en cuenta las fundamentales diferencias sociales y culturales entre ambas civilizaciones. Bastaría con mencionar la función tan específica que desempeñaban en el control social en China antigua una serie de organismos extralegales, como el clan, la corporación gremial y el consejo de ancianos, los cuales, si ya existían en Occidente, tenían una función muy diferente, considerados en el mismo nivel histórico.

pocas publicadas en inglés. Entre ellas se destacan las siguientes: T'UNG-TSU CH'U, «Law and Society in Traditional China», Taipei, Taiwan. Rainbow-Bridge Book Co., 1961 (Reimpresión de 1965); WOLFRAM EBERHARD, «A History of China», University of California Press, Cuarta edición, 1977 (Publicada originalmente en Suiza en 1948, con el título «Chinas Geschichte») y MARCEL GRANET, «Chinese Civilization. A Political, Social and Religious History of Ancient China», traducido del francés por Kathleen E. Innes y Mabel R. Brailsford, New York, 1964 (Cuarta Impresión).

LOS PRIMEROS «CODIGOS» CHINOS

El primer «código» chino cuyo texto se ha conservado, es el de la dinastía *T'ang* —que se mantuvo en el poder entre los años 618 y 906 d. d. C.— del año 653, que consta de 501 artículos. Los «códigos» anteriores a esa fecha, no se han encontrado hasta ahora y se sabe de su existencia tan sólo por algunas referencias, más o menos extensas, que aparecen en obras posteriores. De estos «códigos» cuyo texto se desconoce, el más conocido es probablemente el dictado por la dinastía imperial de HAN, la primera que se mantuvo por largo tiempo, algo más de cinco siglos. El «código» HAN, así como sus normas de procedimiento judicial, habrían sido promulgados en el tercer siglo a. d. C. Se presume que estarían basados en textos aún más antiguos, leyes que habrían estado en vigor durante los tres siglos anteriores. Al margen de estos «códigos» existen extensas colecciones de casos presentados y decididos por los tribunales de aquella época. Casi todos estos casos eran resueltos con gran énfasis en el aspecto penal, mientras que los de materia civil recibían un tratamiento superficial o eran ignorados del todo.

Los primeros «códigos» chinos eran, básicamente, una sistematización jurídica de las normas éticas prevalecientes en la sociedad china desde tiempos inmemoriales. Los chinos carecían de una orientación legal precisa —tal como sucedía, en la misma época, con varios pueblos de Occidente— a pesar que produjeron un cuerpo impresionante de leyes codificadas. Por lo general se recurría a los «códigos» y a las leyes muy de tarde en tarde y, casi siempre, después que las medidas de control menos punitivas habían fracasado. Las leyes se ocupaban principalmente de actos improprios o inconvenientes en materia de ritual o de ética, pero también de los casos de violencia criminal, todos considerados como serias alteraciones del orden social establecido. En presencia de este tipo de anomalías, era indispensable imponer el castigo adecuado al infractor, para así restaurar la armonía social e imponer al malhechor la necesaria retribución. Como ya se ha indicado, en el pensamiento chino, un trastorno del orden social involucraba, en realidad, una violación de orden cósmico en su totalidad. Se estimaba, en efecto, que las esferas de acción del hombre y de la naturaleza en que éste vive están tan íntimamente entretnejidas que forman una continuidad ininterrumpida.

Con anterioridad a la dinastía HAN y la de sus breves antecesores (7) no existió en realidad un imperio chino centralizado, sino que una cantidad de principados independientes, cuya función principal parece haber sido la de guerrear entre ellos mismos. Es durante esta época pre-imperial, que se extiende más o menos entre los años 480 y 222 a. d. C. —con frecuencia conocida como «China Feudal» por

(7) La dinastía CHIN ejerció el poder tan solo entre los años 221 y 207 a. d. C.

ciertas semejanzas con la Europa medieval (8)— donde se encuentran los comienzos formativos de la ley escrita en China. La más antigua de las referencias conocidas de estas primitivas leyes escritas, alude a la promulgación, en el año 536 a. d. C., de cierto «libro de castigos», precisamente en uno de aquellos principados combatientes.

«Fa» es la voz china que habitualmente expresa el derecho escrito o positivo. Significa modelo, norma o pauta impuesta por la autoridad superior y a la cual los individuos deben adaptarse. «Hsing» significa «castigo», pero más específicamente «castigo corporal». «Wu Hsing», que significa «cinco castigos» (9), estaban vigentes en China mucho antes de la promulgación de todo sistema de ley escrita. Cuando apareció esta última, los «Hsing» incluían también las prohibiciones escritas, cuyas violaciones implicarían la aplicación de estos mismos castigos.

Los «códigos» chinos prefieren explicar los actos humanos en términos racionales y no como fenómenos relacionados, en alguna forma, como elementos supernaturales. Como se mencionó previamente, la concepción general de la ley china es secular y, tal vez, esa es la razón por la cual, cuando recién aparecieron, fueron recibidas con franca hostilidad. Un mito —que data de alrededor del año 950 a. d. C.— atribuye la invención de «Fa» no a un rey, ni siquiera a otro chino, sino que a un pueblo «bárbaro» (10), llamado los «Miao» (11). Si-

(8) La dinastía CHOU, que reinó aproximadamente entre 1122 y 222 a. d. C., ejercía su autoridad, en aquella época tan remota, bajo un sistema político que ha sido frecuentemente comparado con el feudalismo europeo. En el vértice de la pirámide del poder estaban los reyes CHOU, con la soberanía sobre todo el mundo chino de aquel entonces. Bajo ellos estaban los Señores Vasallos, que controlaban, a manera de feudo de los reyes CHOU, una multitud de pequeños principados, subdivididos en «Estados», cada uno de los cuales era controlado y administrado por los Señores subordinados y otros funcionarios que ellos mismos designaban. El último estrato social estaba constituido por los labriegos y los siervos, hereditariamente asignados a los respectivos «Estados». Posteriormente los príncipes se independizaron de los reyes y encabezaron «Estados» soberanos. Alrededor del siglo VI a. d. C., una combinación de factores políticos, económicos, sociales y tecnológicos llevó a la rápida disolución del orden existente. El incremento de la población, el desarrollo del comercio, las nuevas técnicas agrícolas, el comienzo de una economía basada en dinero y no en trueque, las transacciones en terrenos agrícolas, con la parcial liberación de los siervos, la complejidad administrativa cada vez mayor en los «Estados», así como la aparición de diferentes escuelas políticas y filosóficas, fueron los fenómenos de mayor trascendencia. El belicismo terminó cuando el «Estado» de CHIN conquistó a todos los demás y estableció, en el año 221 a. d. C., el primer imperio centralizado de la historia china.

(9) Estos variaban de un «Estado» a otro y también por la acción del tiempo y las costumbres, pero, en general, se puede afirmar que fueron los siguientes: *tatuar*, es decir, poner una marca en la frente o en la cara; la *amputación de la nariz*; la *amputación de uno o ambos pies*; *castración*; y *muerte*.

(10) En China como en Occidente se designaba con el nombre de «bárbaro» a todo aquel que era diferente o extraño y que no formaba parte integrante del mismo grupo étnico.

(11) Se cree que los «Miao» florecieron durante el reinado del legendario

glos después, cuando la necesidad de la ley escrita se hizo más prevalente, aparecieron algunas explicaciones «sociológicas» para interpretar su origen (12). El pensamiento chino atribuye la creación de su civilización a sus antiguos sabios, pero jamás sugirieron que éstos fueron inspirados por la revelación divina.

En estas circunstancias aparecen los primeros «códigos» de la ley escrita hacia fines del siglo VI a. d. C. El más antiguo y cuya existencia es más digna de confianza, es el «libro de castigos» («Hsing Shu»), que *Tzun-Ch'an*, primer ministro del «Estado» de Cheng, ordenó inscribir en varios vasos de bronce, en forma de trípodes, en el año 536 a. d. C. Varios otros «Estados» procedieron en forma similar en el año 513 (en el «Estado» de Chin), 501 a. d. C. y aún más tarde. Si bien los textos de estos «códigos» no han sido encontrados todavía, hay constancia que su «promulgación» causó viva oposición, basada en los peligros morales y aún políticos que podrían derivar de la publicación de estas normas legales. No se conoce situación semejante a ésta en ninguna otra de las antiguas civilizaciones.

EL TRASCENDENTAL DEBATE ENTRE «CONFUCIONISTAS» Y «LEGALISTAS»

Los «confucionistas» (13) eran fieles defensores de la tradicional escala «feudal» de valores. Desde un comienzo se opusieron vivamente

sabio SHUN, alrededor del siglo XXIII a. d. C. Se les considera como un pueblo que carecía de la inclinación al cultivo espiritual, pero que controlaban la conducta individual y colectiva mediante castigos (Hsing). Fueron ellos los que habría creado los cinco severos castigos (Wu Hsing), que ellos llamaban «ley» (Fa). Por eso SHANG TI, el dios supremo de los antiguos chinos, tuvo piedad de los inocentes y exterminó a los Miao, en forma tal, que no dejaron descendencia alguna. Esta leyenda refleja la mentalidad predominante durante los siglos VI y V a. d. C., cuando la ley escrita era observada con mucho recelo.

(12) Cuenta la leyenda que, en aquella época, cuando la población había aumentado y la maldad y la depravación había aparecido en ella, los sabios tuvieron que establecer las leyes escritas («Fa»), para prevenir el desarrollo de estas tendencias negativas. La ley tiene su origen y se basa en la justicia social que se adapta a la mayoría, de acuerdo con la mentalidad de los hombres. Esta es la esencia de un buen gobierno. La ley no es algo que viene del cielo, ni es tampoco algo creado por la tierra. Brota de los mismos hombres. Los sabios, iluminados e inteligentes por naturaleza, supieron penetrar los secretos del cielo y de la tierra. Fueron ellos los que configuraron las reglas de la conducta correcta, quienes impartieron las enseñanzas e impusieron las leyes, instituyendo los correspondientes castigos, actuando siempre de acuerdo con los sentimientos del pueblo, modelándolas a las necesidades terrenas.

(13) Confucio (Kong-Fu-Tse) fue un filósofo y maestro chino del siglo V a. d. C. Nació en Tseu, pequeña aldea del principado de Lu, en el noroeste de China, en 551 y murió en 479 a. d. C. Propagó la devoción a los padres, a la familia y a los amigos, el culto de los antepasados y la mantención de la paz y de la justicia. Sus doctrinas fueron aceptadas por los emperadores HAN y sobrevivieron hasta 1911, cuando la dinastía CHING fue derrocada.

a la ley escrita, pero cuando después se convencieron que esa ley continuaría existiendo y funcionando, a pesar de todos sus esfuerzos por eliminarla, la aceptaron como un mal necesario. Según ellos, el gobierno regido por leyes debería ser siempre secundario a un gobierno basado en preceptos morales y del buen ejemplo. Por su parte, los que integraban la Escuela Legalista («Fa Chia»), eran ardientes partidarios de la ley escrita. Estos no eran pensadores teóricos, sino que rígidos hombres de negocios (14). Si bien se les podría considerar como «totalitarios», es justo reconocer que no eran políticos inescrupulosos ansiosos de poder. Creían sinceramente que tan sólo mediante métodos «totales» se podría lograr la paz y la unidad en el mundo de aquella época, destrozado por las guerras permanentes. Para los confucionistas, el individuo, la familia y la comunidad local eran las unidades de mayor importancia. Para ellos, la palabra clave era «Li» (15), como «Fa» era para los legalistas. «Li» fue un sistema de vida creado por los antiguos sabios. El desorden imperante en aquella época se debía al fracaso de los hombres para entender y para vivir de acuerdo con «Li» que es, en realidad, lo que el hombre intuye o siente instintivamente como correcto. Es por este motivo que el «Li» confucionista se puede comparar, en cierta medida, con el concepto occidental de «derecho natural», en oposición al «Fa» legalista que se asemeja más a la noción occidental de «derecho positivo».

En el extraordinario debate entre estas dos escuelas, que no tiene paralelo en la historia del derecho en Occidente, los argumentos más destacados de los confucionistas fueron los siguientes:

- 1) El hombre es, por naturaleza, bueno (16), como ya lo sostenía

(14) Los legalistas querían crear un aparato político-militar lo suficientemente capaz para suprimir los privilegios «feudales» de los príncipes, ampliar los territorios tanto como fuera posible y fundir todos los principados rivales en un solo imperio. Siempre estuvieron dispuestos a utilizar los mecanismos políticos, militares, económicos y diplomáticos disponibles. No tenían preocupación especial por lo que se entiende hoy por «derechos humanos», pues habían comprendido que la ley era un instrumento esencial para controlar las crecientes masas de la población dentro de su jurisdicción.

(15) «Li» tiene una gran variedad de significados. En el sentido original probablemente se refiere al cumplimiento correcto de los rituales religiosos (como, por ejemplo, ofrecer sacrificios en honor de los antepasados, en el lugar y en el momento oportuno). Por eso es que «Li» se puede traducir por «ritual» o «ritos». En un sentido más amplio, «Li» cubre toda la gama de conductas corteses y ceremoniales, tanto seculares como religiosas. «Li» tiene diversas reglas para situaciones diferentes: recibir una visita, adquirir una esposa, ir a la guerra, etc. «Li» también puede ser entendido como ceremonial, etiqueta y normas de buena conducta. «Li» se refiere también a instituciones políticas y sociales, lo que facilita una vida armónica en una sociedad confucionista, es decir, en un estado civilizado.

(16) Este es, en realidad, un concepto contrario al sostenido por los escolásticos de la Edad Media, concepto que recién vendrá a ser aceptado en el mundo occidental gracias a Jean Jacques Rousseau, a fines del siglo XVIII.

Meng-Tzu (17), o si es básicamente malo, como lo creía *Hsün Tzü* (18), como ser racional que es, puede, esforzándose, aprender la bondad y la benevolencia. Inculcando «Li», la sociedad configura al individuo en un ser humano socialmente aceptable. Sobre esta base, «Li» es preventivo, pues orienta al individuo en dirección opuesta a todo lo perverso, antes de tener la oportunidad de tentarse en su comisión. «Fa», en cambio, es punitivo, pues castiga al individuo por perversidades ya cometidas.

2) Un gobierno basado en la virtud puede ganar los corazones de la ciudadanía. Uno basado en la fuerza puede lograr tan sólo su aparente sumisión. Por lo mismo, «Li» es el instrumento de un gobierno virtuoso y, como las leyes son compulsivas, se transforman en instrumento de gobiernos tiránicos.

3) La validez permanente de «Li» deriva del hecho que fue creado por los sabios de la antigüedad, de acuerdo y en conformidad con la naturaleza humana. Las leyes no tienen esa validez moral, porque han sido establecidas por hombres del momento, con miras a crear los medios para establecer su poder político.

4) Las cinco relaciones fundamentales del confucionismo —padre e hijo; príncipe y vasallo; marido y esposa; anciano y joven; amigo y amigo— son instintivas en el hombre y son esenciales para un orden social estable. «Li» refuerza estas relaciones, mientras que la ley las limita, cuando impone una uniformidad obligatoria.

5) Los ritos y las ceremonias de «Li» contribuyen a darle a la vida un contenido de belleza y de poesía, pues expresan emociones humanas socialmente aceptables. La ley, automática y mecanicista, carece de contenido emocional alguno.

6) Un gobierno basado en «Li» funciona armoniosamente, porque siendo «Li» un derecho consuetudinario, puede ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a toda situación particular. La ley, en cambio, sólo crea antagonismos y discordias porque la gente, sabiendo lo que establece la ley escrita, siempre encontrará los medios para evadirla, basando sus argumentos más en la letra que en el espíritu de la ley.

7) Las leyes no pueden ser mejores que los hombres que las crean y las aplican. La educación moral del príncipe y de sus representantes cuenta mucho más que el mecanismo legal más ingenioso. A medida que se promulgan más leyes y ordenanzas («*Lin*»), habrá siempre más ladrones y bandidos. Ciertamente es que tan sólo la bondad, sin la cooperación de la ley, no es suficiente como para dirigir correc-

(17) Conocido en Occidente con el nombre de Mencio. Célebre filósofo chino, discípulo de Tse-Se, nieto de Confucio y continuador de sus enseñanzas. Después de revisar el «*Ching King*» (El Libro de los Libros), expuso sus propias ideas en el *Meng-Tzü-Chu*, que aún hoy es clásico en China. Habría nacido alrededor del año 371 y murió cerca del año 289 a. d. C.

(18) Filósofo chino que vivió aproximadamente entre los años 298 y 238 a. d. C.

tamente un gobierno, pero la ley rígida, sin el apoyo de la bondad, es menos efectiva todavía.

Los legalistas también tenían sus argumentos, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1) La gran mayoría de los hombres actúan sólo en beneficio de su propio interés, por lo que es necesario imponer los castigos más severos. La ley se ocupa de la gran mayoría de los individuos egoístas y no de la insignificante minoría de hombres buenos.

2) Un buen gobierno debe combatir toda clase de privilegios y de grupos monopolistas, razón por la cual debe promulgar leyes y aplicarlas imparcialmente a toda la ciudadanía, sin tomar en consideración rangos o relaciones especiales, tratando por igual a quienes pertenecen a los estratos superiores o inferiores de la comunidad.

3) La ley es la base de todo gobierno estable, por cuanto constituye un instrumento exacto para medir la conducta individual. Como «Li» es un sistema no escrito que acepta estratificaciones particulares dentro del mismo grupo social, su interpretación es, con frecuencia, del todo arbitraria y caprichosa.

4) Un principio fundamental para la estabilidad de un gobierno es el de la «responsabilidad colectiva». De acuerdo con esta filosofía, la población se subdivide en unidades de cinco o diez familias y, dentro de ellas, cada individuo es igualmente responsable por las faltas cometidas por cualquier otro integrante de su unidad y será igualmente castigado si no informa oportunamente a las autoridades de lo que ha sucedido.

5) Debido a que la historia cambia, es natural que las instituciones humanas también se modifiquen conformemente. Con el continuo crecimiento de la población se ha agudizado la lucha por la supervivencia. Por ello, el arcaico «Li» ya no se adapta a las modernas condiciones sociales y debe ser reemplazado por un sistema de leyes que responda siempre a las cambiantes necesidades de los tiempos.

6) Un buen gobierno puede sostener una sola norma de moralidad. Todos los sistemas personales o privados deben ser suprimidos si no se adaptan a aquél prescrito por la ley.

7) El gobernante sabio debe establecer un idéntico sistema de premios y de castigos, tanto para funcionarios como para los demás ciudadanos.

8) Con un buen sistema legal hasta un gobernador mediocre puede lograr una buena administración, si se mantiene dentro del marco de las leyes establecidas.

9) Las leyes severas en realidad no se aplican en la práctica, pues su sola existencia es suficiente para desanimar a los malvados. Por lo tanto, las leyes duras, en último análisis, facilitan el funcionamiento de una sociedad libre de conflictos y de opresión.

Entre la infinidad de aforismos legalistas vale la pena mencionar los siguientes: «Mientras la ley se vaya adaptando a los requerimientos de los tiempos, habrá buen gobierno. Pero si cambian las condi-

ciones sin que, paralelamente, cambien las leyes, habrá desorden por doquier».

«Cuando todos respetan la ley, hay buen gobierno».

«Cuando los castigos son severos, la gente no se atreve a violar las leyes y, por lo tanto, no será necesario aplicar castigo alguno».

«En el gobierno de un Estado, las leyes escritas («Fa») y los castigos severos («Hsing») pretenden asegurar que los poderosos no abusen del débil, que los muchos no opriman a los pocos, que los ancianos completen sus años en paz y que los jóvenes y los huérfanos puedan alcanzar su madurez».

LA «CONFUCIONIZACION» DE LA LEY

El dinámico y eficiente pero despiadado programa de los legalistas fue adoptado, por primera vez, por el «Estado» nor-occidental de Ch'in, bajo la dirección de *Shih Huang Ti* quien, en el año 221 a. d. C. llegó a ser el brutal primer emperador de la dinastía Ch'in. En el año 213 a. d. C. la política legalista alcanzó su culminación con la infame «Quemadura de los Libros» —con excepción de los textos religiosos, médicos y agrícolas— ordenada por el gobierno con el propósito de destruir los textos clásicos de la antigüedad, que pertenecían a la escuela anti-legalista de los confucionistas, partidarios de la filosofía «Li». Este «triumfo» de los legalistas duró muy poco tiempo. *Shih Huang Ti* murió en el año 210 a. d. C. y dos años después su imperio cayó en manos de la rebelión y el desorden. Después de la inevitable guerra civil, afloró un nuevo imperio bajo la dinastía *Han*. Durante ella se vuelven a escribir los libros clásicos de los confucionistas que fueron salvados de la hoguera. Alrededor del año 100 a. d. C., la tendencia confucionista reemplazó al enfoque legalista como la ideología predominante, pero el sistema terminó por hacerse ecléctico, utilizando extensamente de las dos filosofías antagónicas.

El eclipse del legalismo como una escuela reconocida no significó, por cierto, la desaparición de las ideas y de las prácticas legalistas. En efecto, el legalismo continuó influenciando el pensamiento político de la dinastía *Han*, particularmente en lo que se refería a la uniformidad en materia de propiedad privada de terrenos agrícolas; a los monopolios gubernamentales de sal, hierro y de otros productos minerales; al sistema de examen de ingreso a la administración pública, en que prevalecían los conocimientos y no el rango de la cuna en que nacieron los diversos candidatos. El legalismo, por otra parte, dejó una huella imperecedera en la legislación china, con su fórmula clásica determinando que quienquiera que haga «X» recibirá el castigo «Y»; con su oposición al ejercicio de abogados privados; con el principio que todo sospechoso es considerado culpable, a menos y hasta que se compruebe su inocencia; con su insistencia en el uso legal de la tortura, dentro de ciertos límites, para lograr confesiones de sospechosos por-

fiados, que insisten en negar su culpabilidad, a pesar de las pruebas convincentes acumuladas en su contra; con su concepto de responsabilidad de grupo, especialmente en los casos de traición y otros similares.

A pesar de estas reminiscencias del legalismo, el hecho realmente importante de la legislación imperial de aquella época es lo que se ha dado en llamar —correctamente por lo demás— la «Confucionización de la Ley», es decir, la incorporación de la letra y del espíritu del «Li» confucionista dentro de los «códigos» legales. Este proceso comenzó durante la dinastía Han y continuó por varios siglos, hasta el «Código T'ang», del año 653 d. d. C., que cerró la laguna existente entre «Li» y «Fa». Y fue así como la moral consuetudinaria («Li») logró un reconocimiento oficial al incorporarse sus conceptos básicos dentro del marco de la ley positiva («Fa»). Dicho de otra manera, la ley positiva logró tener un contenido moral al incorporar los elementos esenciales de la ley natural («Li»).

LOS CUATRO PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS «CODIGOS» IMPERIALES

La diferencia básica entre el «Fa» legalístico y el «Li» confucionista, es la universalidad del primero y el particularismo del segundo. Este contraste se fue perpetuando en los «códigos» imperiales de acuerdo a cuatro principios fundamentales.

El primero de éstos se expresa en el aforismo: *el castigo debe ser proporcional al crimen*. Estos «códigos» chinos trataron de prever todas las variaciones posibles de un determinado delito, prescribiendo penalidades específicas para cada una de ellas. La argumentación para esta diferenciación tomaba en consideración tres hechos fundamentales:

1) *Motivación*: Se tomaba en consideración los casos de homicidio premeditado; homicidios intencionales pero no premeditados; homicidios durante riñas; homicidios por accidente o por inducir a la víctima a suicidarse; homicidios para fines de brujería (con la intención de usar los órganos de la víctima para fines de magia); la muerte de una mujer adúltera, de su amante o de ambos, etc.

2) *Posición* del homicida en relación a la víctima, tal como los casos de patricidio; el asesinato de un funcionario público; de un superior por un inferior o viceversa, dentro del marco de la familia; de un hijo por su parte; de un marido por su esposa o viceversa; de un esclavo por su patrón o viceversa; el asesinato de dos o tres personas de una misma familia, etc.

3) *Medios utilizados*, tal como el uso de veneno; por la intencional o impropia administración de una medicina; mediante la introducción de objetos dañinos dentro de las narices, orejas u otras aperturas del cuerpo de la víctima; privando a la víctima de alimentación o abrigo; por intermedio de caballos o de vehículos; en el curso de una cacería, etc.

Estos tres criterios no están mencionados específicamente en ninguno de los «códigos» imperiales, pero servían de base para el análisis de las características de cada caso en estudio.

Esta minuciosa diferenciación parecería ser más bien una consecuencia directa del «Li» confucionista que del «Fa» legalista. Ella fue incorporada a la legislación positiva con miras a maximalizar la justicia, permitiendo a la ley adaptarse, tan precisamente como fuera posible, a toda circunstancia previsible.

En la práctica resultó todo lo contrario, haciendo la justicia mucho más difícil, pues obligaba al magistrado que se encontraba frente a un asunto no exactamente cubierto por las disposiciones legales existentes, a elegir alguna de éstas que pudiera estar más cerca del caso en estudio, es decir, a juzgar por *analogía*. Este sistema permitía también que los jueces aumentara no disminuyeran las penas por aplicar, de acuerdo con su propio criterio y no a lo que establecía la ley. Sin embargo, sin recurrir a la analogía hubiera sido prácticamente imposible determinar exactamente como proceder en cada una de las infinitas variedades del quehacer criminal.

El segundo principio se basaba en la *diferenciación a base de la condición social*. De acuerdo con el espíritu confucionista que impregnaba al «Li», estos «códigos» establecían penalidades drásticamente diferentes, según fuera la condición social del delincuente y de su víctima. Las tres principales categorías reconocidas por la ley eran: los funcionarios públicos, los plebeyos y los esclavos. Golpear a una persona, con los pies o las manos, sin causar herida alguna, se castigaba con veinte golpes del bambú liviano; si un esclavo le pega a un plebeyo, la penalidad se aumenta en un grado (treinta golpes del mismo bambú), pero si un plebeyo le pega a un esclavo, la pena tiene un grado menos, es decir, diez golpes solamente. La decapitación es la pena que merece el esclavo que golpea a su dueño, sin importar si se han producido lesiones o no. En el caso contrario —el dueño que golpea a su esclavo— no se aplica pena alguna, a menos que las lesiones producidas causen la muerte del esclavo. Golpear al funcionario más importante de su propia localidad, involucra la pena de tres años de servidumbre penal, pero si el funcionario es de otro distrito, la pena será de dos años menos, según el rango del funcionario.

El tercer principio se refería a los *grupos privilegiados*, concepto que se incorporó a la legislación durante el reino de WEI (230 a 265 d. d. C.) y que fue mantenido en todos los «códigos» consecutivos. Si bien habían variaciones de una dinastía a otra, se puede establecer que, en términos generales, estos grupos eran los siguientes: miembros de la familia imperial, descendientes de previas familias imperiales; personas de gran mérito; altos funcionarios (mandarines); «liang jen», literalmente «buenas personas»; funcionarios de menor rango; y los familiares más inmediatos y directos de todos estos grupos. Nadie perteneciente a alguno de estos grupos podía ser detenido, interrogado o sometido a tortura sin la formal autorización del Emperador. En caso

de ser reconocidos como culpables, sus sentencias debían ser sometidas a la consideración del Emperador, con miras a una posible reducción. Las penas corrientes aplicables a los plebeyos (golpes con bambú liviano o pesado, servidumbre penal de uno a tres años, exilio perpetuo y muerte) eran conmutables, a los pertenecientes a estos grupos privilegiados, por multas y otras penas pecuniarias, reducción en su rango oficial, expulsión de la administración pública y penas similares. Este sistema representaba el reconocimiento legal de la enorme diferencia existente entre las masas de los plebeyos y de los esclavos (en su gran mayoría analfabetos) y la pequeña comunidad de hombres doctos y funcionarios altamente educados, que habitualmente desempeñaban funciones públicas, las que no eran hereditarias. Sin embargo, cuando funcionarios violaban las normas establecidas, eran castigados con 100 golpes del bambú pesado, mientras que el castigo por la misma falta, para el resto de la población, era tan sólo de 50 golpes. Por otra parte, el funcionario que hubiera corrompido a una mujer de su propia jurisdicción recibía un castigo superior en dos grados que el castigo normal, por el mismo delito, cometido por individuos no pertenecientes a alguno de estos grupos privilegiados. Funcionarios que frecuentaban prostitutas eran debidamente castigados, no así el resto de la población.

El último principio establecía *diferenciaciones dentro de la familia*. Los «códigos» reconocían distinciones intrafamiliares en relación a sexo, edad y grado de parentesco. Estas distinciones a base de parentesco tenían mayor importancia en las grandes familias, consistentes en varias generaciones de colaterales viviendo en un mismo hogar. Esto, por lo general, era un fenómeno de las clases superiores. Este sistema se basa en las varias compilaciones del «Li» confucionista y se expresa, por ejemplo, en los cinco grados de duelo familiar («wu fu»). El luto debe ser observado por cada uno de los miembros de una familia, cuando fallece alguno de sus integrantes. La duración y severidad del duelo va disminuyendo paralelamente al grado de parentesco. El primer grado, el más severo y rígido, corresponde al hijo o a la hija soltera, con motivo del fallecimiento de alguno de sus padres. El segundo grado se refiere a la esposa cuando fallece su marido o los padres del marido, incluyendo también a la concubina a la pérdida de su dueño. A continuación, en los grados menores del duelo, el círculo de parentesco se amplía rápidamente, a tal punto que el quinto grado de duelo incluye a más de cuarenta familiares.

En materia penal, cuando un hijo golpea a uno de sus padres, por ejemplo, sufrirá la decapitación, pero no hay pena cuando el padre castiga al hijo, a no ser que éste fallezca a consecuencia de los golpes recibidos. En este último caso, el padre recibirá 100 golpes del bambú pesado (en caso que los golpes dados fueron provocados por la desobediencia del hijo), pero cumplirá un año de servidumbre penal si el castigo fue aplicado por perversa intención. La esposa que castiga a su marido recibirá 100 golpes del bambú pesado. La inversa se apli-

cará solamente en casos de lesiones importantes (fractura de un miembro, de un diente, etc.).

Además de los factores de generación y sexo, los «códigos» imperiales chinos también hacían distinción con la edad de las partes involucradas. Si un hermano menor castiga al mayor, sufrirá dos y medio años de servidumbre penal y, además, noventa golpes del bambú pesado, aun cuando no hubiera lesión alguna. En el caso inverso, no hay castigo alguno.

El hurto dentro de la misma familia se trata como una excepción a la regla general enunciada en el párrafo anterior. Su penalidad es gradualmente inversa a la cercanía del parentesco y consistentemente menor que el castigo por hurto fuera del círculo familiar. Esta situación se explica por el antiguo concepto chino que, dentro del círculo familiar, los bienes existen para el uso común de cada uno de sus miembros y no es la posesión exclusiva de un individuo determinado.

El confucionismo pone gran énfasis en la devoción filial («hsiao») y en la lealtad al superior («chung»), pero con la primera teniendo la prioridad, es decir, que padre y familia tienen precedencia sobre el príncipe y el Estado. Así, por ejemplo, el «código» T'ang exigía de todos los funcionarios que se ausentaran de sus respectivas oficinas durante el período de duelo por uno de sus padres, lapso que después fue reducido a un año, en lugar de los veintisiete meses tradicionales. Otra disposición excepcional del mismo «código», establece la pena de un año de servidumbre penal a toda pareja que concibiera un hijo durante el período de duelo, disposición que, por lo general, se aplicaba a los funcionarios y no al resto de la población (19). Por otra parte, en las «Analectas de Confucio» se establece que «el padre encubre al hijo y éste al padre». Este principio fue incorporado en los «códigos» imperiales: parientes cercanos pueden encubrir el crimen de alguno de ellos sin sanción penal alguna. Tampoco estaban obligados a declarar en los tribunales uno en contra del otro (20). Otra provisión un tanto exagerada, conocida desde los tiempos de la dinastía Han y repetida en los «códigos» posteriores, determina que el hijo que acusara a su padre quedaba sujeto a muy severos castigos: estrangulación si la acusación era falsa, pero aun si fuera verdadera tendría que sufrir cien golpes del bambú pesado, además de tres años de servidumbre penal. Pena similar sufría la mujer que acusaba a su marido o a sus suegros (21).

(19) Esta disposición desapareció en los «códigos» de las dinastías Ming y Ch'ing (1368-1911).

(20) Este concepto está en conflicto con el principio legalista de «responsabilidad de grupo», pero es menester tener presente que hay más de una legislación contemporánea que no permite testificar a la esposa en contra de las obiecciones de su marido.

(21) China es probablemente el único país en que la denuncia de un crimen cometido puede causar un castigo al denunciador. La única excepción a esta norma en los «códigos» chinos era en casos de traición y rebelión, en que se aplicaba la «responsabilidad de grupo» y todos los familiares

OTRAS PECULIARIDADES EXTRAORDINARIAS DE LOS MISMOS «CODIGOS»

La importancia del «hsiao» se demuestra por el hecho que si un malhechor condenado a muerte o a una larga pena de servidumbre penal, era el único sostén de padres ancianos o enfermos, su pena podía ser conmutada por golpes de bambú, por una pena pecuniaria o por la «canga» (22), para así permitirle permanecer en su hogar y ocuparse de las necesidades de sus padres (23). Desde otro punto de vista, todas las penas capitales, así como las sentencias a penas mayores, debían ser confirmadas por el más alto tribunal de justicia y, a veces, por el mismo Emperador, antes de ser impuestas, ya que podían ser reducidas a penas menores. Por otra parte, con cierta frecuencia se dictaban amnistías con motivo de algunas festividades públicas o por otros motivos importantes.

El humanismo confucionista se constata también en las excepciones especiales y las reducciones penales que beneficiaban a los ancianos de setenta años y más (24), los jóvenes de quince años o menos, así como los físicos y mentalmente anormales.

Las mujeres podían contar con el privilegio de penas pecuniarias por una serie de delitos que, para el hombre, significaban penas corporales.

más cercanos del o de los delincuentes eran ejecutados o exilados permanentemente.

(22) La «canga», conocida en China como «chia» o «chia hao», era un suplicio consistente en colocar alrededor del cuello del condenado una pesada tabla de madera por un lapso determinado. Como el sujeto debía llevar el artefacto permanentemente mientras cumplía su pena, era el hazmerreír de toda la población. Una pena similar existía en España con el nombre de «picota», que consistía en un rollo o columna, a la entrada de algunas poblaciones, donde se exponían las cabezas de los ajusticiados o los reos a la vergüenza pública. En Inglaterra esta pena se llamaba «pillory», consistente en una tabla de madera con orificios especiales para la cabeza y las manos del delincuente, que quedaba así expuesto al ridículo de la ciudadanía. En Francia existió el «carcan» hasta el año 1832. Se trataba de un collar de fierro que sujetaba al malhechor a una columna levantada en la plaza pública para escarnio de todos. En Brasil se usa la misma expresión china («canga») para indicar al yugo. Además, «cangaço» indica bandolerismo, así como «cangaçoero» es el nombre dado al salteador de caminos. Estos detalles prueban la universalidad de este tipo de pena.

(23) En varios aspectos la ley imperial china fue mucho más humana que sus contemporáneas occidentales. El hurto, por ejemplo, merecía la pena de muerte sólo cuando el valor de lo hurtado equivalía a más de 120 onzas de plata o fue cometido por tercera vez, por un mismo individuo, con un valor de 50 onzas de plata en cada oportunidad. Esto, desde luego, se compara muy favorablemente con Inglaterra, donde recién en 1818 fue abolida la pena de muerte por el hurto de bienes por un valor de cinco chelines.

(24) ¿No valdría la pena introducir un principio semejante en nuestras legislaciones contemporáneas?

Las acusaciones anónimas eran severamente castigadas (25).

La confianza confucionista en las posibilidades de reformar al delincuente, aparece ya expresada en el «código» de la dinastía T'ang y, tal vez, también en los anteriores (26).

Los aspectos más crueles de las leyes imperiales chinas se amortiguaban con muchas excepciones especiales introducidas por la influencia del «Li» (27).

CONCLUSIONES

En resumen, se puede establecer que el desarrollo del Derecho penal en China es muy diferente del que han seguido otras civilizaciones en Occidente. A través de su estudio se pueden captar fácilmente las actitudes básicas de ese pueblo extraordinario con respecto al Estado, la sociedad, la familia e, incluso, el universo. La ley china fue enfocada, desde un comienzo, en términos puramente seculares. La controversia entre «Li» y «Fa» es pertinente aún en la actualidad y no solamente para el mundo cultural chino. La preocupación del confucianismo por el desarrollo moral del hombre es básicamente democrática, pero su insistencia en mantener una sociedad estratificada es aristocrática (28). Crear un sistema social que respete los derechos de la minoría, sin lesionar ni atentar al bienestar de la mayoría, continúa siendo un problema arduo de resolver...!

(25) Quienes las presentaban merecían la pena de estrangulación aún cuando la acusación fuera verdadera. Por su parte, los funcionarios que aceptaban o actuaban a base de acusaciones anónimas, recibían 100 golpes del bambú pesado.

(26) Había una disposición que favorecía al malhechor (con ciertas excepciones taxativamente indicadas en la ley) con reducciones o remisiones de su pena, cuando éste confesaba su delito a las autoridades, antes que éste fuera conocido por ellas, sea por denuncia de la víctima, de terceros o de cualquier otra manera.

(27) Si los «códigos» imperiales chinos nos pueden parecer repugnantes a nuestro sentido de justicia (por el uso de la tortura, la santidad del rango, los privilegios de la edad, etc.), recordemos el salvajismo similar con que los inconformistas religiosos y políticos fueron maltratados —y con frecuencia lo siguen siendo— de acuerdo con las legislaciones imperantes en el Occidente cristiano.

(28) El deseo legalista de controlar a las masas era, indudablemente, totalitario, mientras que el principio de la igualdad de todos ante la ley, era un concepto igualitario y democrático.

Las codificaciones sobre procedimiento penal en el Cantón de Friburgo (*)

Profesor Dr. FRANÇOIS CLERC

Profesor Emérito de la Universidad de Friburgo, St.-Blaise (Suiza)

El quinto centenario de la entrada de Friburgo en la Confederación ha sido ocasión de evocar el pasado de este cantón: no conviene desaprovechar la circunstancia de recordar las cuatro codificaciones que han regido sucesivamente el proceso penal en esta comarca a lo largo de estos ciento cincuenta últimos años, con el fin de discernir los objetivos y las lecciones que de las mismas puedan extraerse (1).

Todo el mundo sabe que la era de la codificación comienza en el continente, en el umbral del siglo XIX. Dicho movimiento alcanza a Friburgo. Pero, ¿por dónde comenzar un trabajo de tan larga duración? Evidentemente por el Derecho privado, no solamente porque se le considera en esta época como la parte noble del Derecho, sino porque se intentaba su unificación en el territorio del Cantón.

Si la confección de un Código civil da el primer paso en 1822, la legislación penal podía esperar: se había restaurado la Constitución Criminal de Carlos V desde 1803, no sin aportar algunas modificaciones, y aunque no aparecía muy adaptada al «espíritu del tiempo», los otros cantones se arreglaban también para castigar a los malhechores, por ejemplo, Neuchâtel.

Pero he aquí que la tortura es abolida en la Constitución de 1831.

En apariencia no sería más que poner el derecho de acuerdo con los hechos: desde hacía mucho tiempo la tortura no se aplicaba. Estaba restringida a los crímenes acreedores de la pena de muerte y administrada sólo en el caso en que la confesión fuese necesaria para confirmar las otras pruebas estableciendo la culpabilidad del acusado. Ade-

(*) Traducción del artículo aparecido en la *Revue Pénale Suisse*, vol. 98 (1981), fasc. 4, por Clotilde Romero Sirvent, Profesora Ayudante de Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid.

(1) Lección de despedida a la Universidad de Friburgo, pronunciada el 26 de junio de 1981, dentro del marco del Curso de Procedimiento Penal. La documentación ha sido extraída del «Boletín Legislativo», desde 1803: del «Bulletin du Grand Conseil», creado en 1834; de los informes del Tribunal cantonal, publicados desde 1858; de la Rendición de Cuentas de la Gestión del Estado, consultado solamente a partir de 1920.

más, era necesario que el recurso a este suplicio fuese autorizado por mayoría de dos tercios de un colegio formado por el Tribunal de apelación, reforzado por cuatro miembros del Gobierno (Petit Conseil). De lo que se deduce que estos magistrados no ordenarían la tortura si el sumario estableciese a satisfacción de derecho los hechos que el acusado se obstinase en negar contra toda evidencia.

Aun cuando la tortura no desempeñaba ningún papel en la práctica, su abolición volvería a poner en tela de juicio todo el sistema tradicional de las pruebas, y por consiguiente sería necesario reconsiderar el proceso penal.

Por eso no es de extrañar que el Gobierno incluyese en su programa la codificación tanto de Derecho penal como del proceso, por Decreto de 21 de mayo de 1832. A este fin se creó una comisión. Esta comisión tenía por consigna examinar los Códigos recientes aparecidos en Suiza y en otros países de idéntica cultura, escoger lo mejor y aportar los retoques que «las necesidades, las costumbres y las circunstancias particulares» del Cantón pudiesen exigir.

Este método de trabajo, impuesto por un Decreto de 17 de mayo de 1833 permitía despachar el trabajo: recogido en 1837 un proyecto de Código de procedimiento penal, el Grand Conseil lo examinó rápidamente para adoptarlo ya el 29 de mayo de 1839.

Un viejo magistrado conquistado tardíamente por los encantos de la historia, pone de relieve que es ésta la única codificación realizada bajo el régimen liberal instaurado en 1830 y nos propone una explicación para esta celeridad: este primer Código de 1839 conseguiría simplemente tomar y ordenar las numerosas disposiciones dictadas entre 1831 y 1834 con vistas a aportar las reformas más urgentes para la administración de la justicia penal (2).

Indiscutiblemente, encontramos varios de estos textos, pero son con todo poco numerosos en comparación con los plagios producidos a las otras fuentes.

El proyecto de Código de 1839 y varios de sus títulos constituyen un simple plagio del Código de Cantón de Vaud de 1836, hasta tal punto que de los cien primeros artículos de la ley del Cantón de Friburgo, ochenta reproducen fielmente las disposiciones del Cantón de Vaud, respetando el mismo orden y aportando sólo modificaciones insignificantes.

En cambio, toda la parte del Código que trata de la prueba parece tener por modelo el Código del Cantón de Lucerna, a juzgar por el estilo y la ordenación.

Estas opciones no son caprichosas: el Código del Cantón de Vaud era reciente (1836), redactado en francés, destinado a ordenar un sistema largo tiempo ligado a La Carolina. En cuanto a la legislación de Lucerna proporcionaba los medios para evitar que «el brazo de la justicia» fuese desarmado, a falta de las confesiones espontáneas: la

(2) R. DE WECK, 1830 *et les codes fribourgeois*, en *Annals fribourgeoises*, 1930, p. 253.

ley precisaría bajo qué condiciones objetivas los hechos pudieran ser razonablemente tenidos por probados, especialmente por los «indicios».

Todo está concebido en función de un proceso escrito, el Tribunal resolviendo sobre la base de un expediente, bajo reserva de apelación.

Pero, ya en esta época, algunos preconizaban alguna que otra solución. En Zurich, el Gobierno prestaba una gran atención a la institución del jurado, hasta el punto de afrontar los gastos de una encuesta sobre su funcionamiento en Inglaterra. En la Asamblea Federal, donde se elaboraba una ley para la justicia militar, las voces se pronunciaban por un proceso oral y público, con la libertad de escoger defensor. Y en el Cantón de Friburgo, durante la discusión del Código de 1839, los diputados, preconizaban la introducción del jurado, con —como corolario— la abolición de la apelación. Se les respondió que el Decreto de 1833 prohibía adoptar disposiciones contrarias a la Constitución o encaminadas a conmover la organización general del Cantón. El jurisconsulto que desarrolla esta argumentación concedía, sin embargo, que el jurado en sí no sería impensable en Friburgo, en el momento en que funcionase en las regiones más apartadas desde el punto de vista de la civilización. Pero la institución era todavía desconocida en Suiza y sería sin duda muy costosa.

Sería mejor entonces atenerse al procedimiento tradicional que el Código de 1839 se ocuparía de modernizar, permaneciendo en la observancia inquisitorial. Sea como prueba esta Circular de 28 de febrero de 1844 que reprocha a los jueces instructores el comprometer el descubrimiento de la verdad a dar conocimiento al acusado de los hechos que le son imputados antes del interrogatorio, y que les recomienda no transcribir al proceso verbal las preguntas hechas antes de haber obtenido respuesta sobre las mismas a fin de no dejar al acusado «la oportunidad de meditar su respuesta mientras que el escribano inscribe la pregunta».

De este sistema paternalista, un cierto número de municipios del distrito de Morat preconizarían el cambio ya en 1846, se suprime desde el momento del cambio de régimen de 1848.

Los autores de la nueva Constitución son unánimes en un punto: la era de la Carolina está definitivamente caduca. No solamente urge dotarse de un Código penal, sino también es necesario instaurar el jurado en materia penal.

Esta innovación era sin duda consecuencia lógica del principio de soberanías del pueblo que sería así afirmado por la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder judicial. Pero para los constituyentes, el jurado permitía sobre todo abolir la «prueba por indicios» que no había dado satisfacción, remitiéndose en adelante a la íntima convicción de los jurados. Las consecuencias de ello se deducen enseguida: necesidad de administrar las pruebas a los debates, lo que postula la oralidad y la abolición de la apelación, en adelante reemplazada por la casación.

Era una reforma total de las instituciones, que estaba decidida y que debía realizarse en muy breve plazo, dado que la Constitución daba dos años para editar un nuevo Código de procedimiento.

¿Cómo se respetó este plazo? Muy simplemente: en cuanto la Constitución estuvo elaborada, el Grand Conseil puso en pie la ley de organización judicial, cuyo capítulo relativo a la Cour d'assises se inspira en el derecho del Cantón de Vaud, salvo en un punto donde se prefiere el sistema de Ginebra. Una comisión de legislación penal trabajaba en un nuevo Código de procedimiento, que se votó en 1850: recoge ciertas disposiciones del Código de 1839, especialmente en lo que concierne a la organización de la justicia penal y a la protección de la libertad individual, los otros artículos son simplemente copia del Código de Berna, concebido sobre el tipo francés, por el evidente motivo de contestar a las gentes de Jura.

Todo el empeño se ponía en la introducción del jurado, al que se aludía ampliamente. Pero, enseguida aparecen las dificultades prácticas.

Y fueron numerosas. Para resolverlas, fue preciso frecuentemente modificar la legislación, lo que daba la razón al autor de un dicho «Ley de Friburgo, ley de un día».

En primer lugar, era de temer que dentro del marco del distrito, no se encontrasen bastantes ciudadanos verdaderamente independientes e imparciales para constituir el jurado. Era necesario reclutarlos entonces en una jurisdicción más extensa, constituida por varios distritos vecinos, como en el Cantón de Vaud. Así es como se colocaron juntos Singine, Lac y Friburgo: la diferencia de lenguas impone recurrir a los intérpretes con gastos suplementarios y extensión de los debates. Se requería inmediatamente cambiar la fórmula, creando para ello los resortes necesarios que tuviesen en cuenta el problema lingüístico y hacer economías en los gastos de transporte.

Como emanados del pueblo soberano, los jurados debían elegirse a nivel de los municipios. Estas elecciones no movilizaron nunca a las gentes y sería muy tardíamente cuando se introduciría la fórmula de la elección tácita, que parece una invención de Neuchâtel. Esperando a ello se toma la decisión de proceder simultáneamente a las elecciones de los jurados cantonales y federales, que serían anuales, después cada tres años y por último cada seis años.

El inconveniente aparecería el día en que una Cour d'assises no pudiese celebrar sesión, porque de los catorce jurados, dos estuviesen muertos, dos hubiesen emigrado y uno hubiese sido incapacitado.

Este caso no es el único y explica las numerosas circulares invitando a los síndicos a vigilar la sustitución de los jurados que, entre dos elecciones, hubiesen perdido esta cualidad.

Elegidos del pueblo, ¿tendrían estos jurados las luces suficientes para hacer justicia? Los constituyentes dudaban de ello. A sus ojos el Cantón estaba demasiado atrasado. Asimismo, como en Ginebra, se instituía en el seno del Grand Conseil una comisión de «trilliage» (sic) que debía seleccionar, de entre los elegidos, aquéllos que fuesen dignos

de figurar en una lista de cien, de los ciento cincuenta jurados retenidos por las necesidades de la jurisdicción. Y de ellos diría un día un diputado, algunos debían de revelarse «sin cultura intelectual, débiles de espíritu, sin ofrecer garantía suficiente de moralidad».

Inicialmente el jurado estaba constituido en la apertura del proceso: se convocaban veinte y cuatro jurados entre los cuales, catorce serían designados por sorteo para actuar. Lo que hacía vanos los esfuerzos realizados para delimitar previamente a los jurados y permitía ejercer el derecho de recusación antes de haberlos vistos. El inconveniente estaba en la necesidad de indemnizar a los jurados licenciados, que habían sido escogidos por error. La Confederación no habría podido solucionar tal gasto, e instituyó un sistema de recusación sobre la base de listas supeditadas de antemano a las partes. Friburgo debía de apresurarse en retener este medio de realizar economía.

Era preciso aún organizar la defensa en la Cour d'assises, especialmente la de aquéllos que no podían sufragar los gastos. La ley imponía a los abogados el deber de defender gratuitamente a los indigentes. A pesar de todo esto era una pesada carga, aun cuando el número de abogados no estaba limitado a ocho como lo estaba en el pasado. Esto fue ocasión de rehacer la ley sobre la abogacía y de extender la obligación de asumir la defensa de oficio a los licenciados en derecho y a los notarios.

Pertenecía al Ministerio Fiscal el atender a estos cometidos para evitar que la carga recayese siempre sobre los mismos. Más tarde los notarios fueron dispensados de este deber, siguiendo la afirmación de que «nunca un acusado ha sido tan mal defendido como por un notario». Esto no es otra cosa que en el curso de este siglo, después de reiterados pasos, el principio de retribución del defensor de oficio por el Tesoro ha sido por fin admitido; aún hoy no es el caso de Francia.

Y qué decir del funcionamiento del jurado, si no es que, como otros ciertos veredictos han sido mal acogidos por el público, por retomar una fórmula del Tribunal Cantonal, que señala que los jurados han sido vapuleados a la salida de una audiencia. Los jueces no desperdician ocasión de reprochar a los abogados el desorientar al jurado, no sin reprocharse a ellos mismos por las sesiones demasiado prolongadas, que agotan las fuerzas de los jurados, o de indignarse de haberles oído decir: «Estamos convencidos de la culpabilidad del acusado, pero las pruebas no son suficientes».

En la prueba, el jurado no había convencido, y cuando el Partido Conservador vuelve al poder, se apresura a inscribir en la Constitución de 1857 no la obligación, sino solamente la facultad de recurrir al jurado.

Desde entonces, uno se pregunta por esta supresión. El número de los asuntos criminales va disminuyendo, pues la Cámara de acusación practica el «correccionalismo» para sustraer el mayor número de asuntos al jurado. Paralelamente se considera la posibilidad de un nuevo Código de procedimiento, pero todo está subordinado a la cues-

tión de saber si el jurado será conservado, abolido, modificado a fondo: este no es el lugar de hacer inventario de todas las soluciones que se han preconizado.

Si la «Cour d'assises» se mantuvo, no sin ver sus atribuciones fuertemente reducidas, es quizá la consecuencia de un hecho que es totalmente extraño.

En efecto, el Cantón de Friburgo fue el primero en abolir la pena de muerte (1848). Pero, en 1862, se plantea el restablecerla, seguidamente del asesinato de una joven de Oberried, en el distrito de Lac. No menos de cuarenta y una peticiones la reclaman. Uno de los argumentos que se adelantan es que Friburgo está situado entre dos cantones que tienen todavía la pena de muerte y que los dos últimos crímenes son obra de «extranjeros» en el Cantón de Berna o de Vaud. ¿No sería necesario evitar que «se viniese a Friburgo para ejercer la delincuencia»?

El Grand Conseil se otorga un tiempo para reflexionar: si se volvía a la pena capital, ¿quién va a asumir la responsabilidad de una condena así?

¿No sería necesario remitirse al jurado, el cual no conocería en lo sucesivo nada más que de los crímenes más graves? Eso implicaba la revisión de la ley de organización judicial, del Código penal y del Código de procedimiento penal.

El 11 de mayo de 1868, el Grand Conseil votó el restablecimiento de la pena de muerte por 49 votos contra 32, y una semana más tarde ordenaba la revisión total de la legislación penal elaborada por el régimen radical de 1848, que no tuvo entonces la longevidad que le atribuía recientemente un eminente historiador de Friburgo.

Es así como fue adoptado en 1873 y no sin dificultad, el tercer Código de procedimiento penal, que nos parece como una edición revisada y corregida del precedente, con imitaciones del Derecho francés.

El autor del proyecto —un anciano de ochenta años— a quien se le reprochó «el lado mecánico del Código», es decir, su ordenación, se justifica diciendo que «las ideas sobre el orden se le escapan a aquél que trabaja».

El anciano magistrado no fue blando con los abogados, que no tienen obligación de asistir a la recusación de los jurados para prevenir las manipulaciones: corresponde, de otra parte, al presidente el resumir el asunto al final de los debates, con el propósito evidente de reparar los errores cometidos por la defensa. Con la preocupación de atender a la justicia de garantías, la inobservancia de numerosas formalidades se sancionaba con la nulidad. Lo cual condujo a anular un proceso, porque el presidente se olvidó de decir que los debates estaban cerrados y que decidía proceder al fallo, o porque había omitido advertir a un guardamontes que podría estar juramentado. Se adivina que el Tesoro no parecía poder soportar los gastos resultantes de estos desconciertos.

Aun cuando son escasos, semejantes asuntos incitan a reclamar cambios.

Estos se aportaron muy cerca de la Primera Guerra Mundial, una de esas épocas en las que soplaban un viento de reformas: un proyecto de organización judicial había sido creado, y los adversarios del Código penal suizo preparaban un alarde, bajo la forma de un Código penal del Cantón de Friburgo que, utilizando mucho el proyecto suizo de 1918, aportaba numerosos correctivos. Sobre la marcha se decidió reconsiderar igualmente el procedimiento penal; así, al Código reformado de 1850, revisado en 1972, le sucedería el Código reconsiderado de 1927.

Su autor no tenía la intención de romper con el pasado a no ser en dos puntos esenciales: en primer lugar rechaza la idea de que «justicia no es propiamente hablando más que formalidad», como afirmaba Ayrault: también liberó al juez de la sujeción de la ley, limitándose a darle las directrices y a recordarle los derechos del procesado. También le fue posible reducir en sesenta y cuatro artículos una materia que ostentaba más de quinientas cincuenta disposiciones.

Obra sólida y original, la concisión de este Código dejó a los juristas mudos (3). En cuanto a los prácticos, no siempre lo han apreciado, sus preferencias estaban por las viejas pautas.

Por consiguiente, la fórmula ha sido un éxito: este Código ha batido el récord de longevidad de sus antecesores. Se convirtió en un artículo de exportación, puesto que Zoug y Valais lo han tomado indiscutiblemente y ha sido tomado en consideración por los autores de la Ley Federal de 1934 sobre procedimiento penal.

Quiere esto decir que aún es conveniente en la actualidad, en donde el más insignificante atentado a la libertad del individuo debe descansar sobre una «base de legalidad».

Los tiempos de la confianza en el juez han terminado: en lo sucesivo es necesario textos detallados, precisos, completos. Numerosos cantones se han convencido de ello y se han apresurado a reformar o a reestructurar su legislación por miedo a incurrir en las iras del Tribunal Federal, probablemente puesta en ridículo por las «instancias» de Estrasburgo.

He aquí porqué Friburgo sueña hoy con sustituir su Código, y en la espera, actualmente lo retoca.

Una de estas reformas ha tratado sobre la famosa cuestión de las escuchas telefónicas, a las cuales hacía falta dar una «base legal». La solución consistió en designar juez competente para vigilar el empleo de este procedimiento de información, a ejemplo de la legislación del Cantón de Vaud. Pero pareció preferible adoptar las reglas detalladas

(3) La *Revue de droit suisse* se abstuvo de mencionar el Código en el inventario de los actos legislativos de 1927, sin comentario alguno. En esta revista, el profesor LOGOZ hace algunas alusiones al anteproyecto de Friburgo en sus *Notas sobre algunos problemas de procedimiento penal* (R. P. S., vol. 40, 1927, pp. 3 y 113).

que la Confederación dio para el empleo de sus agentes. Se trata de un modelo de causuística bizantina, concluida por los parlamentarios mismos, en la creencia de que el recurso a la escucha era tan frecuente y fácil como en las películas policíacas y con un espíritu de desconfianza con respecto a la autoridad. Quizá no habían sospechado que existiese en Suiza un medio eficaz de evitar los abusos: los PTT pasaban una buena factura por los gastos de escucha, de suerte que policías y magistrados se lo pensasen dos veces antes de solicitar esta medida de ayuda.

He aquí el inventario de estas codificaciones, muertas o en el fin de su vida, y a quien espera una conclusión, es necesario responderle que del pasado lo único que se sacan son lecciones. Recordaremos tres: ante todo, hemos señalado que el Código de 1839 es una mezcla de los Derechos de Vaud y de Lucerna. El Código de 1850 es una réplica de la legislación del Cantón de Berna. El Código de 1873 se inspira en el Código francés y la ley actual constituye un importante compendio del derecho anterior.

El apropiarse de otra legislación es un fenómeno común en Suiza. Los ejemplos abundan: en el siglo pasado, Neuchâtel da la consigna de inspirarse en el Código de Instrucción Criminal de 1808, y, al cabo de unos meses, Uri se dota de un Código que es una excelente adaptación del Código de Appenzell Rhodes-Extérieures. Esta increíble facilidad de adopción o de adaptación a otro derecho, no permite apenas tomar en serio el argumento extraído de nuestros particularismos cantonales para oponerse a la unificación del procedimiento en Suiza. También el anteproyecto de revisión total de la Constitución federal no duda en preconizarla y puede hacerlo más que el Tribunal Federal impone la observancia de principios uniformes en procedimiento en nombre del artículo 4 de la Constitución y de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

A continuación hemos dejado entender, al menos por dos veces, que los de Friburgo sufrían de un complejo de inferioridad: se suponían menos desarrollados que los otros suizos.

En el plano del procedimiento, este juicio está lejos de ser cierto.

Los problemas que hemos encontrado se conocen igualmente en otros cantones. Después de Vaud y Ginebra, Friburgo ha sido uno de los primeros cantones en hacer la experiencia del jurado, y fue el primero en reconocer que fue un disparate difícil de reparar, cuando se clamaba que el jurado fue «una conquista de la democracia sobre la Edad Media» como repitió todavía un miembro del Gobierno. La astucia consistió en debilitar progresivamente la Cour d'assises, asignándole un papel cada vez más insignificante, hasta que fue posible hacerla desaparecer recientemente sin levantar protestas. Esta técnica para resolver la «crisis del jurado» fue puesta en marcha por Tessin en primer lugar, luego Ginebra programando la reforma del jurado clásico.

Podrían ponerse otros ejemplos para demostrar que la legislación de Friburgo no merece el reproche de estar atrasada: el Código de

1927, mediante algunos retoques, decidió la aplicación del moderno Código penal suizo, cuando en los otros cantones latinos, faltó no sólo concebir un nuevo Código de procedimiento, sino también consagrar años a su puesta a punto. ¿No se arrastró veinte años delante del Grand Conseil el proyecto de Ginebra?

En fin —última lección— los espíritus críticos no dejarán de preguntarse si los esfuerzos se habrían hecho para mejorar de verdad la administración de justicia, o si no estarían movidos por una sórdida preocupación económica.

Esta última tesis podría encontrar un sólido apoyo en la Constitución del Cantón de Friburgo, que es una de las pocas en haber escrito, bien claro, que la economía de un Estado debe quedarse corta (art. 15). Y en uno de sus primeros informes, el Tribunal cantonal afirma que «el fin es aligerar el Tesoro Público, sin perjudicar a la administración de justicia». Y recorriendo el proceso verbal del Grand Conseil, una frase célebre viene a la memoria: «No olvidéis que la Justicia es una gran dama pobre, y que sus servidores se quedan, la mayor parte, pobres como ella»:

¿Los ejemplos?

Ya en 1851, un diputado sugirió reducir a dos los recursos de audiencia, para realizar una economía anual de 2.500 francos. Al año siguiente, no la Comisión de justicia, sino más bien la Comisión financiera extraordinaria, es quien propone un plan de acción para reducir los gastos inherentes al jurado. Y más tarde, las quejas: los testigos están excesivamente pagados, sólo por cumplir un simple deber cívico, los jurados, en cambio, no lo están bastante, hasta el punto que un diputado, Clerc, señala que hay quien prefiere pagar la modesta multa que se inflige al jurado que no comparece, que interrumpir sus ocupaciones, a menudo importante. Cuántas lamentaciones por el costo de la justicia penal: en 1914, el Estado ha gastado de su bolsillo 34.351 fr.85., cifra exorbitante según el Gobierno. Esta es una cuestión presupuestaria que obstaculiza la institución de un juez de instrucción cantonal. En 1927, es necesario justificar muy bien la adquisición de una modesta motocicleta que permita a un guardia acudir más rápido al lugar de un accidente de carretera. En 1935, un diputado se alarma por la insuficiencia del control en la circulación, se le responde que en lo sucesivo se contará con una brigada móvil, compuesta de dos hombres, de dos motocicletas y de una máquina fotográfica.

No ha lugar a sonrisas: es la imagen de un cantón verdaderamente pobre hasta estos últimos años.

También otros han conocido esta miseria: en el siglo pasado, uno de los obstáculos levantados contra la institución del Ministerio Público ha sido, en Berna, el temor de la carga que resultaría para las finanzas del Estado.

Pero la indigencia no sólo tiene efectos negativos.

En nuestros días, la detención preventiva es un tema de moda. Ahora bien, un estudio reciente pone de manifiesto esta curiosa cons-

tatación: es en el Cantón de Friburgo donde es más breve este cautiverio. El fenómeno es tanto más sorprendente en tanto que la ley no subordina la orden de arresto a ninguna condición (4) y se remite enteramente a la prudencia del juez.

Para explicar este hecho curioso se han dado varias hipótesis, principalmente el hecho de que la criminalidad tuviera menos importancia en Friburgo que en una gran urbe.

En nuestra opinión, la razón es mucho más simple: la detención preventiva cuesta caro al Estado y es improductiva. Es necesario ahorrar.

Cuando Ginebra se vanagloria de haber consagrado constitucionalmente la libertad provisional a partir de 1849, Friburgo la practicaba ya antes del Código de 1839 para economizar los dineros del Estado. La práctica del correccionalismo, que hemos señalado, se explica por el deseo de reducir la espera en prisión a una sesión de Audiencia. En 1862, el plazo del recurso de casación se reduce a la mitad, en el momento en que el condenado es detenido (5). Al año siguiente, un diputado propone abolir el jurado con el fin de disminuir gastos de justicia en materia penal y dulcificar la suerte del procesado, disminuyendo lo más posible la duración de la detención preventiva. Esta política económica inspira al Grand Conseil el exigir el establecimiento de una estadística de la duración media de la detención preventiva: al mismo tiempo cada juez de instrucción despliega sus esfuerzos por figurar entre los magistrados menos pródigos en esta medida coercitiva (6).

Y si algunos deploran el cúmulo de funciones del juez de instrucción y de presidente de la jurisdicción, es necesario conceder que tiene una ventaja: la celeridad del proceso, exigencia de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y tema de estudio de la última Conferencia de Ministros Europeos de Justicia.

Acabamos de hacer la demostración de esta celeridad pasando revista a los cuatro Códigos que el Cantón de Friburgo ha conocido en un siglo y medio. Quizá hayamos podido demostrar que el procedimiento penal no merece el Premio Nóbel del aburrimiento.

(4) M. Logoz lo había casi intuido (*R. P. S.*, vol. 40, 1927, p. 10, nota 2).

(5) Este es el origen del art. 55 ch. I, Código de procedimiento actual.

(6) En la interpretación de cifras no se puede confundir el arresto (*Festnahme*), tratado en el art. 2 ch. 3 CPP, con la detención preventiva (*Haft*), que no está reglamentada en el CPP. Es un matiz que se le ha escapado al criminólogo que ha presentado la detención preventiva en la Suiza de lengua francesa, en una emisión de televisión, con una cierta prevención con respecto a Friburgo

Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España(*)

Por ALFONSO SERRANO GOMEZ,
Profesor de Derecho Penal y Criminología

No es mucho lo que conocemos de los sistemas de prevención del delito y de sus resultados. La misma situación se da con respecto al efecto que pueda tener la pena de muerte en el campo de la prevención general. Si esa pena subsiste en los Códigos por la creencia de su valor preventivo, no tiene razón de mantenerse debido a su escasa o nula eficacia en este terreno; si, por el contrario, lo que se persigue es eliminar a determinados delincuentes, la realidad es otra, aunque también esto se puede evitar con el cumplimiento de los largos períodos de condena que lleva consigo los graves delitos para los que se prevé la última pena.

Antes de tratar de la evolución criminológica de la abolición de esta pena en España (1), nos vamos a ocupar de hacer un breve resumen de cómo se encuentra este tema en el campo internacional, tanto en el aspecto de la prevención como respecto de los países reaccionaristas y abolicionistas. De ambos puntos se ocupó el VI Con-

* Este trabajo es mi colaboración al coloquio español preparatorio del IX Congreso Internacional de Criminología, Madrid, noviembre 1982.

(1) Dispone el inciso último del artículo 15 de la Constitución española de 1978: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Formalmente no está derogada la pena de muerte en el Código penal. En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ DEVESA, en *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1981, página 838, y SERRANO GÓMEZ, *La pena de muerte en el Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1980, página 280. En el Proyecto de Ley de Reforma parcial del Código penal (febrero de 1982), se prevé la derogación formal, pues se especifica de forma concreta la supresión de las palabras «a muerte». Hasta ahora en las ediciones del «Boletín Oficial del Estado» del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue figurando la pena de muerte, aunque con letra cursiva, y haciendo referencia al pie de página de su derogación por la Constitución de 1978.

greso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas en septiembre de 1980.

Estado actual de la pena de muerte en el mundo.—Los esfuerzos abolicionistas vienen siendo muy lentos, aunque están consiguiendo su cometido. No obstante, algunos países retencionistas están extendiendo el catálogo de delitos para los que se puede aplicar la pena de muerte, especialmente para actos terroristas e incluso a veces para delitos de tipo económico y otros (2). Argentina la abolió en 1973 y la volvió a implantar en 1974; Méjico la abolió en el Estado de Sonora en 1975; Canadá en 1976; en Portugal en 1977; en Seychelles, España y Dinamarca en 1978; Noruega pasó a ser totalmente abolicionista en 1979; en Francia fue abolida en 1981 (3). Sólo está abolida la pena de muerte por Ley en 22 países; para delitos ordinarios en 16; por costumbre está abolida en cinco países, no habiéndose producido ninguna ejecución en los últimos cuarenta años; por otra parte, son siete los países donde los últimos diez años no se ha producido ninguna ejecución. No hay ningún país abolicionista en la zona de Europa oriental; en Africa solamente lo son entre los miembros de la O. N. U., Cabo Verde y Guinea-Bissau; en la zona del Pacífico son abolicionistas Islas Salomón, Nepal y Papua Nueva Guinea. En realidad el abolicionismo hay que buscarlo en los países de Europa occidental y en algunos de América.

Son 52 los países que total o parcialmente son abolicionistas. Pueden serlo por Ley (4); algunos sólo lo son por Ley para delitos ordinarios (5); por costumbre durante los últimos cuarenta años (6); de facto, por lo menos en los últimos diez años (7); naciones fede-

(2) Japón amplió el catálogo de delitos en los que se aplica la pena de muerte, al secuestro de aeronaves o cualquier otro delito conexo del que resultare muerte, en 1970; cuatro años más tarde lo amplió para quien destruyera una aeronave, y en 1978 para los asesinatos de rehenes. En Etiopía, en 1974 fueron incluidos el tráfico de armas, los delitos contrarrevolucionarios y contra el Estado y la función pública.

(3) En Fiji se suavizó la aplicación de la pena de muerte a partir de 1966, restringiéndose a los asesinatos de policías o funcionarios de prisiones, se amplió en 1973 para todo tipo de homicidios, y fue abolida definitivamente en 1979. En Hungría, a partir de 1978 se ha suavizado el número de supuestos para los que se impone la última pena. (E/1980/9, 19 y ss.).

(4) Alemania Federal (1949), Austria (1945), Cabo Verde (1975), Colombia (1910), Costa Rica (1882), Dinamarca (1978), Ecuador (1887), Finlandia (1972), Francia (1981), Honduras (1929), Islandia (1928), Islas Salomón (...), Luxemburgo (1979), Nicaragua (1979), Noruega (1979), Panamá (1903), Papua Nueva Guinea (1971), Portugal (1977), República Dominicana (1966), Suecia (1973), Uruguay (1903) y Venezuela (1863).

(5) Brasil (1978), Canadá (1976), España (1978); Fiji (1979); Guinea Bissau, Israel (1954), Italia (1944), Malta (1971), Méjico (1975), Nepal (1959), Nueva Zelanda (1961), Países Bajos (1870), Perú (1978), Reino Unido (1969), San Marino (1948) y Suiza (1937).

(6) Bélgica (1918), Liechtenstein (1799), Mónaco (1847), Santa Sede y Suriname (1929).

(7) Alto Volta, Costa de Marfil, Chipre (1969), Guyana (1970), Madagascar (1960) y Malvinas (1952).

rales divididas sobre el tema, pues unos estados son retencionistas y otros abolicionistas (8) (9).

Valor preventivo de la pena de muerte.—Pasamos a recoger los criterios más importantes que en materia de prevención tiene la pena capital y que se trataron en el citado VI Congreso de las Naciones Unidas, haciendo incluso referencia a algunos de los trabajos citados en la documentación del mismo, en donde se tuvo en cuenta la experiencia de varios países que han abolido la pena de muerte (10). En un informe elaborado por los Comisionados de Derecho Penal del Reino Unido, en 1836, se llegó a la conclusión de que no se había demostrado que la abolición de la pena de muerte para algunos tipos de delitos llevara consigo un aumento de criminalidad (11). Resultados similares se han obtenido en trabajos realizados en Dinamarca, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Queensland (Australia) y Suiza, especialmente los homicidios apenas han sufrido variación entre el período retencionista y posterior abolicionista e incluso en algunas etapas esos delitos han descendido; algo similar ha ocurrido en Colombia, Costa Rica y Panamá (12).

En Canadá se efectuó un estudio comprendido entre 1962 y 1970 sobre cinco delitos (asesinatos y homicidios voluntarios, intentos de homicidio, lesiones y asalto, violaciones y robos). Estos delitos no aumentaron en mayor proporción que otros y la razón hay que buscarla en factores demográficos, sociales y económicos. Fattah estimó que la suspensión de la pena capital nada tenía que ver con el aumento de la tasa de homicidios (13). Una Real Comisión sobre la Pena Capital en el Reino Unido (1949-1953) también llegó a la conclusión de que no existe prueba alguna que demuestre que la abolición de la pena capital lleve a un aumento de los homicidios, ni de que la implantación de esa pena suponga una disminución; el ligero incremento de homicidios en Estados Unidos durante el período de tiempo en que estuvieron en suspenso las ejecuciones no puede explicarse por esa retención (14).

Los primeros estudios sobre el efecto de la pena de muerte en la prevención general fueron realizados por Sutherland hace más de medio siglo y demostraron que no puede establecerse ninguna relación entre las tasas de homicidios y la persistencia o abolición de la pena capital. Pese a que estos estudios no se han considerado de mucho

(8) Australia (1964), Estados Unidos (1979) e Irlanda (1954).

(9) En Estados Unidos son abolicionistas los Estados de Alaska, Delaware, Hawaii, Iowa, Maine, Minnesota, Oregón, West Virginia y Wisconsin.

(10) A/CONF. 87/9, 44-72.

(11) Second Report of His Majesty's Commissioners on the Criminal Law (Londres, Parliamentary Papers, vol. 36, 1836), pág. 343.

(12) A/CONF. 87/9, 45 y ss.

(13) FATAH, E. A.: *A Study of the Deterrent Effect of Capital Punishment with Special Reference to the Canadian Situation* (Ottawa, Information Canada, 1972).

(14) A/CONF. 87/9, 56-58, MORRIS, T.-BLOM-COOPER, L., *Murder in England and Wales Since 1957*, *The observer*, 1979.

valor, lo cierto es que incluso en algunos casos resulta que en Estados Unidos se daba mayor tasa de homicidios en los Estados retencionistas que en sus vecinos abolicionistas (15). No obstante, hay que tener en cuenta que los trabajos que se han realizado se hacen con referencia a homicidios. Cabe señalar que normalmente la pena de muerte suele aplicarse sólo a homicidios agravados.

Frente a la opinión de los que estiman que la eliminación de algunos delincuentes es importante, ya que no pueden reincidir, cabe dos argumentos: 1) Que el largo período de privación de libertad a que suele someterse a quienes cometen homicidios agravados u otros delitos que llevan aparejada la pena de muerte, de por sí les priva de muchas posibilidades de reincidencia, salvo los casos excepcionales de que la nueva infracción la cometan mientras cumplan condena, y 2) En un estudio realizado en Finlandia se llegó a la conclusión de que las posibilidades de reincidir los homicidas es de 0,0023, que aún siendo una tasa bastante superior a la media de la población, sin embargo, en caso de aplicarse la pena capital el número de ejecuciones sería superior al de las víctimas evitadas. También se dan datos de criminalidad muy baja por reincidencia en otros estudios realizados en Sri Lanka, Reino Unido, Estados Unidos (16) y Canadá (17).

Pese a que no se puede demostrar el efecto preventivo de la pena capital en los delitos más graves, pues los trabajos realizados a este respecto han sido sobre homicidios, buena parte de la población de los países, e incluso en algunos su mayoría, es partidaria de mantener dicha pena; la razón hay que buscarla en el incremento de la delincuencia en general a nivel mundial y de la violenta en particular, especialmente la terrorista: La población española, por ejemplo, era abolicionista en un 55, 52 y 49,3 por 100 en los años 1975, 1977 y 1978, respectivamente, y retencionista el 30, 35 y 41,4 por 100 para los mismos años (18). De estos datos resulta que los españoles eran cada vez menos abolicionistas conforme los parlamentarios se mostraban partidarios de la abolición, que se plasmaría en la Constitución de 1978, esto obedecía a un aumento del terrorismo y de la criminalidad en general, especialmente la de carácter violento (19) En Francia, de un sondeo realizado por «Le Figaro», el 66 por 100 de los franceses eran partidarios de que se mantuviera la pena de muerte, y un 75 por 100 para los delitos graves. Estos datos se daban precisamente

(15) SUTHERLAND, E. H.: *Murder and the death penalty. The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. XV, 1925, págs. 522 y ss.

(16) BEDAU, H. A.: *Parole of Capital Offender, recivism and life imprisonment, The Death Penalty in America* (Chicago, 1964), A/CONF. 87/9, 70.

(17) JAYWARDENE, C. H. S.: *The Penalty of Death: The Canadian Experiment*, New York, 1978.

(18) Véase, BARBERO SANTOS, M.: *La pena de muerte en España: Historia de su abolición*, en *Doctrina penal*, abril-junio 1980, pág. 212.

(19) Véase SERRANO GÓMEZ, *Democracia y criminalidad*, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Madrid, 1978, II, págs. 45 y ss.

en el momento en que dicha pena era abolida en la Asamblea Nacional Francesa (20).

Son otros muchos los trabajos que niegan el efecto preventivo de la pena capital. Cabe destacar los de Sellin, que se ocupa del tema en Estados Unidos (21); Nishikawa, hace un estudio sobre el Japón (22); Hann y Middendorff consideran que incluso puede tener la ejecución de la pena de muerte efectos criminógenos, provocando delitos de sangre (23). También son diversos los autores españoles que se mantienen en esa línea, como Barbero Santos (24), García Valdés (25) y Rodríguez Devesa (26). Landrove Díaz pone de manifiesto que la publicidad de las ejecuciones no producía ni la ejemplaridad ni la intimidación que podían justificarla, por lo que una Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de febrero de 1874 había tratado de prevenir los excesos del público que asistían a las ejecuciones, dictando instrucciones a los Presidentes de las Audiencias para que rodearan las mismas del respeto debido (27).

Se ha visto que en algunos países ha disminuido incluso el número de homicidios después de ser abolida la pena de muerte, en Alemania, por ejemplo, después de suprimirse la citada pena en 1949 disminuyó el número de asesinatos, descendiendo de 521 en 1948 a 301 en 1950, elevándose ligeramente en 1960 a la cifra de 355 (28). Sin embargo, no se puede llegar a la conclusión contraria a la que se pretende mantener, pues si no está demostrado que la pena capital tenga efectos de prevención general, tampoco se puede decir que el mantenimiento

(20) Se abolió la pena capital por la Asamblea General Francesa el 18 de septiembre de 1981, por 369 votos a favor y 116 en contra. En España determinados políticos que votaron a favor de la abolición de la pena capital, piden hoy su restauración (véase Diario «ABC» de 18 de septiembre de 1982, pág. 21).

(21) SELLIN, T.: *The Death Penalty, A Report for the Model Penal Code*, Project of the American Law Institute, Philadelphia, 1959, pág. 34.

(22) NISHIKAWA, T.: *Capital punishment in Japan*, University Georgia, 1980.

(23) HANN, G. R.: *Deterrence and the Death Penalty. A critical Review of the Econometric Literature*, Canadá, 1976; MIDDENDORFF, W.: *Todesstrafe-Ja order Neim*, Friburgo, 1962, pág. 32.

(24) BARBERO SANTOS, M.: *Estudios de Criminología y Derecho penal*, Valladolid, 1972, págs. 152 y ss.

(25) GARCÍA VALDÉS, C.: *Los argumentos en la polémica acerca de la pena capital*: BARBERO SANTOS y otros, en *La pena de muerte, seis respuestas*, Madrid, 1978, págs. 149 y ss.

(26) RODRÍGUEZ DEVESA, J. MARÍA: *Contribución a la imagen numérica de la pena de muerte en España*, en Revista de Estudios Penitenciarios, 1967, número 178-179, págs. 336 y ss.

(27) LANDROVE DÍAZ, G.: *La abolición de la pena de muerte en España*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1981, pág. 21 y nota 8.

(28) GARCÍA VALDÉS, C.: *La pena capital. Estado actual*, Madrid, 1979, en páginas 34 y ss., recoge la situación de diversos países en donde ha disminuido el número de homicidios al ser abolida la pena de muerte, aunque en algunos casos ha sucedido lo contrario; véase ARROYO ZAPATERO, L.: *La abolición de la pena capital en Gran Bretaña*, en el Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Salamanca, 1982, págs. 22 y ss.

de aquélla tenga efectos criminógenos, pues aunque en casos concretos así suceda (29), también hay que admitir que la misma necesariamente ha de tener efectos preventivos en ocasiones.

En cuanto al número de condenas y ejecuciones a nivel internacional no es tan elevado como para justificar su efecto preventivo. Durante el período 1974-78 en los países de la O.N.U. (30) fueron

(29) Por un Decreto de 13 de abril de 1764 se manda observar la pragmática de 23 de febrero de 1734, que es Auto-acordado 19 tit. 11 lib. 8, por el cual se impone la pena capital a los hurtos cometidos en la Corte, extendiendo la cantidad de dicha pragmática a cincuenta pesos y se manda, *que se practique en todo el Reyno y Corona de Aragon, y se comprehendan en la pragmática los hurtos executados por los domésticos.*

Con referencia a los hurtos domésticos decía Lardizábal que nadie se atrevía a denunciar a un criado que le había hurtado, pues ello suponía ser ejecutado... «no se atreve a denunciar el delito, y se contenta con echar de su caso al que le cometió, el qual con esta confianza va haciendo lo mismo a quantas partes va, y de esta suerte, en vez de contener los hurtos domésticos la gravedad de la pena, sólo sirve para fomentarlos con la impunidad. La experiencia es la mejor prueba de la verdad de este discurso... Si en lugar de la pena de muerte se impusiera otra proporcionada, los robados no tendrían repugnancia en acusar, ni los testigos en deponer: se evitarían muchos juramentos falsos, se castigarían más seguramente los hurtos, y se corregirían muchos ladrones, que ahora acaso se han incorregibles por la impunidad, y de hurtos domésticos pasan a cometer otros delitos más graves», *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, Cap. II, 15-16.

Parece que a mayor amenaza de la pena también el efecto preventivo debe ser mayor. No siempre ocurre así, pues a veces la amenaza de una pena excesivamente grave puede tener efectos contrarios. A este respecto escribía Mezger, «Constituye un hecho comprobado por la experiencia, que lo que más estimula y pone en actividad las inclinaciones criminales latentes es un sistema punitivo rudo y brutal, contrario a la conciencia de la época. Sólo una pena justa y adecuada al acto puede realmente lograr de modo correcto la prevención general que le incumbe», MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, traducción Rodríguez Muñoz, Madrid, 1935, II, pág. 376.

(30) Entre los países miembros de la O. N. U. son retencionistas: 1) *Africa del Norte y Oriente Medio*: Arabia Saudita, Argelia, Baherin, Chipre, Egipto, Emiratos Arabes Unidos, Irán, Iraq, Jamahiriya Arabe Libia, Jordania, Kuwait, Líbano, Marruecos, Omán, Qatar, República Arabe Siria, Túnez, Turquía, Yemen y Yemen Democrático; 2) *Africa al Sur del Sahara*: Alto Volta, Angola, Bemín, Botswana, Burundi, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Chad, Djibouti, Etiopía, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea Ecuatorial, Kenya, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi Mali, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Níger, Nigeria, República Centroafricana, Santo Tomé Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Swazilandia, Togo, Uganda, República Unida del Camerún, República Unida de Tanzania, Rwanda, Zaire y Zambia; 3) *Asia y el Pacífico*: Afganistán, Bangladesh, Ehtan, Birmania, China, Fiji, Filipinas, India, Indonesia, Japón, Campuchea Democrática, Malasia, Maldivas, Mongolia, Pakistán, República Democrática Popular Lao, Samoa, Singapur, Sri Lanka, Tahilandia y Vietnam; 4) *Europa oriental*: Albania, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia República Democrática Alemana, República Socialista Soviética de Bielorrusia, República Socialista Soviética de Ucrania, Rumania, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia; 5) *América Latina y el Caribe*: Argentina, Bahamas, Barbados, Bolivia, Cuba, Chile, Dominica, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Jamaica, Paraguay, Santa Lucía, Suriname y Trinidad y Tobago; 6) *Europa occidental, América del Norte, Australia, Nueva Zelanda e Israel*: Bélgica, Grecia, Irlanda, Australia y Estados Unidos de América (en algunos Estados) (E/1980/9, anexo).

2.364 (31) las condenas impuestas, lo que no llega a una media anual de quinientas, mientras que las ejecuciones fueron 713 (32), es decir, algo menos de la tercera parte, con un promedio anual inferior a ciento cincuenta. Sólo fueron condenadas siete mujeres, de las que no se ejecutó ninguna, y por edades, todos, a excepción de uno, eran mayores de dieciocho años. El número de penas impuestas y ejecutadas fue muy irregular, sólo en Sudán se impusieron más de la tercera parte del total mundial, con 991, de las que se ejecutaron 179; en Bangladesh la relación fue de 406 a 258 y en la India de 198 a 68 (33).

Realidad española. Los trabajos sobre experiencias en otros países están realizados sobre homicidios, aunque hay que estimar que normalmente son agravados y llevan consigo la posibilidad de imponer la pena de muerte. En España, el homicidio en sí no llevaba aparejada esa pena en ningún caso, por otra parte, en el Código penal la pena de muerte no figuraba como pena única en ningún supuesto siempre era de reclusión mayor a muerte; sí aparecía como pena única en el Código de Justicia Militar. Entre los delitos comunes en los que era posible aplicar la pena de muerte, los más frecuentes eran el parricidio, asesinato y robo con homicidio (34).

Los datos estadísticos españoles que se van a exponer, además de

(31) El número de condenas fue en 1974 (929), 1975 (449), 1976 (416), 1977 (689) y 1978 (381) (E/1980/9, 35).

(32) Las ejecuciones fueron en 1974 (70), 1975 (154), 1976 (96), 1977 (334) y 1978 (54) (E/1980/9, 35).

(33) Con relación a otros países, la proporción entre penas de muerte impuestas y ejecutadas fue: Rwanda 91 - 34; Polonia, 74 (no figuran ejecuciones); República Unida de Tanzania, 65 + 1; Zambia, 60 - 0; Marruecos, 54 (no figuran ejecuciones); Singapur, 52 - 24; Etiopía, 51 - 2; Francia, 43 - 0; Argelia, 42 - 1; Afganistán, 31 - 26; República Árabe Siria, 26 - 11; Canadá, 25 - 7; Guyana, 24 - 0; Rumanía, 22 - 16; Botswana, 15 - 2; Japón, 13 - 44 (esta diferencia hay que buscarla en condenados en años anteriores, pendientes de ejecución); Samoa, 11 - 0; Hungría, 10 - 9; España, 7 - 5 (E/1980/9, págs. 17 y 18). No obstante, hubo ejecuciones en 1960 (1), 1963 (3), 1966 (2), 1972 (1), 1974 (2). Todas las de España han sido por la jurisdicción militar.

Un desglose regional indica que el número más alto de sentencias de pena capital comunicadas (1.279, lo que representa más de la mitad del número total de todas las sentencias comunicadas) fueron impuestas por siete Estados de África del Sur del Sahara; seguidas por 713 sentencias impuestas por siete Estados de Asia y el Pacífico: 151 impuestas por siete Estados de África Septentrional y el Oriente Medio; 106 impuestas por tres Estados de Europa Oriental; 85 impuestas por cinco Estados de Europa Occidental y América del Norte y 30 impuestas por dos Estados de América Latina y el Caribe. Siete Estados de Asia y el Pacífico comunicaron el mayor número de ejecuciones (423, lo que representa más de la mitad de todas las respuestas), seguidas por 224 ejecuciones en seis Estados de África al Sur del Sahara; 29 en cinco Estados de África Septentrional y el Oriente Medio; 25 en dos Estados de Europa Oriental; 10 en dos Estados de Europa Occidental y América del Norte, y dos en un Estado de América Latina y el Caribe (E/1980/9, 37).

(34) Otros delitos para los que estaba previsto la pena de reclusión mayor a muerte se encontraban recogidos en los artículos 120, 121, 1.º, 2.º y 3.º, 122, 137 bis 1.º, 138, 142, 144, 163, 215, 219, 233, 260 y 261.

deficientes, son difíciles de conseguir (35), por lo que no se puede ofrecer una realidad muy completa. Normalmente los datos se refieren a homicidios en general, sin especificar los delitos para los que podía aplicarse la pena de muerte. Por otra parte, teniendo en cuenta que la pena quedó abolida en España en diciembre de 1978, solamente tenemos algo más de tres años de su evolución posterior en cuanto a sus posibles efectos criminógenos; aunque el período de tiempo es corto, creemos que las conclusiones que se saquen en este trabajo pueden ser válidas.

Según los datos ofrecidos por la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, los homicidios cometidos en España (36) durante el período de 1972 a 1981, fueron: 1972 (499), 1973 (407), 1974 (355), 1975 (354), 1976 (521), 1977 (563), 1978 (618), 1979 (757), 1980 (869) y 1981 (789).

No hay distinción entre homicidios, parricidios, asesinatos, robos con homicidio u otros delitos con resultado de muerte que pudieran llevar consigo la pena capital. De los datos se desprende un incremento en los homicidios a partir de la abolición de la pena de muerte. Sin embargo, se observan otros fenómenos: un descenso desde 1972 a 1975 y un incremento gradual desde 1976, adquiriendo su cota más alta en 1980, para descender en 1981 y en los ocho primeros meses de 1982. Si como después se verá, el aumento de la delincuencia se desborda en España a partir del año 1976, precisamente tras la muerte de Franco —hecho ocurrido en noviembre de 1975—, el aumento del número de homicidios fue inferior proporcionalmente al de otros delitos violentos contra la integridad física de las personas.

Las estadísticas policiales, no publicadas, ofrecen datos más concretos al distinguir dentro de los homicidios los que podían llevar consigo la pena de muerte. Sin embargo, hay que hacer la salvedad que mientras en el parricidio el margen de error en la apreciación policial es muy pequeño, pues conforme el artículo 405 del Código penal, son criterios de parentesco o de matrimonio los que lo determinan, sin embargo, ese posible error policial es mucho mayor en la determinación del asesinato, pues las circunstancias del artículo 406, que lo califica, no es fácil determinarlas «a priori», aunque en muchos casos se haga acertadamente. También es posible haber calificado como homicidio una muerte que más tarde el Tribunal sentenciara como asesinato, o incluso desconocerse la relación de parentesco en un homicidio que daría lugar a un asesinato. Hechas tales salvedades, pasamos seguidamente a exponer los datos policiales, sin incluir los de la Guardia Civil (37).

(35) No se publican estadísticas policiales ni de la Guardia Civil; las judiciales del Instituto Nacional de Estadística llevan tres años de retraso, pues en el momento presente las últimas aparecidas son de 1978; la Memoria de la Fiscalía del T. S., además de no ser uniforme en los datos que ofrece en la parte dedicada a lo penal, resulta prácticamente imposible de poder conseguir.

(36) Memoria Fiscalía T. Supremo de cada uno de los años 1973/1982, Estados B1, B2, B3 y B4.

(37) En términos generales puede decirse que la Guardia Civil se ocupa

DELITOS CONOCIDOS POR LA POLICIA

AÑO	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981 (38)
Parricidio	23	30	24	37	37	33	45	47	55	86
Asesinato	12	24	18	25	24	42	50	52	112	111
Homicidio	74	62	75	77	94	103	156	218	261	270
TOTAL	119	116	117	139	155	178	251	307	428	467
Datos de la F.T.S.	499	407	355	354	521	563	618	757	869	789

Del cuadro anterior se desprende que los datos policiales son muy inferiores a los que ofrece la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que también se recogen. Esta diferencia tiene su justificación, ya que no se incluyen los conocidos por la Guardia civil, así como tampoco los que conocen directamente los jueces de Instrucción. Por otra parte, el porcentaje con respecto a los resultados generales también es muy irregular, pues viene representando de una cuarta parte a la mitad de las ofrecidas por la Fiscalía del T. S. No obstante, tienen interés, en cuanto que aparecen diferenciados parricidios y asesinatos de los homicidios. Para los dos primeros delitos el aumento es constante, acentuándose en los años 1980 y 1981. Sin embargo, sí se observa el conjunto del cuadro se ve cómo el aumento es más aparente que real, pues esos delitos vienen representando para todos los años una cuarta parte del total, con excepciones en más o en menos (39).

De las estadísticas judiciales publicadas por el Instituto Nacional de Estadística, sólo podemos ofrecer datos hasta 1978, pues no los hay posteriores. Hacen referencia a condenados por parricidio, asesinato, robo con homicidio. Sólo era posible imponer la pena de reclusión mayor a muerte en los tres primeros casos.

de la criminalidad en las ciudades de menos de 20.000 habitantes, es decir, las pequeñas poblaciones y la zona rural. En cambio, también interviene, aunque en pequeña proporción, en las capitales y ciudades de más de 20.000 habitantes, aunque exista Comisaría de policía, lo que impide hacer una delimitación de competencias en cuanto al territorio.

(38) De los datos conjuntos del Ministerio del Interior (Policía y Guardia Civil) se desprende que en los primeros ocho meses de 1982 ha disminuido el número de homicidios —incluidos parricidios y asesinatos—, en relación con el mismo período del año anterior. En 1981 fueron 470, frente a 443 en 1982.

(39) En los datos conjuntos del Ministerio del Interior el número total de homicidios, parricidios y asesinatos fue de 725 en 1980 y 739 en 1981. Estas cifras son inferiores a las de la Fiscalía del Tribunal Supremo, diferencia que debe obedecer a los casos que conocen directamente los Jueces de Instrucción.

PERSONAS CONDENADAS (40)

AÑO	Parricidio	Asesinato	Robo con homicidio	Total	Homicidio	TOTAL
1972	22 (6)	20 (1)	5 (3)	54	114 (5)	176
1973	25 (9)	19 (4)	6	63	135 (8)	206
1974	21 (5)	28 (2)	8	64	129 (5)	198
1975	32 (6)	13	5	56	112 (1)	169
1976	37 (7)	18 (5)	10	73	119 (2)	194
1977	31 (9)	24 (3)	8	75	124 (3)	202
1978	21 (7)	25 (3)	7	63	107 (12)	182

(Las cifras entre paréntesis corresponden a mujeres y el resto a varones).

Estos datos son anteriores a la abolición de la pena de muerte, que tuvo lugar el 29 de diciembre de 1978, fecha en que entró en vigor la Constitución Española (41). Se aprecia un incremento, aunque lento, para descender en el año 1978. Las cifras son realmente bajas. No obstante, hay que tener en cuenta que, por la lentitud de la justicia los delitos enjuiciados en esos años pudieron cometerse mucho antes, incluso con una antelación de tres o cuatro años.

Considerando los datos de la Fiscalía del Tribunal Supremo y las condenas por los Tribunales se aprecia una diferencia muy notable, que sólo puede tener justificación si en las cifras de homicidios dadas por aquélla se incluyen también todos o parte de los cometidos por imprudencia, así hay que deducirlo del número de homicidios facilitados por la F.T.S. y el de condenados por las Audiencias provinciales para los cuatro delitos que se contemplan en el cuadro anterior, que es muy inferior.

Las penas de muerte ejecutadas en España entre 1972 y 1978 fueron ocho, todas por la jurisdicción militar. Las últimas en 1975, al final del régimen autoritario (42). Los recursos de casación despachados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo fueron: 1972 (0), 1973 (1), 1974 (1), 1975 (4), 1976 (4), 1977 (4) y 1978 (3) (43). Ese fue el número de penas de muerte impuestas por las Audiencias Provinciales, ya que todas son objeto de casación, lo interponga o no la parte condenada (44). No se ejecutó ninguna.

También las estadísticas penitenciarias se ocupan de los condenados por homicidio. El número de internos que había en las prisiones españolas, por homicidio, en el período 1972-81, con referencia al 31 de diciembre de cada año, era el siguiente:

(40) Estadísticas Judiciales, I. N. E.: 1972, págs. 59 y ss.; 1973, págs. 283 y ss.; 1974, págs. 88 y ss.; 1975, págs. 342 y ss.; 1976, págs. 90 y ss.; 1977, páginas 92 y ss. y 1978, págs. 82 y ss.

(41) Véase el Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre y nota 1 de este trabajo.

(42) Más datos estadísticos anteriores los recoge Rodríguez Devesa, en ob. cit., pág. 846.

(43) Estadísticas Judiciales I. N. E., 1972, pág. 90; 1973, pág. 314; 1974, página 94; 1975, pág. 348; 1976, pág. 96; 1977, pág. 98 y 1978, pág. 97.

(44) Véase artículo 948 de la L. E. Criminal.

POBLACION PENITENCIARIA POR HOMICIDIO (45)

AÑO (46)	SITUACION			JURISDICCION			E D A D						PENA	
	Total	Penados	Procesados	Ordinaria	Militar	Extranjeros	16/20	21/25	26/30	31/40	41/60	+60	Reclu- sion mayor	Conmu- tada pena muerte
1974	887 (71)	725 (29)	159 (12)	874 (71)	13	37 (1)	19	82 (5)	112 (6)	223 (22)	255 (22)	34 (4)	128 (18)	10
1975	732 (62)	540 (38)	190 (23)	723 (61)	9 (1)	30 (4)	12 (1)	41 (6)	86 (5)	138 (11)	124 (12)	2	145 (15)	8
1976 (47)	716 (59)	523 (31)	193 (28)	703 (59)	13	24	15	62	75	141	194	36	121 (3)	7
1977	722 (61)	483 (30)	239 (31)	717 (61)	5	38 (3)	23 (1)	69 (4)	95 (6)	121 (9)	164 (8)	11 (2)	110 (7)	8
1978	801 (72)	487 (33)	314 (39)	795 (72)	6	63 (3)	28 (4)	94 (9)	88 (7)	119 (6)	139 (5)	19 (2)	89 (11)	5
1979	941 (81)	557 (36)	384 (45)	935 (81)	6	50 (2)	21 (2)	107 (8)	118 (5)	134 (13)	150 (6)	27 (2)	93 (10)	8
1980	1.149 (94)	678 (53)	471 (41)	1.139 (94)	10	49 (2)	30 (3)	134 (9)	136 (3)	172 (8)	176 (2)	30 (4)	112 (14)	14
1981	1.286 (111)	739 (57)	547 (54)	1.285 (111)	1	61 (4)	34 (2)	152 (14)	155 (6)	195 (14)	180 (16)	23 (5)	120 (11)	8

(45) Las cifras que figuran fuera del paréntesis corresponden a varones y las que hay dentro a mujeres. Estos datos están tomados de la Memoria o del Informe general de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de su parte estadística, no paginada, correspondiente al estado general de la población reclusa clasificada el día 31 de diciembre de cada año.

(46) Los datos que figuran para los años 1972 y 1973 son: para el primer año entre parricidios y asesinatos 262 para hombres y 42 mujeres, figurando conjuntamente homicidio y lesiones, con 421 y 19 respectivamente; y en robo con homicidio o lesiones 71 y 6; para 1973 los datos son: parricidio y asesinato, 286 hombres y 44 mujeres, y en homicidio-lesiones, 469 y 16; y en robo con homicidio y lesiones, 96 hombres y 6 mujeres.

(47) En los datos correspondientes al año 1976, con respecto a las mujeres, no se recogen en las estadísticas datos referentes a las edades.

Tampoco las estadísticas penitenciarias hacen una clasificación de los internos que nos pueda permitir conocer los que cometieron un delito por el que pudieron haber sido condenados a la última pena antes de su abolición —reclusión mayor a muerte—, especialmente en los supuestos más frecuentes, como son parricidio, asesinato y robo con homicidio (48). Por esta razón, en la parte correspondiente a la pena que les fue impuesta se recogen las de reclusión mayor y los condenados a muerte que no fueron ejecutados, ya que se les conmutó. Respecto de estos últimos, la cifra se eleva a 14 en 1980, superior a la de años anteriores, lo que se debe, sin duda, a la situación en que quedaron algunos condenados en años anteriores a 1978, que estaban pendientes de la correspondiente condena por el Tribunal competente o casación del Supremo. Repetimos que un proceso puede tardar varios años hasta que la sentencia sea firme. Sin embargo, ya no es correcto que figuren en las estadísticas penitenciarias como conmutadas, sino que deben figurar en el epígrafe de reclusión mayor.

Del cuadro se desprende que el número de condenados a muerte con pena conmutada es muy bajo. En realidad esta pena se impuso por los Tribunales españoles en muy pocos casos durante los últimos diez años, mientras que las ejecuciones, siempre por condenados en la jurisdicción militar, fueron ocho.

En cuanto a los condenados a reclusión mayor, las cifras disminuyen hasta el 31-1-1979, para elevarse en el año siguiente con 112 varones y 14 hembras, y en 1981 a 120 y 11, respectivamente. Sin embargo, teniendo en cuenta el número total de internos por homicidio, 1.286 varones, más 111 hembras, el tanto por ciento de los condenados con reclusión mayor y el total de internos por homicidio es menor que en los años anteriores, representando ahora el 10 por 100. Tampoco de estos datos se desprende nada positivo en cuanto a que la abolición de la pena de muerte haya provocado un incremento de los delitos más graves contra la vida; más bien parece deducirse lo contrario, aunque insistimos otra vez que si no se puede demostrar que la pena de muerte tenga un efecto de prevención general, mucho menos puede sostenerse que los tenga criminógenos.

Volviendo al cuadro de la población penitenciaria resulta que el tanto por ciento de los condenados a la pena de reclusión mayor refleja el número de internos en un momento determinado y que muchos de ellos se repiten en las estadísticas de dos o más años, lo que se justifica por la duración de la condena, que puede ir de veinte años y un día a treinta años —aunque normalmente se suele cumplir sólo un tercio por aplicación de los beneficios de redención de penas por el trabajo, indultos (49) y libertad condicional. Esto demuestra que el número de

(48) Téngase en cuenta a efectos de evaluación de datos que en las penas hay un porcentaje alto de preventivos que son procesados, pero no penados.

(49) En el artículo 62, i) de la Constitución española de 1978 se prohíben los indultos generales.

aquellas condenas impuestas por los Tribunales es inferior, como se desprende del cuadro siguiente.

PENAS DE RECLUSIÓN MAYOR IMPUESTAS POR LOS TRIBUNALES (50)

AÑOS	Contra personas	Honestidad	Propiedad	Concurso delitos	TOTAL
1972	13	—	4	—	17
1973	19	1	4	—	24
1974	14	—	8	3	25
1975	16	1	4	8	29
1976	15	—	6	4	25
1977	12	1	8	—	21
1978	17	1	7	2	27

Según los datos que se desprenden de este cuadro se refleja el pequeño número de casos en los que se imponía una de las más graves penas existentes en el Código penal español. No obstante, todavía era muy inferior a los que se les imponía la pena de reclusión mayor a muerte, y mucho menos esta última. De los condenados, nunca podía aplicarse reclusión mayor a muerte por delitos contra la honestidad, sólo cabe reclusión menor en la violación, aunque podía elevarse la pena hasta en dos grados por aquel entonces por multirreincidencia —hoy sólo es posible en grado. Por la misma razón algunos de los otros delitos pudieron resultar agravados con la pena de reclusión mayor, pero nunca de reclusión mayor a muerte.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la pena de muerte tenía poco o nulo valor de prevención general antes de su derogación del Código penal español.

En cuanto a la edad es una población que se envejece en las prisiones por la larga permanencia en las mismas, no reflejando la realidad del momento en que se cometió el delito.

Las estadísticas judiciales militares ofrecen los siguientes datos: 1) En cuanto a los delitos militares las penas impuestas fueron ocho penas de muerte en 1975 y una en 1976, reclusión militar, 1971 (1), 1972 (1), 1973 (1), 1974 (1), 1976 (1) y 1978 (1); 2) Penas impuestas por delitos comunes, sólo hubo dos condenados a muerte en 1971, reclusión mayor, en 1975 (2), 1976 (3) y 1979 (2) (51).

La reducción de penas impuestas en los indultos no desvirtúa la realidad de lo que se persigue en el presente trabajo. Los últimos indultos generales en España fueron en 1954, 1958, 1961, 1963, 1964, 1965, 1971, 1975 y 1977.

(50) Estadísticos Judiciales de España, I. N. E., 1972, pág. 59; 1973, página 283; 1974, pág. 88; 1975, pág. 342; 1976, pág. 90; 1977, pág. 92 y 1978, pág. 91.

(51) Ministerio de Defensa, Anuario Estadístico, 1980, págs. 517-518.

Evaluación de la criminalidad. Pasamos a exponer a continuación el cambio que la delincuencia a sufrido en España en los últimos años y que ha supuesto un aumento muy importante, tanto en el volumen como en la gravedad de los delitos. Se trae aquí este fenómeno para demostrar que si hubiera afectado en la misma proporción en los homicidios agravados —que antes del 29 de diciembre de 1978 se castigaba con la pena de reclusión mayor a muerte—, el número de aquéllos hubiera sido muy superior al de los que realmente se han venido cometiendo. Como después se verá, la delincuencia a todos los niveles está estrechamente relacionada con el bueno, regular o mal funcionamiento de la administración de justicia en todos sus sectores, aunque tampoco hay que olvidar otros factores sociales, familiares, políticos, económicos, laborales, etc.

Ya en otro trabajo (52) exponíamos cómo el cambio de un régimen político autoritario a otro de iniciación democrática creó un grave confusiónismo en la policía y fuerzas de orden público —por razones políticas y profesionales—, e incluso en el propio funcionamiento de los Tribunales, así como en la vida penitenciaria, que llevó a un notable incremento de la delincuencia, coincidente con una menor efectividad de todos esos estamentos (53). Ocurría esto a partir del año 1976 y parece que desde 1981 hay una mayor eficacia de la administración de justicia en sí y de los cuerpos de seguridad, que han frenado el alarmante aumento de la delincuencia e incluso en algún sector parece que ha sido recesiva.

Los procedimientos incoados por delitos en Juzgados de Instrucción y Audiencias provinciales, que corresponden a diligencias previas y preparatorias, sumarios de urgencia y ordinarios, fueron: 1972 (407.310), 1973 (431.387), 1974 (460.679), 1975 (491.274), 1976 (560.316), 1977 (659.859), 1978 (757.328), 1979 (837.500), 1980 (835.718) y 1981 (833.279) (54). De estos procedimientos casi la mitad se archivan por no ser conocido el autor; en 1981, por ejemplo, se aproximaron a 400.000.

De los datos anteriores se desprende un aumento de la delincuencia bastante bajo hasta 1975. Sin embargo, desde 1976 el incremento es mucho mayor; en los últimos diez años se ha duplicado prácticamente el número de procedimientos incoados. La cota más alta se da en 1979, es decir, al año siguiente de ser abolida la pena de muerte. Sin embargo, a partir del año 1980 comienza a disminuir, aunque sólo sea en un 0,20 por 100 y en un 0,50 por 100 para 1981. En las cifras generales no puede decirse que la abolición de aquella pena haya tenido influencia alguna y lo mismo sucederá con los delitos más graves, debi-

(52) Véase, SERRANO GÓMEZ, *Democracia y criminalidad*, cit.

(53) SERRANO GÓMEZ, A.: *Problemática criminológica del cambio político en España*, en Anuario del Centro Asociado de la U.N.E.D. de Albacete, 1980, páginas 33 y ss. En el año 1978 la administración de justicia funcionó a sólo un 45 por 100 con relación al año 1975, pág. 36.

(54) Memoria de la Fiscalía del T. S. para años que se indican, sección de Estadística, Estados A1, A2, A3 y A4.

do a una mayor eficacia en la administración de justicia, donde hay que incluir la actividad policial.

Necesariamente la evaluación de los delitos conocidos por la policía ha de seguir un camino parecido, en 1972 (112.700), 1973 (110.017), 1974 (119.652), 1975 (132.436), 1976 (173.714), 1977 (217.498), 1978 (272.310), 1979 (359.142), 1980 (327.414) y 1981 (339.714), en los primeros seis meses del año 82 las cifras de delitos conocidos por la policía fue de 173.694. Los delitos conocidos por la Guardia civil fueron: 1977 (66.754), 1978 (78.113), 1979 (77.452), 1980 (81.533) y 1981 (89.778), y en el primer semestre del año 1982 fueron 43.221 (55).

De los datos de la policía se desprende un lento avance hasta 1975, año del cambio político, incrementándose a partir de 1976, en base a las razones que afectaron a policía, Guardia civil, funcionarios de prisiones e incluso personal judicial. En las cifras de la policía el aumento en 1976 fue del 35,5 por 100, del 25 en los dos años siguientes y el 31,9 en 1979, para descender en un 9 por 100 en 1980 y apreciarse un ligero incremento en 1981 del 3,7. Para el primer semestre del año actual hay un incremento del 4 por 100 para el mismo período del año anterior en la policía y una disminución en similar porcentaje en las cifras de la Guardia civil, lo que indica que hay una ligera tendencia al aumento en las grandes ciudades, ocurriendo lo inverso en las pequeñas y zona rural.

Vamos a ocuparnos de los delitos contra las personas, que es donde más relación puede haber con los posibles efectos criminógenos de la abolición de la pena de muerte. Tras un período de incremento de estos delitos, en 1981 hay una regresión en los homicidios, que con un total de 789 disminuyen en un 9,20 por 100, mientras que las lesiones, con 32.182, bajan el 7,47 por 100 (56). Los datos policiales sobre lesiones han sido en 1972 (6.317 casos), 1973 (6.819), 1974 (7.544) 1975 (7.973), 1976 (8.765), 1977 (11.353), 1978 (13.387), 1979 (14.841), 1980 (10.784), 1981 (8.966). La tendencia ascendente se desborda durante los años 1977, 1978 y 1979, para descender notablemente a partir de 1980 (57), lo que tampoco se justifica con la abolición de la pena de muerte.

También los condenados por lesiones aumentan a partir de 1976, pues frente a 776 condenas en este año se elevan a 1.855 para 1978 (58).

Igualmente la evolución ha sido relativamente favorable en ma-

(55) De los datos conjuntos del Ministerio del Interior (Policía y Guardia Civil) se deduce un aumento del 2 por 100 en los primeros ocho meses del año 1982, en relación al mismo período del año anterior (282.262 delitos conocidos en 1981 por 288.503 en 1982).

(56) Memoria Fiscalía T. S., 1982, pág. 109.

(57) En el primer semestre de 1982 disminuyen en un 22 por 100 con respecto al mismo período del año anterior, la relación fue de 4.774 a 3.754. Proporción similar se aprecia en los datos conjuntos del Ministerio del Interior, con un 20 por 100 menos para los primeros ocho meses del año actual, con 6.050 casos por 7.586 en 1981.

(58) Estadísticas Judiciales, I.N.E., 1976, pág. 81; 1978, pág. 82.

teria de muertes por actos terroristas, pues ante la cúspide que se produjo en 1979, con 131 víctimas, bajó a 121 en 1980, 58 en 1981 y en los nueve primeros meses del año en curso, según los datos conjuntos del Ministerio del Interior (Policía y Guardia Civil), el número de víctimas ha sido de 31, frente a las 34 que se produjeron en el mismo período de tiempo del año anterior; también disminuyen los heridos de 64 a 38. Para años anteriores el número de muertos fue: 1972 (2), 1973 (8), 1974 (19), 1975 (25), 1976 (20), 1977 (29) y 1978 (88) (59). Tampoco aquí la abolición de la pena de muerte parece haber tenido influencia alguna en pro o en contra, ya que la evolución ha sido muy irregular y venía ascendiendo desde años atrás, especialmente desde 1978.

Algo similar ha venido ocurriendo en los robos con violencia e intimidación en las personas que según datos policiales se cometieron: en 1975 (820 casos), 1976 (1.240), 1977 (2.690), 1978 (4.759), 1979 (9.385), 1980 (22.088) y 1981 (21.344); en los primeros seis meses de 1982 fueron 11.052, frente a 12.412 durante el mismo período del año anterior, lo que supone un 11 por 100 menos (60).

Como en los supuestos anteriores tras un incremento vertiginoso comienza el descenso, debido a un mejor funcionamiento de la administración de justicia. Estos delitos llevan consigo a veces la muerte de personas; sin embargo, tampoco su evolución refleja ningún efecto que pueda derivarse de la abolición de la pena de muerte.

A los supuestos anteriores hay que añadir los robos con violencia o intimidación cometidos en bancos o entidades similares que para toda España fueron: 1975 (76), 1976 (111), 1977 (242), 1978 (535), 1979 (1.478), 1980 (2.345), 1981 (2.433), mientras que en los primeros ocho meses de 1982 la disminución es del 14 por 100 con respecto al mismo período del año anterior.

Si tenemos en cuenta que en los atracos en 1981 se utilizó arma de fuego larga en 1.046 casos y corta en 6.352 y arma blanca en 11.499, que la peligrosidad de los delincuentes es cada vez mayor y el riesgo de ocasionar muertes es grande, debía producirse mayor número de víctimas, máxime si la pena de muerte suponía algún freno, que debió disminuir al ser abolida. Pero la realidad es que el efecto de prevención general de la pena de muerte o no existe o es muy pequeño, aunque la verdad es que realmente no se conoce.

El aumento de la criminalidad en España, como ya se apuntó, fue en parte por la falta de preparación de una policía que pasó de un régimen político autoritario a otro de iniciación democrática;

(59) Memoria F.T.S., 1980, pág. 57; Memoria del Consejo General del Poder Judicial, 1982, pág. 84.

(60) Los 21.344 casos de 1981 fueron cometidos: Joverías (242), armerías (9), farmacias (1.155), establecimientos comerciales (4.183), gasolineras (257), garajes (87), loterías, quinielas, etc. (308), cafeterías, bares, salas de fiestas (582), domicilios (840), casas de campo (76), centros productores de energía (15), otros establecimientos (1.259), descampados y lugares solitarios (2.275), transporte de fondos (71), pagadores y repartidores (258), taxistas (271), agentes de la autoridad (26), otros (9.430).

faltaban mandos adiestrados y especialistas suficientes para la lucha contra la delincuencia común; no hubo previsiones. Pero este cambio no sólo afectó a policía, Guardia Civil y fuerzas de orden público, sino también a los funcionarios de prisiones y a los judiciales, aunque a éstos en menor proporción (61). Superada la crisis, con más control en la vía pública, una mejor investigación criminal y mayor número de internos en las prisiones, los efectos preventivos van siendo eficaces (62). No obstante, hay otros muchos factores que inciden en la criminalidad de cualquier país, situación económica, paro obrero, sentido y uso de la libertad, realidad política, etc.

Conclusión.—De lo expuesto se deduce que no hay pruebas que puedan determinar que la abolición de la pena de muerte en España haya tenido ningún efecto criminológico, pues no ha provocado un incremento justificable de homicidios o de homicidios graves; el ligero aumento que se da en algunos casos, y que es muy inferior a lo que debió de ocurrir, en razón al aumento de la delincuencia contra las personas, obedece a motivos totalmente ajenos a esa abolición y a los que se ha hecho referencia. En último extremo hay que tener en cuenta que salvo en algunos delitos —especialmente de tipo pasional—, el delincuente actúa convencido, o por lo menos confiado, de que su crimen quedará impune; de ahí el valor preventivo que tiene una eficaz administración de justicia en todos sus niveles (63) (64).

(61) Véase, SERRANO GÓMEZ, *Democracia y criminalidad*, cit.

(62) El número de internos en las prisiones evolucionó de la siguiente forma: 1972 (13.109), 1973 (14.257), 1974 (14.764), 1975 (8.440), 1976 (9.937), 1977 (9.392), 1978 (10.463), 1979 (13.627), 1980 (18.253), 1981 (21.185) y 17 de octubre de 1982 (23.176). Fuente de información, la general penitenciaria. Se recuerda que hubo indultos generales en los años 1971, 1975 y 1977.

(63) La relación entre número de jueces, causas y causas por Juez ha evolucionado: 1838 (481 - 30.000 - 62,4), 1900 (495 - 83.582 - 168,9), 1920 (529 - 84.706 - 160), 1959 (929 - 106.532 - 114), 1970 (1.083 - 29.670 - 273,9) y 1980 (1.103 - 738.016 - 669), LAGUÍA ARRAZOLA, A.: *Diagramas procesales de la Justicia penal*, Centro Regional para la Enseñanza de la Informática, Madrid, 1982, pág. 140.

(64) Cabe preguntarse: «¿Qué efectos tiene la amenaza de la pena en la población general? No hay duda que con la simple intimidación a todos los ciudadanos, conminándoles con una pena, son muchos los que no delinquen. Se pueden hacer tres grupos con la población: a) Aquellos para los que no sería necesario ninguna amenaza, pues su moral choca con toda posibilidad de poder violar la norma; b) Un segundo grupo, para los que la amenaza apenas tiene valor, son delincuentes profesionales, habituales, etc., conocen que delinquir supone un riesgo y lo aceptan, y c) Por último, un tercer grupo, en donde sí tiene eficacia esa amenaza, todo depende del mayor o menor riesgo de ser detenidos. En el primer grupo parece que no es necesario la amenaza, en el segundo parece que tampoco. Sin embargo, sí que lo tiene en este grupo, pues aunque se trate de un delincuente empedernido, el riesgo de ser detenido y penado le lleva a poner más cuidado en su delito, lo que supone menor actividad criminal. En el tercer grupo es donde más influye el aparato coactivo, ya que se valora mucho el riesgo de ser detenido. Si la administración de justicia de un país es muy eficaz, son muchos los de ese grupo que deciden no delinquir, ya que tienen bastante riesgo de ser detenidos; si, por el contrario, es poco eficaz, lo que supone un menor riesgo de ser detenido, son muchos los de esa zona indecisa que deciden delinquir, ya que les compensa el beneficio del delito ante el escaso riesgo de la detención y posterior condena.

Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980 (I)

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES,
Profesor Ayudante de Derecho Penal
en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El término «al menos». 3. El término «ulterior resultado más grave». 4. La vigencia del principio de culpabilidad: I. La actitud opuesta a la exigencia de imprudencia. II. El principio de culpabilidad a la luz de la exigencia de imprudencia. III. La supresión de la calificación por el resultado más grave culposo, y la realización del principio de culpabilidad.

I. INTRODUCCION

El Proyecto de Código penal español de 1980 sostiene en su Exposición de Motivos que, para dar efectividad al principio de que no hay pena sin culpabilidad, ha excluido de su articulado «todos los supuestos de responsabilidad objetiva, suprimiendo los preceptos de carácter general en los que anidaba el principio de «versari in re illicita» (párrafo 3.º del artículo 1.º, artículo 8, núm. 8, circunstancia 4.ª del artículo 9.º y artículo 50 del Código hasta ahora en vigor) y eliminando los delitos calificados por el resultado más grave mediante la exigencia de que, al menos, concorra culpa respecto a éste» (1).

Sin duda, el Proyecto con tal actitud pretende alinearse inequívocamente con la corriente doctrinal, actualmente muy mayoritaria, que aboga por un respeto estricto del principio de culpabilidad. Para ello, procede en primer lugar a suprimir todos los apoyos legales que dan

(1) Vid. *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*. En Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. 17 de enero de 1980, pág. 661.

vigencia de modo general a la responsabilidad objetiva en nuestro Código. En ese sentido, cabe decir que la labor realizada en el Proyecto ha sido efectiva, suprimiendo los preceptos antedichos, e incluyendo otros que, como el artículo 21 (2), pretenden poner de manifiesto sin dejar un asomo de duda la desaparición del «*versari in re illicita*».

El segundo grupo en importancia en el que se ha venido alojando la mera responsabilidad por el resultado en nuestro Código está constituido por los delitos calificados por el resultado, construcción típica en la que se acepta que el resultado más grave sea meramente fortuito. El Proyecto, en su artículo 3.º, pretendiendo evitar tal posibilidad, frontalmente opuesta al principio de culpabilidad, dirá que «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa». Como vemos, la solución adoptada reside en exigir, cuando menos, imprudencia respecto al resultado más grave.

Resulta fácil deducir, por otro lado, en dónde se ha inspirado el legislador español para formular el artículo 3.º del Proyecto. En el Código penal de la Alemania Federal, desde 1953, existe un párrafo que reza: «Si la ley liga a una consecuencia especial del hecho una pena más grave, responderá de aquélla el autor o el partícipe sólo si tal consecuencia le fuera imputable al menos por culpa» (3). El Código penal suizo, por su parte, considera preferible no aludir al problema en su Parte General y procede, en cada uno de los delitos calificados por el resultado, a introducir el inciso relativo a la imprudencia respecto al resultado más grave (4).

La pregunta que surge, y sobre la que se va a centrar fundamentalmente este trabajo, es la siguiente: La exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave, en los delitos calificados por el resultado, ¿garantiza realmente la vigencia del principio de culpabilidad en estos preceptos?

El interrogante resulta, sin duda, nuevo en la doctrina española, preocupada forzosamente hasta el momento en pedir la supresión de la vigencia general del «*versari in re illicita*» en nuestro Código, o en paliar sus efectos a través de diversas interpretaciones de «*lege data*». La situación de partida del Proyecto, suprimida la cláusula general del «*versari*» y exigiéndose culpa respecto al resultado más grave en los delitos calificados por el resultado, es incomparablemente mejor. Sin embargo, ello no nos ha de llevar a una actitud conformista, que pase

(2) «Si el hecho se cometiere por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será reprochable a su autor». Vid Proyecto de Ley Orgánica..., op. cit., pág. 673.

(3) Así reza el actual par. 18. El antiguo par. 56 era sustancialmente idéntico, si bien no aludía al partícipe.

(4) Así, en el art. 123, «la pena será... si la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el delincuente lo pudo prever»; en el art. 127, «la pena será... si la víctima muere a consecuencia del delito y el delincuente hubiera podido preverlo».

por alto importantes defectos inherentes a las nuevas, y desde luego mejores, soluciones adoptadas.

En la dilucidación de la pregunta más arriba planteada nos ha de ser de gran ayuda, dada la escasa bibliografía española existente por las razones acabadas de expresar, las doctrinas alemana y suiza, en las que el tema, debido a la regulación de derecho positivo de esos países, se ha tratado exhaustivamente.

Pero antes quisiera ocuparme de un par de cuestiones vinculadas a la concreta formulación que en el artículo 3.º del Proyecto se da a la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave. A saber, qué repercusión tiene el inciso de «al menos» por culpa, y qué ha de entenderse por «*ulterior resultado más grave*».

EL TERMINO «AL MENOS»

En cuanto a lo primero, la doctrina alemana afirma prácticamente de modo unánime que la fórmula de «al menos» abre el paso a tres posibles combinaciones entre el delito base y el resultado calificado: 1. Tipo básico doloso y resultado más grave también doloso. 2. Tipo básico culposo y resultado más grave también culposo. 3. Y tipo básico doloso con resultado más grave culposo (5).

Los supuestos en los que cabe dolo respecto a la calificación se deben a tres razones: 1. Casos en que el tipo doloso en el que normalmente va incluido el resultado que en el delito calificado se considera más grave, exige dolo directo, no incluyendo el eventual. Así ocurre en Alemania con el parágrafo 224 en relación con el 225 (6). 2. Ca-

(5) Vid. F. C. SCHROEDER, «Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar». 10. Auflage. 21. Lieferung. Walter de Gruyter, 1980, pág. 133; HIRSCH, «Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts». Goltammer's Archiv für Strafrecht, 1972, págs. 65-66, quien llama delito calificado material o propio sólo a la última combinación y delitos calificados impropios a las otras dos, con terminología que se presta a confusión con la utilizada por Schröder en otro sentido, como veremos; GÖSSEL, «Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach par. 18 StGB». Festschrift Lange. Walter de Gruyter, 1976, págs. 219-220, 222-223; KREY-SCHNEIDER, «Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach geltenden und künftigen Strafrecht». Neue Juristische Wochenschrift, 1970, pág. 640; RUDOLPHI, «Strafgesetzbuch. Systematischer Kommentar». Allgem. Teil, 2. Auflage, Metzner Verlag, 1977, pág. 154; entre otros. Se estima que otra posible combinación, la de tipo básico culposo y resultado más grave doloso, no se da en la práctica. Vid. GÖSSEL, *Ibidem*.

(6) Vid., entre otros, CRAMER, «Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar», 20. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1980, pág. 264; MAURACH-ZIPP, «Strafrecht, Allgem. Teil, Teilband 1», 5. Auflage, pág. 495; RUDOLPHI, *op. cit.*, pág. 157.

No parece darse ningún supuesto en el Proyecto de Código penal español. Todo lo más podría decirse que en el tipo, de difícil interpretación, del artículo 308, si se considera el último párrafo el tipo básico doloso, y el primero un delito calificado por el resultado constituido por el tipo básico doloso más un resultado más grave de peligro con dolo directo, entonces

sos en que no existe un tipo doloso, referido al resultado más grave exclusivamente, independiente. En Alemania se suele citar el artículo 239 II al considerar una calificación por el resultado el que la detención ilegal dure más de una semana (7). En nuestro Proyecto de Código, al margen del mismo supuesto alemán, también existente (artículo 180, 1.º), pero que es susceptible de objeciones, pues no suele considerarse delito calificado por el resultado, tenemos los artículos 163, 2.º, 299, p. 3 y 300, p. 2, en los que el resultado de peligro calificado no se inserta también en un tipo doloso de peligro independiente, y los artículos 462 y 466, entre otros. 3. Hay, por último, otra serie de casos en los que la doctrina alemana a veces incluye el resultado más grave doloso en el delito calificado por el resultado:

Se trata de supuestos en los que el bien jurídico del tipo básico y el del resultado calificado son marcadamente distintos, es decir, de todos los casos de delitos calificados en que no se da una semejanza entre ambos bienes jurídicos como la que existe entre los diferentes tipos de lesiones, o entre éstos y el homicidio. En contradicción con estos últimos casos, en los que si el resultado más grave de lesión o muerte se produce dolosamente, se acude al delito doloso correspondiente, en los primeramente citados se estima que se produce un concurso ideal de delitos entre el delito calificado de resultado y el tipo doloso (o culposo), referente al resultado calificado, correspondiente. Eso ocurre, entre otros delitos calificados, en el incendio con resultado de muerte (par. 307, núm. 1), en la detención ilegal con resultado de muerte (par. 239, III)... Tal modo de proceder, al que ya aludió Rodríguez Devesa, sin compartirlo, antes de que se introdujera el par. 56 del Código penal alemán (8), adquirió un nuevo impulso con Schroeder, que, en 1956, pasó a denominar delitos calificados por el resultado «propios» a los primeros, en los que no se da el concurso ideal, e «impropio» a los segundos, siendo seguido por autores significados (9), y estando enraizado en la jurisprudencia (10).

el segundo párrafo abarcaría, respecto al primero, otro delito calificado por el resultado constituido por el tipo básico doloso más un resultado más grave de peligro, ahora con dolo eventual o culpa. La interpretación la hago con todas las reservas, dada la complejidad de tal tipo, que exigiría un estudio más detenido.

(7) Entre otros, F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 130; RUDOLPHI, op. cit., pág. 157; OFHLER, «Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt». Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1957, pág. 521.

(8) Pues la relación entre los delitos calificados por el resultado y la producción dolosa de dicho resultado ya era tema de polémica en la doctrina alemana, siendo Frank el defensor de la postura arriba descrita. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, en «Derecho Penal. Parte Especial», de Antón Oneca Rodríguez Muñoz, 1949, págs. 361-362.

(9) Vid. SCHRÖDER, «Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten». Neue Juristische Wochenschrift, 1956, págs. 1737 y ss., así como «Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch», 17, Auflage, Verlag C. H. Beck, páginas 496-497; CRAMER, «Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch», 20, Auflage, Verlag C. H. Beck, págs. 263-264; JESCHECK, «Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil», 3, Auflage, págs. 590-591; RUDOLPHI, op. cit., pág. 157; HARDWIG,

Los argumentos utilizados van desde los que opinan que el concurso ideal viene exigido por la diferencia entre los dos bienes jurídicos atacados y la consiguiente diversidad en la dirección de la agresión en el tipo básico y en la calificación (11), a los que afirman que sólo así se puede aclarar si la consecuencia más grave se produjo dolosa o culpablemente (12), permitiéndose, presumiblemente, una más precisa valoración del injusto y/o la culpabilidad de la conducta (13). Schroeder, al que frecuentemente se remiten los autores anteriores, además de compartir argumentos precedentes intenta esbozar la diferencia fundamental entre los delitos calificados «propios» y los «impropios»: Así, en estos últimos estaríamos ante unos supuestos en los que, a diferencia de los primeros, la valoración fundamental no descansa en la *producción de un resultado culposo*, que se deriva del resultado típico del delito base doloso, sino ante unos tipos en los que el resultado más grave sirve para caracterizar una *forma de comisión* del tipo básico especialmente grave, sin que posea importancia, en principio, si el resultado más grave es doloso o culposo y si, en este último caso, se deriva del resultado típico del delito base doloso (14).

Conviene reseñar que si los autores acabados de citar propugnan un concurso ideal de delitos entre el delito calificado impropio y el tipo doloso o culposo independiente referido al resultado más grave, no faltan quienes extienden la fórmula del concurso ideal a los casos denominados por Schroeder delitos calificados «propios». Así harán Lange y Oehler ateniéndose a las concepciones que manejan de los delitos calificados por el resultado (15).

«Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt». Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1965, pág. 97; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 495.

(10) Vid. referencias a ello en los diversos autores citados.

(11) Así, RUDOLPHI, op. cit., pág. 157; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 495; HRUSCHKA, «Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten». Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1967, pág. 47, quien expone la opinión del Bundesgerichtshof sin compartirla.

(12) Vid. JESCHECK, op. cit., págs. 590-591; SCHRÖDER, «Konkurrenz...», op. cit., págs. 1738-1739; HRUSCHKA, op. cit., pág. 47, también recogiendo opiniones jurisprudenciales por él no compartidas.

(13) Así, de modo explícito, Bundesgerichtshof. Vid. cita de HRUSCHKA, *Ibidem*.

WIDMANN, «Zur Bestrafung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tötung bei gleichzeitigen Vorliegen eines sog. erfolgsqualifizierten Delikts». Monatschrift für Deutsches Recht, 1966, págs. 555-556 alude igualmente al concurso de delitos para poder valorar de modo adecuado el contenido de lo injusto, pero excluye tal concurso en todo supuesto en que el resultado calificado sea culposo por más que respecto a ese mismo delito lo acepte si el resultado calificado es doloso.

(14) Vid. SCHRÖDER, «Konkurrenz...», op. cit., págs. 1737-1739 y, del mismo autor, «Schönke-Schröder...», 17, Auflage, op. cit., págs. 496-497. CRAMER, op. cit., págs. 263-264, hace suyas las palabras de SCHRÖDER.

(15) Vid. LANGE, «Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch», 42, Auflage, Walter de Gruyter, 1959, pág. 213; OEHLER, «Das erfolgsqualifizierte Delikt als...», op. cit., págs. 519-520.

Más tarde analizaremos sus posturas.

Sin embargo, la solución del concurso ideal de delitos, aunque se puede estimar mayoritaria, ha sido objeto de fuertes críticas. Críticas que, por más que han abogado por el concurso de leyes, no han supuesto siempre la exclusión del resultado más grave doloso del ámbito de los delitos calificados por el resultado, si bien Mezger y Koffka llegan en la práctica a tal solución (16).

Las razones aportadas para acudir al concurso de leyes han tendido a contrarrestar los argumentos de los partidarios del concurso ideal, aportando además otros nuevos.

Se ha alegado, frente a la idea de que es preciso distinguir entre realización dolosa o culposa del resultado más grave, que eso es algo que el mismo legislador no ha querido hacer, imponiéndoles la misma pena (17), o que basta con que el tribunal, al declararle culpable, especifique si el resultado más grave se le imputa a título de dolo o de culpa (18). En cuanto a la diversidad de bienes jurídicos, Hruschka pone de relieve acertadamente que eso no obliga a acudir a un tipo distinto al del delito calificado por el resultado, pues lo que ocurre es que éste, *además* de atender al bien jurídico del tipo básico, *posee otro*, que es igual que el del delito doloso o culposo de resultado normal; la inclusión de ambos bienes jurídicos en el tipo calificado convierte en innecesaria la referencia a otro tipo al margen del calificado por el resultado (19). Widmann, por su parte, señalará que la técnica del concurso ideal origina que al autor se le haga responder dos veces por el mismo resultado (20). Al margen de la eventual corrección de

(16) Así, HRUSCHKA, op. cit., págs. 47-49, estima que en los supuestos de resultado más grave doloso (por supuesto lo mismo si es culposo) se da un concurso de leyes por especialidad que se resuelve a favor del delito calificado. Véase en todo caso más adelante su postura reticente a admitir la combinación dolo-dolo dentro de los delitos calificados por el resultado.

MEZGER, «Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar», 1. Band, Walter de Gruyter, 1957, 8. Auflage, pág. 428, estima que en el concurso de leyes que se ha de dar en todo caso, si bien el delito culposo independiente cede ante el delito calificado, no ocurre lo mismo con el delito doloso independiente que es el que habrá de aplicarse excepto en los escasos casos en que el dolo eventual no es abarcado por el delito doloso independiente.

Por otra parte, KOFFKA, que previamente ha abogado por la supresión de la combinación dolo-dolo del ámbito de los delitos calificados, considera que los delitos calificados son siempre, en concurso de leyes, ley especial frente al delito independiente de resultado culposo. «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission», 2. Band. Allg. Teil. Bonn, 1958, pág. 244.

Se inclina también por el concurso de leyes, pero sólo en los supuestos en que el resultado más grave es culposo, WIDMANN, op. cit., págs. 555-556. Vid. supra.

(17) WIDMANN, op. cit., pág. 555, quien defiende la actitud del legislador frente a los intentos de modificarla a través del concurso ideal diciendo que en ambas alternativas existe ya un contenido de lo injusto muy marcado, no siendo precisa la diferenciación.

(18) HRUSCHKA, op. cit., págs. 47-49.

(19) HRUSCHKA, *Ibidem*.

(20) WIDMANN, op. cit., págs. 554-555.

los otros argumentos, considero a este último, al que ya había aludido, olvidándose luego de él, el impulsor en la doctrina más reciente del concurso ideal, Schroeder (21), como el verdaderamente decisivo. Efectivamente, resulta, a mi parecer, insostenible que el resultado más grave se utilice por una parte para configurar al delito calificado por el resultado, con su correspondiente marco penal tan elevado, y por otra sirva para cumplir el tipo de un delito doloso o culposo, que habrían de venir en concurso ideal con el anterior. El proceder es, sin duda, dogmáticamente incorrecto al responder el autor dos veces del mismo resultado. Y por si ello no bastara, se ha de llamar la atención sobre el agravamiento de pena tan considerable que tal proceder supondría a tenor de las reglas del concurso ideal en el Proyecto de Código penal español (art. 88), que difieren, como tendremos ocasión de ver, de las del Código penal alemán (par. 52), en el que las consecuencias agravatorias no son tan grandes.

Estimo, sin embargo, que si la solución del concurso ideal no es aceptable, ella pone de relieve algo que merece consideración. Esto es, que sin concurso ideal se castiga por la ley igual la producción dolosa o culposa del resultado más grave. Al margen de otros argumentos no tan convincentes, ya recogidos, se podrá decir con Hruschka que el juez sí que podrá distinguir entre el resultado más grave doloso o culposo y, me permito continuar el razonamiento de Hruschka, imponer penas diferenciadas dentro del marco penal común, a tenor del mayor o menor contenido de lo injusto.

Siendo cierto lo anterior, pienso que la objeción precedente nos insinúa el auténtico problema de fondo. Demos, pues, un paso más y preguntémonos ahora si es correcta la inclusión en la noción de delito calificado por el resultado, de la combinación dolo-dolo, y si no sería mejor formular el texto legal de forma que quedara excluida.

Esta última opinión está muy extendida en Alemania. Hruschka ha escrito, con razón, que el ámbito de aplicación de los delitos calificados por el resultado, a tenor de su regulación jurídico-positiva, sobrepasa los límites trazados por su concepto, sin que ellos puedan abarcarse dogmáticamente de un modo uniforme considerando *todo* su ámbito de aplicación (22).

Los defensores del mantenimiento de tal combinación, o bien se limitan a recordar su poco significado práctico (23), o bien señalan que si se excluyera del artículo 18 nos encontraríamos con supuestos en los que se penaría más la combinación dolo-culpa, en el marco del delito

(21) SCHRÖDER, «Konkurrenz...», op. cit., págs. 1737-1738.

WIDMANN, *Ibidem*, aunque utiliza este argumento, no lo lleva hasta sus últimas consecuencias, pues lo considera aplicable en los supuestos de resultado más grave culposo, sin decir nada respecto al resultado más grave doloso.

(22) HRUSCHKA, op. cit., págs. 43-45.

(23) SCHUBARTH, «Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1973, pág. 754, nota 3; ART. KAUFMANN, «Das Schuldprinzip», Carl Winter Universitätsverlag, 1976, pág. 240.

calificado por el resultado, que la dolo-dolo a tenor del concurso de delitos entre los dos delitos dolosos independientes (24).

Este último argumento es reconocido por los partidarios de la supresión (25), pero no considerado suficiente en el contexto de «lege ferenda» en que se pronuncian, e incluso de «lege data». Bajo esta última perspectiva se dirá por Hruschka que puesto que la regulación positiva nos obliga a incluir la combinación dolo-dolo, pese a su inadecuación conceptual, hay que manejar una interpretación restrictiva que distinga entre aquellos tipos que, por razones jurídico-positivas ya que no dogmáticas, necesiten incluir la combinación dolo-dolo, pues de lo contrario se llegaría a situaciones absurdas e injustas, de aquellos que no necesiten tal cosa, en los que tal combinación quedará excluida (26). Una concreción de tal actitud puede considerarse la opinión de Mezger, ya vista, de admitir la combinación dolo-dolo sólo en los supuestos en que el dolo eventual no está en el delito doloso simple (27).

La perspectiva de «lege ferenda» permite a los autores que a ella se acogen plantear soluciones sin tantos condicionamientos, o lo que es lo mismo, excluir la combinación dolo-dolo del ámbito de los delitos calificados por el resultado, y consecuentemente suprimir del artículo del Código penal que los contempla, la expresión «al menos». La objeción precedente se solventará insistiendo en que se han de modificar los marcos penales de forma que la supresión de la combinación dolo-dolo no ha de llevar a que se pene menos la conducta dolosa que la culposa respecto al resultado más grave (28).

La supresión es procedente, en primer lugar, porque se estima que la producción dolosa del resultado más grave no posee ya ninguna característica que la distinga del delito de resultado doloso normal, no pudiéndose ya hablar de un delito calificado por el resultado. Koffka y Ulsenheimer dirán concretamente que tal combinación no supone ninguna peculiaridad subjetiva respecto al resultado en relación a sus restantes elementos típicos, con lo que ya no existe la razón que lleva a construir los delitos calificados y Hruschka citará opiniones en el sentido de que se puede hablar de calificación respecto a un resultado más grave si este resultado es simplemente consecuencia secundaria (producida culposamente) de una acción con otros fines, y no cuando

(24) Así, F. C. SCHROEDER, op. cit., págs. 130-132; OEHLER, op. cit., pág. 521; WIDMANN, op. cit., págs. 555-556

(25) Así, HRUSCHKA, op. cit., pág. 43, quien añade que en ocasiones, por laguna legal, no podría ni siquiera pensarse, tras la supresión, el resultado más grave doloso; ULSENHEIMER, «Zur Problematik des Versuchs erfolgsgqualifizierter Delikte». Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1966, pág. 275.

(26) HRUSCHKA, op. cit., págs. 43-45.

(27) MEZGER, op. cit., pág. 428.

(28) WIDMANN, op. cit., págs. 555-556 duda en adoptar la misma actitud, rechazándola finalmente.

(28) Vid. KOFFKA, op. cit., págs. 243-244; HIRSCH, op. cit., pág. 66, nota 10, entiende que la persistencia del «al menos» en el Código penal alemán se debe a que el legislador, antes de suprimirlo, debe corregir algunos preceptos de la Parte Especial, que no ha podido hacer con anterioridad.

es el fin del hecho producido con conciencia y voluntad, añadiendo Ulsenheimer que estamos ante una estructura psicológico-criminal distinta consistente en realidad en la producción, de un resultado, calificada por el medio de actuación (29).

Se alude igualmente a las complicaciones adicionales que, de cara a la participación y la tentativa, conlleva la inclusión de la combinación dolo-dolo en el marco de los delitos calificados, dada la necesidad de un tratamiento uniforme de todos los supuestos calificados (30).

No resulta difícil de imaginar que otra razón, y de mucho peso, para sacar del ámbito de los delitos calificados por el resultado la combinación susodicha es las dificultades que ello origina para configurar el contenido de lo injusto y la culpabilidad de los delitos calificados por el resultado del modo que la doctrina favorable a su existencia exigiendo culpa respecto al resultado más grave, preconiza. Sus planteamientos sólo pueden hallar expresión en la combinación dolo-culpa. Jeschek y Koffka proponen, con la combinación dolo-dolo, crear unos tipos especiales. Este último nos dirá que cuando, tras la supresión de la combinación dolo-dolo de los delitos calificados por el resultado, se considerara que no había unos tipos dolosos respecto a ese resultado más grave «satisfactorios», debieran crearse unos tipos que dijeran, por ejemplo, «quien dolosamente por medio de los hechos de los artículos... matara o hiriera a una persona...», tipo que sería ley especial frente a los dos delitos dolosos por separado que le componen (31).

Comparto en buena medida los argumentos precedentes. La noción de delito calificado por el resultado, una vez excluidos de ella, dada la actual regulación alemana o los planteamientos del Proyecto de Código penal español, los supuestos de resultado más grave fortuito, se ve perturbada notablemente si se introducen en ella casos en que existe dolo respecto al resultado material más grave.

La exclusión de los resultados fortuitos ha dado lugar en Alemania a una nueva elaboración doctrinal de la noción de delito calificado por

(29) Vid. HARDWIG, *op. cit.*, pág. 97; HIRSCH, *op. cit.*, págs. 65-66; KOFFKA, *op. cit.*, págs. 238-258; HRUSCHKA, *op. cit.*, págs. 42-43; ULSENHEIMER, *op. cit.*, págs. 274-275.

(30) Vid. HIRSCH, *op. cit.*, págs. 65-66, 75; JESCHECK, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission». 2. Band. Allg. Teil, Bonn, 1958, pág. 250; KOFFKA, «Niederschriften...», *op. cit.*, pág. 258.

(31) Vid. JESCHECK, «Niederschriften...», *op. cit.*, pág. 250; KOFFKA, *op. cit.*, págs. 243-245, quien vacila en llamar a estas estructuras típicas delitos calificados por el resultado especiales, o no.

Antes de continuar procede aludir a una serie de autores que, sin aportar argumentos de modo explícito a favor de la supresión de la combinación dolo-dolo del ámbito de los delitos calificados, cuando enumeran las diversas combinaciones de que éstos son capaces no mencionan la de dolo-dolo. Así, STRATENWERTH, «Strafrecht, Allgemeiner Teil, I». Cury Heymann Verlag, 1981, 3. Auflage, pág. 297; SEEBALD, «Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt». Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1964, páginas 166-168.

el resultado, elaboración que, si bien es muy discutible, como tendremos ocasión de poner de manifiesto, cree ver la peculiaridad de esas conductas, y en ello lleva razón, en la idea de *peligro* respecto al resultado más grave, con su correspondientes referencias objetiva y subjetiva, que tales comportamientos con frecuencia conllevan. En ese contexto, la inclusión de supuestos en que se da dolo respecto al resultado material más grave implica no tener en cuenta las características peculiares de estas conductas, que sin duda poseen, por más que los partidarios del mantenimiento de los delitos calificados por el resultado más grave imprudente no hayan sido capaces, en mi opinión, de expresarlas adecuadamente. El papel preeminente del peligro, a estas conductas sustancial, queda difuminado en cuanto estas conductas se equiparan a aquellas otras en que el autor pretende dolosamente la efectiva producción del resultado material más grave, en que existe una voluntad de materializar ese riesgo en un resultado material (32).

Las reflexiones precedentes me mueven a considerar un desacierto la inclusión del término «al menos» en el artículo 3.º del Proyecto de Código penal. Implica mezclar dos estructuras típicas distintas, con consecuencias negativas para ambas e imposibilita la configuración de una noción moderna de delito calificado por el resultado (una vez suprimido el resultado fortuito) medianamente uniforme y coherente.

Si la supresión del «al menos» obligara a reajustar algunos marcos penales para no llegar a resultados injustos o absurdos, a colmar alguna laguna, o a crear algún tipo complejo adicional, aún estamos a tiempo.

Dijimos en su momento que la fórmula del artículo 3.º del Proyecto, al igual que la fórmula alemana, abría el paso, junto a la combinación dolo-culpa, no sólo a la combinación dolo-dolo, sino también a la de culpa-culpa. ¿Qué decir de esta última? Ante todo, que en el Proyecto de Código penal hay cuando menos dos figuras de esas características, las del artículo 309 y del artículo 462, p. 2.

En Alemania se ha visto con general indiferencia esta combinación, habiendo escasos pronunciamientos al respecto. Cuando los ha habido, se han inclinado por proponer una formulación del precepto de forma que quedara excluida tal combinación. Tanto Hirsch como Koffka han

(32) Nótese que, según lo dicho, la combinación dolo-dolo que considero fundamentalmente rechazable es la constituida por delito doloso de resultado material básico más delito doloso de resultado material más grave, pero no la constituida por delito doloso de resultado material básico más delito doloso de resultado de peligro. Esta última, sin embargo, *en la medida en que se haya de entender*, a la luz de la opinión dominante, como una estructura de calificación por el resultado que refleja un contenido de lo injusto mayor al que corresponde a la suma del injusto de los dos delitos por separado y merecedora de una pena superior a la resultante de la suma de las penas de tales delitos, la rechazo en el Apartado siguiente, junto a la combinación tipo básico doloso de resultado material más tipo de resultado de peligro culposo.

considerado que se trata de un delito normal de imprudencia (33), y el primero, tras recordar los problemas que tal combinación puede causar en participación y tentativa, señala que si se incluye en los delitos calificados por el resultado se debe solamente a que la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave se deriva del artículo 18 (34).

En mi opinión, esta combinación no encaja en la noción de delito calificado por el resultado tal como más arriba se ha definido, por lo que razones de claridad conceptual aconsejan no incluirla en el artículo 3.º, cosa que se evitaría simplemente, como insinúa Hirsch, si en los preceptos en cuestión se aludiera de modo expreso a que el resultado más grave ha de ser culposo, evitándose así el acudir al artículo 3.º y su contexto (35).

EL TERMINO «ULTERIOR RESULTADO MAS GRAVE»

Pasemos ahora al segundo problema previo que deseábamos tratar, el de qué ha de entenderse por «ulterior resultado más grave», expresión utilizada por el artículo 3.º del Proyecto. Desde un punto de vista dogmático se acepta de modo general que en el concepto de «resultado» se han de incluir tanto las nociones de «resultado material» como de «resultado de peligro» (36). Pareciera, por consiguiente, que la mención al «resultado» del artículo 3.º del Proyecto posibilitara la existencia de delitos calificados por el resultado de peligro.

La cuestión no se puede considerar baladí o meramente académica. Hay en el Proyecto, cuando menos, cuatro tipos en que la aplicación del artículo 3.º, y su consideración como delitos calificados por el resultado, depende de la respuesta que se dé. Y piénsese la trascendencia que ello tiene, pues el artículo 3.º del Proyecto, dada la introducción en el artículo 18 de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, es el único que puede abrir la puerta al castigo del resultado de peligro culposo. Los tipos a que me refiero son el artículo 163, 2.º, el 299, p. 3, el 300, p. 2 y el 308, p. 2.

El tema se ha planteado igualmente en Alemania. Los partidarios, sin embargo, de incluir el resultado de peligro más grave en el artículo 18 son una clara minoría. Entre ellos cabe citar a Dreher-Trön-

(33) Vid. HIRSCH, op. cit., págs. 65-66; KOFFKA, op. cit., pág. 244.

(34) Vid. HIRSCH, *Ibidem*, págs. 65-66 y 75.

DREHER, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission», 2. Band, Allg. Teil, Bonn, 1958, pág. 253, duda también de la procedencia de su mantenimiento dentro de los delitos calificados por el resultado, si bien no se decide a pronunciarse por su exclusión, debido a razones prácticas.

(35) La peculiaridad de estos tipos merece, no obstante, un estudio más detenido que ahora no podemos hacer.

(36) Vid. CEREZO MIR, «Curso de Derecho Penal español. Parte General. I. Introducción y Teoría Jurídica del delito/1». Tecnos, 1981, págs. 397 y ss.; entre otros.

dle, y Maiwald, que lo aceptan sin más explicaciones (37), y a Gössel, quien estima que en principio los delitos calificados por el resultado aluden a un resultado de peligro, de forma que cuando en un tipo concreto, como suele suceder, se exige resultado material, ello se debe a que el legislador pide una concreción del peligro especialmente intensa (38).

La doctrina mayoritaria, partidaria de la no inclusión, se ha debido ocupar en primer lugar, y paradójicamente, de contrarrestar determinadas afirmaciones del Bundesgerichtshof, que excluían el resultado de peligro a partir de bases falsas, esto es, sosteniendo que éste no podía incluirse en el artículo 18, dado que no era una modificación real, perceptible por los sentidos, y constatable, del mundo externo. Como es lógico, los autores han objetado tal planteamiento desde diversos ángulos. Sea señalando que si bien por «resultado» ha de entenderse modificación de la realidad, con constatación empírica, eso no es lo mismo que modificación del «mundo externo», sea señalando que el juicio de peligro incide sobre unas circunstancias «reales», distintas de las de la acción inicial del delito calificado, sea poniendo de relieve que hay resultados materiales no perceptibles por los sentidos, sea remitiendo a la propia terminología del Código en diversos lugares, sea aludiendo a definiciones acreditadas de «resultado»... (39). Estimo que la cuestión es pacífica, como ya he señalado más arriba, y no merece la pena detenerse en ella.

¿Qué argumentos se han manejado por tanto para que la doctrina alemana haya dado prácticamente por zanjada la cuestión de forma que Jeschek estime suficiente con decir, en nota a pie de página, que el mero peligro no constituye un resultado lesivo del parágrafo 18, por lo que el resultado de peligro, en los tipos que lo exijan, ha de ser doloso? (40).

Al lado de argumentos muy vinculados a concretas formulaciones típicas del Código penal alemán, tales como el tratamiento que normalmente da el texto legal alemán a los normales delitos de resultado de peligro culposos, y los marcos penales en los que se desenvuelven (41), argumentos que no son transferibles al Proyecto de Código

(37) Vid. DREHER-TRÖNDLE, «Strafgesetzbuch und Nebengesetze», 40, Auflage. C. H. Beck Verlag, 1981, pág. 97; MAIWALD, «Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, pág. 265.

(38) Vid. GÖSSEL, op. cit., págs. 221, 232-235.

(39) Vid. BACKMANN, «Gefahr als 'besondere Folge der Tat' i. S. der erfolgsqualifizierten Delikts?». *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1976, páginas 970-971; KÜPER, «Gefährdung als Erfolgsqualifikation». *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, págs. 543-545; RUDOLPHI, op. cit., pág. 155; MEYER-GERHARDS, «Subjektive Gefährdungen, Schuldform der Regelsbeispiele und Begriff der 'in besondere Folge' (par. 18 StGb)». *Juristische Schulung*, 1976, pág. 231.

(40) JESCHECK, «Lehrbuch...», op. cit., pág. 209.

(41) MAURACH-SCHROEDER, «Strafrecht. Besonderer Teil, 1», 6. Auflage, C. F. Müller Verlag, 1977, pág. 332; MEYER-GERHARDS, op. cit., pág. 232; ESER, «Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar», 20. Auflage. Verlag C. H. Beck, 1980, pág. 1591.

penal español, se estima por autores como Backmann y Küper que si bien el mayor contenido de lo injusto que justifica la agravación de la pena en los delitos calificados por el resultado es apreciable sin duda ya en el desvalor de acción en la medida en que el autor no ha tenido en cuenta la peligrosidad inherente a la conducta delictiva básica, la agravación de pena aludida precisa asimismo, para justificarse, un desvalor de resultado también mayor, no siendo suficiente con el desvalor de resultado constituido por la producción de un peligro concreto, al bien jurídico, procediendo la exigencia de producción de una lesión material a tal bien (42). A tal argumento parece adherirse Rudolphi cuando afirma que el «sentido y finalidad» del parágrafo 18 obligan a que sólo valga en los supuestos en que el resultado más grave constituya una lesión, y no un peligro, del bien jurídico (43).

F. C. Schroeder, por su parte, rechaza las argumentaciones precedentes, y considera que la exclusión del resultado de peligro se deduce de las razones que motivaron la introducción del par. 18, que no fueron, obviamente, la de ampliar a tipos nuevos, generalmente modernos, la responsabilidad por imprudencia, sino la de ajustar la responsabilidad por el resultado al principio de culpabilidad, en un contexto de marcos penales con límites inferiores de penalidad muy altos (44).

Backmann introduce otro argumento adicional cuando pone de relieve que, dado que el par. 18 es una regla de excepción respecto a la del artículo 15 que expresa que, mientras no se diga lo contrario, sólo se castiga la comisión dolosa (principio de excepcionalidad del castigo de los delitos culposos), debería sólo aplicarse en los supuestos en que no hubiera dudas, manejando una interpretación restrictiva, interpretación restrictiva que conduciría a excluir los supuestos de resultado de peligro (45). Estimo que si el artículo 3.º del Proyecto, en su actual redacción, se mantuviera y pasara a ser ley, no habría argumentos de «lege lata» para excluir los supuestos de resultado de peligro más grave de su ámbito de aplicación. Los argumentos aportados no son suficientes. Que el legislador pretendiera lo que dice F. C. Schroeder nadie lo pone en duda, pero ha de primar la voluntad de la ley sobre la voluntad del legislador; que no se da un desvalor de resultado suficientemente intenso como para justificar pena tan grave es probablemente cierto para importantes sectores doctrinales, pero se podría decir que el legislador piensa de distinta forma; estamos de acuerdo en que, en los casos dudosos, se atienda a una interpretación restrictiva del artículo 3.º, pero es que aquí el tenor de la ley no ofrece dudas.

(42) Vid. BACKMANN, op. cit., págs. 972-974, quien intenta posteriormente delimitar su argumentación de forma que no afecte a las figuras agravatorias que, sin considerarlas delitos calificados por el resultado, están formadas por una acción delictiva básica dolosa, y un resultado de peligro doloso; KÜPER, op. cit., pág. 546.

(43) RUDOLPHI, op. cit., pág. 155.

(44) F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 124.

(45) BACKMANN, op. cit., pág. 974.

Es decir, discrepo de la pretensión de la doctrina alemana, por lo demás prácticamente unánime, de excluir el resultado de peligro más grave sin necesidad de modificar el texto legal.

Ahora bien, ¿conviene modificar el artículo 3.º del Proyecto en el sentido de aludir a un «ulterior resultado *material* más grave»?

Parece correcto pensar que los propósitos de un legislador que ha introducido el artículo 3.º, así como el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos culposos (art. 18) no son los de ampliar la responsabilidad por el resultado o la comisión culposa más allá de lo estrictamente necesario. Por otro lado, y aceptando los planteamientos de la opinión dominante relativos a la justificación del mantenimiento de los delitos calificados por el resultado, considero que las reflexiones de Küper y Backmann relativas a la especial gravedad del contenido de lo injusto que cabe exigir a los delitos calificados por el resultado son dignas de tenerse en cuenta (46).

Por último, si, como se verá a continuación, albergó serias dudas de que los delitos calificados por el resultado contengan un mayor contenido de lo injusto que justifique su existencia, se comprenderá que, si se decide mantenerlos, apoye todo intento mínimamente fundado de limitación de su ámbito legal de aplicación.

En todo caso, tales reflexiones, a la luz de la concepción dominante sobre cuál sea el contenido de lo injusto en los delitos calificados por el resultado, no aportan argumentos suficientes para demostrar que sea dogmáticamente incorrecto incluir el resultado de peligro más grave en los delitos calificados por el resultado: Suponen, simplemente, una propuesta de reducción «legal» de su ámbito de aplicación.

LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En el análisis de este problema nos vamos a centrar en la combinación dolo-culpa, por motivos obvios dada la postura adoptada respecto a las restantes combinaciones.

En todo caso, no otra cosa ha hecho la doctrina alemana, sea porque sólo considera a tal combinación incluida en la noción de delito calificado por el resultado, sea porque considera que abarca la abrumadora mayoría de supuestos, sea porque estima que es en ella donde se plantea de modo más agudo la cuestión de si estas figuras delictivas se atienen al principio de culpabilidad al exigir culpa respecto al resultado más grave.

(46) El razonamiento no conlleva necesariamente también la supresión de las figuras agravadas constituidas por una acción delictiva básica dolosa, y un resultado de peligro doloso, siempre que ellas encuentren justificación por otras vías. En todo caso, sobre estas figuras volveremos más tarde.

I. LA ACTITUD OPUESTA A LA EXIGENCIA DE IMPRUDENCIA

Antes, sin embargo, vamos a ocuparnos, aunque sea de pasada, de algunos autores que han considerado que el principio de culpabilidad se sigue respetando por más que no se dé ni dolo ni culpa respecto al resultado más grave, o que han intentado justificar recientemente la violación del principio de culpabilidad en los delitos calificados por el resultado.

Schweickert, en un planteamiento fundamentalmente dirigido a dar una nueva interpretación de los preceptos que poseen condiciones objetivas de punibilidad, pero que sin duda también afecta a los delitos calificados por el resultado, sostiene que al lado de las formas de conducta dolosas y culposas existe otra forma de conducta que supone una relación todavía menor entre la acción del autor y la circunstancia fáctica que la que se da en la imprudencia, pero que, con todo, es compatible con el principio de culpabilidad. Basándose en dos sentencias del Bundesgerichtshof, que le sirven de fundamento, aunque discrepa en algunos puntos, estima que esta tercera forma de conducta es la conducta arriesgada o peligrosa. Comportarse arriesgadamente en relación a un bien jurídico significa producir el riesgo de un daño (lesión o peligro concreto) a ese bien jurídico, pero, a diferencia de la conducta culposa, con independencia de si se ha producido una lesión del deber de cuidado. Considera que una conducta de este tipo puede poseer un grado de peligrosidad tal que esté justificada su conversión en injusto penal, sea porque la acción de riesgo misma sea en alto grado antisocial, sea porque el bien jurídico puesto en peligro está especialmente necesitado de protección. Por otro lado, el comportarse arriesgadamente respecto a bienes jurídicos ajenos, creando el riesgo de su daño, siempre que sea más allá del ámbito de lo adecuado socialmente, justifica desde el punto de vista ético-social la formulación de un reproche debido al comportamiento antisocial del autor que se expresa en la creación del riesgo, reprochabilidad que, en todo caso, es menor que la que se deriva de la lesión dolosa o culposa de un bien jurídico. Tal reproche ético social puede constituirse en un reproche jurídico penal sin que ello lesione el principio de culpabilidad, pues es posible y exigible el evitar peligros a bienes jurídicos que sobrepasen la conducta adecuada socialmente, y reprochar por ello. Cuando será procedente elevar tal reproche ético-social a reproche jurídico-penal es algo discutible, pero puede pensarse que el hecho de que el riesgo se produjo por medio de una conducta delictiva es suficiente para que se dé a la relación de riesgo relevancia penal.

A este planteamiento general hace Schweickert diversas limitaciones. En primer lugar, entre la conducta arriesgada misma, y la consecuencia ulterior, debe existir al menos una relación adecuada. En segundo lugar, la relación adecuada entre la conducta arriesgada y la producción del riesgo debe haber sido reconocible por el autor de

acuerdo a sus capacidades personales. Finalmente, debe haber sido exigible al autor la evitación del riesgo. Y añade a continuación que por consiguiente la conducta arriesgada se diferencia de la imprudencia en que en la primera falta la lesión del deber de cuidado, mientras que entre la previsibilidad de los tipos imprudentes y la relación adecuada reconocible por el autor de los delitos de riesgo no debería haber diferencias (47).

La postura de Schweickert ha sido objeto de una crítica generalizada (48). Pese a que el ámbito en que se mueven las manifestaciones de este autor es fundamentalmente el de los preceptos que contienen condiciones objetivas de punibilidad, considero procedente ocuparme brevemente de él.

Ante todo, se ha de poner de relieve, como ha sostenido Lang-Hinrichsen, que la tesis de Schweickert de que la conducta arriesgada no contradice el principio de culpabilidad, no se legitima por el hecho de que atribuya el carácter de reprochables a determinadas conductas. También en la época en que se defendía la responsabilidad por el resultado se estimaba que tales conductas eran culpables, dicho en términos sobrepasar ese límite presupone un abandono o, cuando menos, una nología moderna, reprochables. La cuestión reside en si él puede insertar entre las conductas reprochables unas que sin duda no responden a lo que en nuestro actual desarrollo cultural y jurídico penal se considera reprochable. Hace ya mucho tiempo que se considera que el límite mínimo para la reprochabilidad jurídico-penal reside en la previsibilidad individual de la realización típica (49). Todo intento de nueva fundamentación de los conceptos de reprochabilidad y de culpabilidad actualmente, al menos en el punto que nos afecta, unánimemente aceptados. No parece que esa haya sido la pretensión de Schweickert, dado que ha dejado libre de crítica la fundamentación de la reprochabilidad en las conductas dolosa y culposa. Es más, ha pretendido acercar todo lo posible la descripción de la reprochabilidad por la conducta arriesgada a la reprochabilidad por la conducta culposa. Tanto es así que se llega, a través de la interpretación de sus afirmaciones, a una situación en la que resulta difícil decir si, como afirma Lang-Hinrichsen, Schweickert no distingue entre imprudencia y conducta arriesgada, exigiendo para ésta los mismos requisitos que para la primera (50), o si la diferencia reside en que el juicio de previsibilidad objetiva o de causalidad adecuada que Schweickert exige en la conducta arriesgada no es propiamente tal.

Si, con reservas, siguiéramos esta última alternativa interpretativa,

(47) SCHWEICKERT, «Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958, págs. 394 y ss.

(48) Valga, por todos, LANG-HINRICHSEN, «Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1961, págs. 211-224. En España alude a él en tono crítico, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, «Tratado de Derecho Penal», tomo VI, Losada, 1962, pág. 50.

(49) Vid. LANG-HINRICHSEN, op. cit., págs. 215-216.

(50) Vid. LANG-HINRICHSEN, op. cit., págs. 222-224.

constataríamos que este autor, como dice la sentencia del Bundesgerichtshof en la que se inspira (es compatible con el principio de culpabilidad «imputar al autor agravatoriamente consecuencias dañosas extratípicas que derivan de una situación *general* de peligro causada culpablemente, pero que no estaban previstas por el autor como tales en su *concreta* forma de aparición, es decir, en la especie y orientación de la lesión por él causada»), y como él mismo sostiene más adelante («en la medida en que resultados puramente casuales, que el autor *incluso de modo general ya no puede prever*, se incluyan en el riesgo reprochado se hace saltar el marco del principio de culpabilidad», de ahí la necesidad de que haya al menos una relación adecuada) (51), pasa por alto que la causalidad adecuada, y el criterio de previsibilidad objetiva, están indisolublemente ligados a la consideración de las circunstancias del *caso concreto* cognoscibles por una persona inteligente, como así se procede, sin duda, para determinar el cuidado objetivamente debido en el delito culposo (52).

Dado lo anterior, las afirmaciones posteriores relativas a que la relación adecuada debe haber sido reconocible por el autor de acuerdo a sus capacidades personales, sólo predicarían una previsibilidad subjetiva referida a esa previsibilidad objetiva *general* del resultado.

Serían incorrectas, pues, posteriores afirmaciones de Schweickert en las que, de modo inconsecuente, sostiene que no hay diferencias entre la «previsibilidad» de la imprudencia y la «causalidad adecuada reconocible» de los delitos de riesgo (53). Si el análisis precedente puede haber mostrado, en contra de Lang-Hinrichsen, que la conducta peligrosa no se puede identificar con la conducta culposa, también ha dejado en evidencia la medida en que dicha conducta peligrosa o arriesgada se aleja de los prepuestos que sirven de base al principio de culpabilidad: Al sujeto se le reprocha un resultado concreto, aunque no lo haya previsto ni lo haya podido prever. Hardwig ha considerado igualmente que los delitos calificados por el resultado sin exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave poseen una especial ligazón con el principio de culpabilidad, debido a la conducta peligrosa dolosa precedente. Tras poner de relieve que las penas en estos tipos sobrepasan a las que corresponderían de añadir a la pena de la conducta dolosa la de la culposa, de forma que no es ésta, en contra de lo que parece dar a entender el artículo 56 del Código penal alemán

(51) Vid. SCHWEICKERT, op. cit., págs. 395-396, 398-399.

(52) Vid. CEREZO MIR, op. cit., págs. 350 y ss.; WELZEL, «El nuevo sistema del Derecho Penal». Ariel, 1964, págs. 71 y ss.

(53) Más acertada parece su afirmación precedente de que ambos tipos de conducta se diferencian en que la inobservancia del cuidado debido no se da en la conducta arriesgada.

La combinación de ambas frases, la del texto y la de esta nota, parece dar a entender que para Schweickert el juicio de previsibilidad, objetivo y subjetivo, excluye el análisis de las circunstancias del caso concreto, circunstancias que, sin embargo, han de tenerse presentes para determinar la inobservancia del cuidado debido.

(luego, art. 18), la que explica el gran aumento de la pena (54), estima que estos tipos se basan en un núcleo de verdad del «versari»: El autor pone en marcha una dinámica tal que es muy fácil que la situación escape de su control, llegando a consecuencias por él no queridas. El autor responde de esa consecuencia más grave efectivamente producida, no por haberla causado culposamente, sino por haber creado maliciosamente una situación general en la que, con independencia de la previsibilidad personal, se podía llegar a consecuencias más graves. La relación de culpabilidad que se establece se basa en la conexión entre una conducta maliciosa lesiva y, además, peligrosa, con un resultado más grave. Si se produce el resultado, se ha de penar con mayor intensidad que si éste se hubiera producido por una simple conducta imprudente debido a que el autor, pese a la advertencia de consecuencias más graves posibles existente en el tipo básico, ha realizado conscientemente esa conducta inicial ilícita. Es decir, la mayor culpabilidad no reside en la relación de imprudencia entre conducta y resultado, sino en que el autor no tiene en cuenta la advertencia existente en el tipo. En todo caso, para apreciar esa mayor culpabilidad y *poderse dar esa función de advertencia* del delito calificado es preciso que exista dolo malo, esto es, conciencia de actuar antijurídicamente; en aquél que cree actuar jurídicamente no puede ser eficaz la función de advertencia que condiciona una culpabilidad más alta (55).

La postura de Hardwig, si bien dirigida ya de modo directo al entendimiento de los delitos calificados por el resultado, no difiere fundamentalmente de la de Schweickert. Nos volvemos a encontrar con la pretensión de extender la culpabilidad a supuestos en que no se va más allá de una previsibilidad objetiva parcial en cuanto deja fuera de su consideración las circunstancias del caso concreto o bien ante una inexistente diferenciación de tales conductas respecto a la responsabilidad por imprudencia. Valen, pues, las críticas realizadas, en ese sentido, a Schweickert. En Hardwig cabe preguntarse adicionalmente si la previsibilidad subjetiva, aun si se refiriera a ese juicio erróneo de previsibilidad objetiva, se exige verdaderamente (56); la conciencia de la antijuricidad de la conducta de que habla podría pensarse que va referida estrictamente a la conducta delictiva previa y no a la ad-

(54) Dirá también que la exigencia de imprudencia lo único que ha logrado ha sido obscurecer la idea básica que inspira a los delitos calificados, siendo un requisito que no tiene nada que ver con el fundamento de la culpabilidad del autor, que va por otras vías, implicando el art. 56 una restricción del círculo de responsabilidad, ajena a la fundamentación de la culpabilidad.

(55) Vid. HARDWIG, op. cit., págs. 98-101.

(56) A lo recogido en texto se puede añadir otro pasaje en que Hardwig sostiene que el autor no puede alegar que no conocía la advertencia existente en el tipo; él había podido y debido conocerla; pertenece a los deberes generales de los sometidos a derecho conocer los deberes que les afectan y tener en cuenta las advertencias legales. HARDWIG, op. cit., págs. 99-100.

vertencia respecto a consecuencias más graves supuestamente inserta en el tipo básico.

Baumann supone ya la inflexión hacia una nueva actitud entre los partidarios de mantener los delitos calificados por el resultado sin exigir imprudencia respecto al resultado más grave. Ya no se trata de intentar insertar tales figuras en el marco del principio de culpabilidad, sino de justificar la violación de este principio.

Este autor monta gran parte de su argumentación sobre la hipótesis de que la exigencia de imprudencia en estas figuras no se ha debido realmente al deseo de suprimir el Derecho penal basado en el mero resultado. La verdadera razón arranca de que en estos tipos, antes de incluir el par. 56, se daba una conexión automática entre resultado y pena, y ello choca con el proceso reciente que, a través de la instauración de las medidas de seguridad, la creación de numerosos supuestos de casos especialmente graves o leves, la suspensión de la aplicación de la pena, determinados influjos procesales en la reacción penal, y la cada vez más frecuente introducción de elementos típicos normativos, está dando un papel decisivo a la intervención del juez en la determinación de la pena justa o de la reacción jurídica más adecuada, y prestando una desmedida confianza a la labor de análisis psicológico respecto al delincuente realizada por el juzgador. En este contexto, en que no se considera «moderno» la existencia de preceptos que agraven la pena «legalmente», dado que supone una determinación de ésta no apoyada en la psique del autor, es como hay que entender la aparición del par. 56. Y refuerza la argumentación señalando que es sintomático que tardaran tanto en suprimirse los delitos calificados, y que tal supresión se hiciera precisamente, como si fueran un estorbo para ellas, a la vez que se introducen las instituciones de la suspensión condicional de la pena y de la imposición de reglas de conducta y tareas durante ese período.

Luego, pasa a criticar el excesivo arbitrio judicial en el sentido expresado y de modo detallado, poniendo de relieve, entre otras razones, que es más humanitario penar en función del hecho, constatable externamente, cometido, que dejar la pena en manos del juez y de su análisis psicológico del delincuente, o que con ese arbitrio judicial no sólo la prevención general, sino también la especial (ya que el delincuente ve que la pena está en función de factores por él desconocidos, que no sigue necesariamente al delito...) quedan profundamente dañados (57).

Las críticas a las afirmaciones de Baumann, al margen de incidir sobre aspectos parciales de éstas (58), intentan poner de manifiesto

(57) BAUMANN, «Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte». Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1958, páginas 229-243.

(58) Vid. al respecto LANG-HINRICHSSEN, op. cit., pág. 225, quien dirá que por más que las dificultades para constatar la culpabilidad en el caso concreto por el juez puedan ser grandes, y se pueden introducir subrepticia-

que el autor mezcla dos problemas distintos, de forma que la supresión o modificación de los delitos calificados por el resultado se mueve en un plano diferente, no superponible, al relativo a las tendencias político-criminales que dan un amplio margen al arbitrio judicial; con o sin los delitos calificados por el resultado se puede dar esa tendencia que Baumann deplora. En todo caso, como dice Lang-Hinrichsen, con la supresión o modificación de los delitos calificados nos orientamos en base a principios, en concreto el aseguramiento del principio de culpabilidad, y esto no puede dejarse a merced de la dificultad para constatar la culpabilidad, dificultad no mayor que en otros ámbitos penales (59).

Pero si los argumentos anteriores son los que fundamentalmente impulsan a Baumann a deplorar la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave en los delitos calificados, no ha de olvidarse que, en su crítica a tal exigencia, también aludirá al conocido argumento de que el resultado en cuanto tal, con independencia de si es doloso o culposo, o ninguna de las dos cosas, sigue teniendo un peso específico no sólo en la medición de la pena, donde piensa han de jugar necesariamente factores del autor, sino asimismo en la distinción entre tentativa y delito consumado, o en los delitos culposos de resultado, de forma que si el par. 56 no elimina la responsabilidad por el resultado del Código, habría que cuestionarse su procedencia (60). Estas últimas objeciones han sido, sin embargo, repetidamente contrarrestadas por la doctrina y no es preciso que nos extendamos sobre ello. Baste con decir, siguiendo a Gimbernat Ordeig, que el principio de culpabilidad no dice que hayan de ser castigados *todos los comportamientos* culpables, sino que *exclusivamente* los culpables han de ser castigados (61).

mente factores subjetivos de éste, al juez se le pide que la constate, y no que tome una decisión a su arbitrio, o JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., pág. 51, quien señala que el hecho de que «el reproche, en que consiste la culpabilidad normativa, sigue siempre, *pero sólo*, a la culpabilidad, más refuerza que debilita la prevención general y especial».

(59) Vid. LANG-HINRICHSEN, *Ibidem*; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., págs. 50-51, quien dirá que «parece como si el profesor de Münster hubiera aprovechado la coyuntura de la supresión de esos delitos de responsabilidad anómala para censurar esas tendencias que tilda de modernizantes y cuya crítica, en buena parte justa, no es de este lugar».

En la crítica de LANG-HINRICHSEN concuerda JESCHECK, «Lehrbuch...», op. cit., pág. 463, nota 45.

(60) Vid. BAUMANN, op. cit., págs. 237-238.

(61) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., págs. 162-166, quien se refiere expresamente a las tesis de Baumann. También refiriéndose a Baumann, y en la misma línea que Gimbernat, pero con una argumentación no tan convincente por las implicaciones, a mi juicio erróneas, que conlleva de cara a la correcta consideración del desvalor del resultado en lo injusto, LANG-HINRICHSEN, op. cit., págs. 225-226.

Sin duda una completa comprensión del problema suscitado, entre otros, por Baumann se logra, más allá de la culpabilidad, en el marco de la concepción personal de lo injusto y el papel a realizar en ella por el desvalor del resultado, tanto en los delitos dolosos como en los culposos, pero ello nos llevaría ahora demasiado lejos.

Hay autores, como Art. Kaufmann y Jescheck, decididos partidarios de la supresión de los delitos calificados aun si se exige culpa respecto al resultado más grave (62), que han preferido, antes que exigir culpa y si la total abolición no es posible, mantener estas figuras como estaban antes de la introducción del par. 56 en Alemania. Sin duda estiman que ello implica infringir el principio de culpabilidad, pero intentan justificar tal cosa en función de la peligrosidad de la acción (63).

Kaufmann niega que la exigencia de imprudencia haya solucionado el problema de los delitos calificados. El que a un hecho doloso se añada un delito culposo de modo externo, sin relación interna entre ambos, falsea el sentido de los delitos calificados. En los delitos calificados hay una estructura interna en la que la imprudencia representa un cuerpo ajeno, Frente a esa pretensión de crear una estructura compuesta externa, desde v. Kries está claro que en los delitos calificados existe entre tipo básico y resultado más grave una relación interna en la medida en que la consecuencia más grave ya está contenida en el delito base como un peligro específico. La aparición del resultado más grave es la actualización del peligro potencial existente de modo característico en el delito doloso básico. Un delito calificado sólo existirá, por tanto, si se ha realizado aquel riesgo que le es peculiar al delito base, dicho de otro modo, si existe una causalidad adecuada entre comisión del delito base y resultado más grave. Tal requisito constituye la «ratio legis» de estos tipos. Al fin y al cabo, el «versari» tiene un núcleo sano y quien comete un hecho doloso con tendencia peligrosa no puede exigir que se le tenga en cuenta que no pudo reconocer, debido a una situación defectuosa personal, la posibilidad de una consecuencia más grave.

Con estos planteamientos que, como digo, son complementarios a otros pretendidamente abolicionistas, a los que da la primacía, llega a la conclusión de que, a falta de su solución preferida, lo que procede es, de «lege ferenda», adherirse a la solución que sólo exige una causalidad adecuada y de «lege lata», dada la vigencia del par. 56 alemán, vincularse a la interpretación propuesta por Welzel de considerar que la referencia a la «imprudencia» del texto legal debe entenderse sólo objetivamente, como inobservancia del cuidado objetivamente debido, y no subjetivamente, como inobservancia reprochable del cuidado objetivamente debido (64).

(62) Como veremos más tarde, la postura abolicionista de Kaufmann es más aparente que real.

(63) Vid. JESCHECK, «Niederschriften...», op. cit., págs. 249-250; ART. KAUFMANN, op. cit., págs. 245-246.

(64) Vid. KAUFMANN, op. cit., págs. 245-246.

En efecto, WELZEL, «Das deutsche Strafrecht», 5, Auflage, Walter de Gruyter, 1956, pág. 58, sostuvo hasta su 5.ª edición del Manual la opinión referida por Kaufmann. Welzel mantuvo siempre una postura escéptica respecto a la posibilidad de establecer de un modo pleno el principio de culpabilidad. Vid. sus afirmaciones en «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen

Jescheck, por su parte, estima que sólo la idea de la causalidad adecuada justifica políticamente la existencia de los delitos calificados por el resultado, justificación que yace en la consciente aceptación del riesgo, ligado normalmente al hecho doloso, por el autor; basta con que se deba contar con la aparición de tales consecuencias y se deba responder por ellas. Y considera que parece pedir demasiado, en unos tipos con tendencia general a un resultado más grave, el requerir la previsibilidad subjetiva. Termina proponiendo un tipo genérico, válido para todos los delitos calificados, que alude al juicio de previsibilidad objetiva (65).

Ambos autores, además, tienen especial interés en recalcar que la diferencia entre causalidad adecuada e imprudencia no es en la práctica tan significativa. En ambos casos se exige la previsibilidad objetiva radicando la diferencia sólo en la subjetiva, hecho que no tiene excesiva importancia dado que, dice Kaufmann, el autor deduce la previsibilidad del resultado más grave a partir de la experiencia general de que a determinadas conductas se ligan frecuentemente resultados de tal clase, o que, como dice Jescheck, en unos casos esa previsibilidad subjetiva ya está en el tipo, pues pertenece al tipo doloso un peligro público, y en los restantes casos el legislador debiera contentarse con el peligro abstracto, y no atender a la ausencia de previsibilidad culpable a no ser que estemos ante una situación completamente atípica (66).

Evidentemente, las objeciones que estos autores merecen han de destacar la lesión del principio de culpabilidad que sus soluciones ocasionan, hecho que ellos mismos son los primeros en reconocer (67): lesión del principio de culpabilidad que si, como yo pienso, es dudoso que no siga dándose también pese a la exigencia de imprudencia respecto al resultado más grave, es incuestionable que se produce en mayor medida si ni siquiera se exige la previsibilidad subjetiva (68). Sus intentos de minimizar las diferencias entre causalidad adecuada e imprudencia son vanas y no merece la pena que nos detengamos en ellos. La previsibilidad subjetiva no deriva sin más de la objetiva y,

Strafrechtskommission», 2. Band. Allg. Teil. Bonn, 1958, pág. 258, en donde, aunque reconoce que los delitos calificados lesionan el principio de culpabilidad, estima son soportables en principio.

(65) JESCHECK, «Niederschriften...», op. cit., págs. 248-250.

(66) Vid. KAUFMANN, op. cit., pág. 246; JESCHECK, «Niederschriften...», op. cit., pág. 248.

(67) Así, HIRSCH, «Zur problematik...», op. cit., pág. 65; DREHER, «Niederschriften...», op. cit., págs. 253-254; MEZGER, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 2. Band. Allg. Teil». Bonn, 1958, pág. 255; BALDUS, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 2. Band. Allg. Teil». Bonn, 1958, págs. 256, 256-257; SCHUBARTH, op. cit., pág. 755; HÄNLE, «Die Teilnahme an den erfolgsqualifizierten Delikten». Dissertation, 1970, págs. 30-33.

(68) Cosa que el propio JESCHECK, años más tarde, en su Manual, reconocerá, «Lehrbuch...», pág. 464, nota 49.

aunque se aceptara que en estos supuestos tal cosa es muy frecuente, una cosa es que normalmente esas acciones sean susceptibles de reproche personal y otra muy distinta que la ley *exija* la concurrencia de tal requisito, considerándolo jurídico-penalmente relevante (69).

(69) HANLE, op. cit., págs. 31-32, dirá que si es cierto que un curso causal que quede fuera de toda experiencia general nunca podrá fundamentar un reproche de imprudencia (y en ese sentido hay superposiciones con la teoría de la causalidad adecuada), no es cierta la afirmación contraria.

Por lo demás, de las afirmaciones de Jescheck en ese sentido la primera supone transformar la relación de causalidad en un dolo de peligro.

Asimismo, GALLAS, «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 2. Band. Allg. Teil». Bonn, 1958, pág. 258, respecto a afirmaciones precedentes de Jescheck dirá, con razón, que, en contra de lo que este autor parece dar a entender, la aceptación consciente del riesgo falta si el autor no piensa en las posibles consecuencias más graves.

«Ley penal en el espacio: problemas que plantea el corredor internacional de Puigcerdá a Llívia, enclave español en Francia» (*)

Dr. JUAN-FELIPE HIGUERA GUIMERA
Profesor de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Panorama general. Propósito y finalidad.—II. La peculiaridad y la originalidad del enclave español de Llívia. El Tratado de Paz de los Pirineos, de 7 de noviembre de 1659. La carretera que une Puigcerdá con Llívia.—III. La situación jurídica actual: Aplicación de la Ley Penal francesa, en base al principio de la «territorialidad»: Consecuencias jurídicas.—IV. La posibilidad de aplicar la Ley Penal española, en base al principio de la «personalidad», con carácter subsidiario.—V. Perspectivas futuras: A) ¿Hacia un convenio franco-español, que regule y fije el ejercicio de la jurisdicción penal?: Propuestas de «lege ferenda». B) La Convención Europea de 30 de noviembre de 1964, para la Represión de las Infracciones de Tráfico. Índice bibliográfico.

I.—PANORAMA GENERAL. PROPOSITO Y FINALIDAD

Es mi deseo y propósito efectuar en este estudio monográfico un análisis sobre el ejercicio de la jurisdicción penal, estableciendo cuál ha de ser ésta, en la carretera que une Puigcerdá con el término de Llívia (1).

(*) A Helena.

(1) El enclave español de Llívia es muy interesante e importante no solamente desde un punto de vista histórico, sino también cultural y artístico, incluso es un lugar magnífico para turismo, y para pasar unos días con «tranquilidad». Todos estos aspectos, desde luego, son muy importantes, pero no serán objeto de este estudio. Desde un punto de vista histórico, véase SANABRE, J., «El tractat dels Pirineus i la mutilació de Catalunya», colección Tramuntana, Ed. Barcino, Barcelona, 1978; CUTCHET I MOREU, S., «Llívia, enclau Espanyol a França», Barcelona, julio 1978; RUIZ DEL CASTILLO Y DE NA-

Este problema, prácticamente desapercibido en el pasado, en la actualidad, y debido al aumento del parque motorizado ha tomado un gran interés relevante. Piénsese no ya solamente en los habitantes de Llivia, sino también en el elevado número de turistas españoles que visitan esta bonita localidad en verano y también en invierno, siendo el centro de innumerables excursiones (2).

En esta monografía se estudia el principio de la «territorialidad» de la ley penal francesa, que, actualmente, y teniendo presente la legislación vigente, como luego veremos, es la ley penal aplicable a los posibles delitos y faltas que allí se puedan cometer (especialmente delitos o faltas culposos de resultado material, en relación con accidentes de tráfico automovilístico). Se estudia también el principio de la «personalidad» de la ley penal española, y la posibilidad, muy limitada, como luego veremos, de ser aplicada. Finalmente efectúo propuestas de «lege ferenda», pues la actual situación, a mi juicio, no es oportuna ni conveniente, planteando algunos problemas.

La peculiaridad y gran originalidad del «enclave», hace que este pequeño estudio y contribución se realice de una forma verdaderamente *ilusionada*.

Para realizar este estudio tomo como punto de partida los diversos problemas prácticos que la actual situación plantea.

Este término municipal forma parte de la sin igual, magnífica y hermosísima comarca natural, denominada con el nombre de «La Cerdaña».

II.—LA PECULIARIDAD Y LA ORIGINALIDAD DEL ENCAVE ESPAÑOL DE LLIVIA. EL TRATADO DE PAZ DE LOS PI-RINEOS, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1659. LA CARRETERA QUE UNE PUIGCERDA CON LLIVIA

Llivia, y todo su término municipal, pertenece a la provincia de Gerona, pero está situado dentro del territorio francés. Tiene una extensión de 12,87 Km.². Según el censo de 1980, cuenta con 1.036 habitantes. Dentro del término existen dos pequeñas localidades, denominadas Gorguja y Sareja. A los efectos judiciales, Llivia, que tiene un juzgado de paz, pertenece al partido judicial de Puigcerdá (Gerona) (3).

VASCUES, R., «Llivia» (Enclave español en Francia), imprenta del Servicio Geográfico del Ejército, Madrid, 1976. Desde un punto de vista artístico y turístico, véase ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, C., «La Cerdaña», Madrid, 1979, páginas 16 a 35.

(2) Véase las estadísticas en el «Primer Quadern d'informació municipal», Llivia, 1980, y en el «Segon quadern d'informació municipal», Llivia, 1981, publicación del Ayuntamiento de Llivia.

(3) Véase el «Segon quadern d'informació municipal», Llivia, 1981, pág. 29.

Por el Tratado de Paz de los Pirineos, firmado en la Isla de los Faisanes, el 7 de noviembre de 1659, entre España y Francia, ésta última nación devolvía a España las ciudades ocupadas por ella en Flandes, y España cedía a Francia los condados de Rosellón, Capcir, Vallespir, Conflent, y también parte de La Cerdaña, como veremos (4).

En las negociaciones de este tratado, por parte española asistió don Luis Haro, y por parte francesa el cardenal Mazarino (5).

En el artículo 42 de este tratado, se disponía que La Cerdaña quedaría para España, excepto las tierras que se hallaran situadas en la vertiente de Languedoc, nombrándose para ello dos comisiones por cada una de las potencias, para así fijar con exactitud los detalles de la nueva delimitación de la frontera franco-española (6).

El 31 de mayo de 1660, don Luis Haro y el cardenal Mazarino, firman una nueva declaración sobre el artículo 42 del Tratado de paz de los Pirineos (7), mediante la cual España cedía los Condados y Veguerías del Rosellón y del Conflent, y Francia reconocía a España la soberanía sobre Cataluña y todo el Condado y Veguería de La Cerdaña, menos el Valle de Querol y la Torre Cerdana, y el territorio que comunica el Valle de Querol con el Capcir y el Conflent: en conjunto, *treinta y tres pueblos* situados en el mencionado valle, y en caso de no llegar a este número, España se comprometía a traspasar a Francia otros tantos pueblos limítrofes de La Cerdaña, hasta completar los *treinta y tres* convenidos.

Con la finalidad de precisar y designar los citados *treinta y tres pueblos* convenidos, se reúnen en la misma villa de Llivia, por parte española, el Dr. Miguel de Salva y de Vallgornera, y por parte francesa, el obispo de Orange, Jacinto Serroni, firmando el día 12 de noviembre de 1660 la siguiente convención:

«Habiendo venido en Cerdaña y tenido muchas juntas, después de habernos comunicado respectivamente nuestros poderes y dado copia de ellos, y consideradas todas las razones de una y otra parte, vistos y reconocidos todos los villajes y términos de aquéllos hemos resuelto y concluydo, que los treinta y tres villages que han de quedar a su Magestad christianísima en Cerdaña en virtud del artículo sobredicho serán los siguientes: Carol, con todo el valle, que serán contados los lugares de él por dos; Enveix, con toda su montaña y jurisdicción, que los lugares de ella serán con-

(4) Este tratado es reproducido por DUMONT, «Corps Universel Diplomatique du Droit des Gens», Vol. VI, part. II, pág. 334; de LEONARD, «Recueil des traités de Paix, etc., vol. IV.

(5) SANABRE, J., loc. cit., págs. 57 y ss.; RUIZ DEL CASTILLO Y DE NAVASCUES, R., loc. cit., págs. 36 y 37; CUTCHET, S., loc. cit., pág. 43.

(6) Por parte española intervinieron D. Miguel de Salvá de Vallgornera y D. José Romeu de Ferrer, y por parte francesa, el arzobispo de Tolosa, Pierre de Marca, y el obispo de Orange, el italiano Jacinto Serroni, que no llegaron, en principio, a un acuerdo (Reinado de Felipe IV, y Luis XIV).

(7) Vid., SANABRE, J., loc. cit., pág. 87.

tados por dos; Ur y Florí, por uno; Villanova y Escaldes, por uno; Dorres, Angustrina, Targaçona, Palmanill, Egat, Odelló, Viá, Bolquera, Vilar de Orcaña, Esteva, Bojanda, Callagosa, Ro, Vedimans, La Perxa, Ruet, Lló, Eyna, Sant Pere dels Forcats, Santa Leocadia y Llus, por uno; Err, Planes, Cáldegas y Ongés, por uno; Nahuja, Osseja, Palau, Ix, todos los cuales sobredichos viallajes han de quedar a su Magestad christianíssima con todas sus jurisdicciones, términos y dependencias.

Y porque el territorio de Ix passa de la otra parte de la ribera que viene de Ur, dicho el río Ratur, nos los comissarios deputados habemos declarado y declaramos, que no obstante que las divisiones de España y Francia se deben tomar por todos los demás villajes por las divisiones de los términos y sus jurisdicciones, con todo lo que toca al villaje de Ix, solamente la división de España y Francia se tomará a la dicha ribera, siguiendo su corriente natural, y se seguirá su pendiente hasta encontrar el término de Aja, que quedará por España, de suerte que la mitad del dicho río y la mitad del puente que llaman de Llívia será de España, es a saber, la que mira a Puigcerdá, y la otra mitad será de Francia, es a saber, la que mira a Llívia o coll de la Perxa, no pretendiendo por esta división separar el dicho territorio del dicho villaje de Ix en lo que toca al dominio, propiedad, frutos, pastos, ni otra cualquier cosa a él perteneciente, no debiendo entenderse esta separación sino España y Francia y no del dominio o propiedad particular del dicho territorio, que quedará siempre unido al dicho villaje de Ix.

Por lo que toca a Llívia y su baylia, nos los comissarios deputados declaramos que quedará enteramente a su Magestad cathólica, con condición que en ningún tiempo podrá Su Magestad mandar fortificar ni Llívia ni ningún otro lugar o puesto de dicha baylia y territorio, y el comisario de España se obliga a hacer ratificar particularmente y expresamente este acuerdo y convención de que no se puede fortificar Llívia ni ningún otro lugar ni puesto de su baylia y territorio por su Magestad cathólica en el cual caso el comisario de Francia consiente que Llívia y su Baylia queden a Su Magestad Cathólica. Y porque para ir de Llívia a Puigcerdá y de Puigcerdá a Llívia, o por ir de un villaje a otro de los que quedan a su Magestad Christianíssima, puede suceder que se habrá de passar por los términos de Llívia o Puigcerdá, o por los términos de algunos lugares de Francia, nos los comissarios deputados declaramos que cualquier género de mercancías o provisiones que pasarán por dichos términos yendo por el camino real de Llívia a Puigcerdá o de Puigcerdá a Llívia, o yendo de un villaje

a otro de los que quedan a Francia no pagarán ningún derecho a los oficiales de forana o otros aduaneros o arrendadores, o otros cualquier receptores de derechos de los dos reynos. Declarando a más que los dichos caminos reales y passajes que habrán de tomar para ir a Llívia a Puigcerdá, o de Puigcerdá a Llívia, o por ir de un villaje a otro de los que quedan por Francia, serán libres a unos y a otros súbditos de los dos reynos respectivamente, por cualquier cosa que sea, *no entendiendo que esta libertad de passaje pueda servir por los delitos que pudieran cometerse en dichos caminos o passajes, porque la captura y castigo de ellos tocará a los ministros de la parte de cuyo fuere el territorio de dichos passajes*» (8). (La parte subrayada es nuestra).

Es preciso poner de relieve, pues tiene una gran importancia que Llívia, por ser *villa*, y no villaje, o pueblo, no pasó a Francia. Efectivamente, el emperador Carlos I, en uno de sus viajes, en 1528, pasó por Llívia y confirmó el título de villa, otorgando la correspondiente carta (9).

En relación al ejercicio de la jurisdicción penal, Llívia, al ser territorio español, se aplica el Derecho penal español, en todo el término.

En cuanto a los delitos que puedan cometerse en los caminos y pasajes, a que se refiere la citada convención, en especial de Puigcerdá a Llívia, y viceversa, la captura y castigo de ellos, tocará, según esta convención, a los ministros de la parte de cuyo fuere el territorio de dichos pasajes. Es decir, que se establece el principio de la «territorialidad».

El tratado de límites entre España y Francia (desde el Valle de Andorra, hasta el Mediterráneo) firmado en Bayona, el 26 de mayo de 1866, no solamente fija la frontera franco-española en ese territorio concreto, sino que también fija los límites y el perímetro del término de Llívia, en los artículos V y XVI (10).

(8) Archivo Real, Barcelona. Consejo de Aragón. Vid. SANABRE, J., loc. cit., páginas 57 y ss. Véase la Convención firmada entre España y Francia en la Villa de Llívia, el 12 de noviembre de 1660, en The Consolidated Treaty series edited and annotated by Clive Parry, L. d., Volume 6, 1660-1661, Oceana Publications, Inc, Dobbs Ferry, New York. España quedaba obligada a no fortificar militarmente en ningún tiempo Llívia, ni otro punto alguno del territorio enclavado en Francia.

(9) El emperador Carlos I, ofrendó a la iglesia de Llívia, también en el año 1528, una magnífica dalmática y una capa pluvial, que actualmente se encuentra en la sacristía de la Iglesia, Vid., CUTCHET, S., loc. cit., pág. 38. Agradezco al Rvdo. Rector de la parroquia de Llívia, D. Celso Durán Colom, la información y su acogida. Véase también RODRÍGUEZ ZAPATA, C. A., «Llívia, una parte de España en Francia», Diario «ABC», de Madrid, suplemento dominical, 13 de septiembre de 1981.

(10) En el artículo XXII del citado Convenio se menciona nuevamente la obligación de España de no fortificar militarmente el enclave.

En el artículo XXIII se establece que los ganados de Llívia tienen *libre paso* a través del territorio de Agustrina, con objeto de ir a los pastos de Carlit y regresar de ellos, en virtud de una transacción de 1754.

Es muy importante el artículo XXI de este tratado que dice:

«Conforme a la convención de 12 de noviembre de 1660, continuará gozando de completa franquicia el uso libre de los caminos que cruzan el término enclavado de Llivia y el de Puigcerdá en favor de los franceses que vayan de un punto a otro de la Cerdaña francesa tanto para el servicio agrícola como para las operaciones de comercio y demás usos de la vida. La misma libertad y franquicia se conserva también a los españoles que atraviesen el territorio francés entre Llivia y Puigcerdá por el camino directo que une estas dos villas atravesando el río Reur por el puente de Llivia, cuyo puente pertenece por mitad a España y a Francia.

Por ambas partes se establecerá el servicio de Aduanas, de modo que no entorpezca el goce de estas exacciones.

Esta libertad de circulación no altera en lo demás la soberanía territorial sobre estos caminos; y así los extranjeros que cometieren crímenes, delitos o contravenciones, en cualquiera de dichas vías, estarán sometidos a los Tribunales y Autoridades del país en que se halle el camino». (Lo subrayado es nuestro).

En el último párrafo de este artículo, se establece expresamente el principio de la «territorialidad», en base de la soberanía de Francia sobre esos caminos, sin embargo este párrafo al querer aclarar concretamente ese principio en relación a los posibles delitos que cometan los «extranjeros» que estarán sometidos a los Tribunales y Autoridades del país en que se halle el camino, ¿no habría base para establecer que cuando se trate de una persona española, que no es desde luego extranjera, pues se trata de un convenio bilateral entre España y Francia, pudiera aplicarse la ley penal española? A mi juicio, esto no es posible, pues este mismo párrafo establece como principio de carácter general el de la «soberanía territorial francesa sobre esos caminos».

Por consiguiente el Estado francés, en base a los anteriores convenios ya citados ejerce su plena jurisdicción en la carretera que va desde Puigcerdá al término de Llivia, y más exactamente desde la mitad del puente sobre el río Raour, que mira a Llivia hasta el citado término (11).

En el artículo XXVIII se establece la *libre circulación* de las personas, con expresa condición de no abandonar el camino, en diversos pasos que se especifican de una forma expresa. Véase este convenio en el «Corpus Iuris Gentium», de Luis García Arias, Zaragoza, 1968.

(11) Véase el mapa del Servicio Geográfico del Ejército, 2.^a Ed. Madrid, 1942, también el mapa que reproduce RUIZ DEL CASTILLO Y DE NAVASCUES, R., loc. cit., entre las páginas 86 y 87. Vid., el mapa de Cerdaña-Capcir, Haute-Ariège, séries randoonnées Pyrénéennes, itinéraires de petites et grandes randoonnées, Institut géographique national, France, 1980.

Esta carretera, en la actualidad, es atravesada por la vía férrea del ferrocarril francés denominado «train jaune» de Villefranche de Conflent a la Tour de Carol, y por la carretera francesa RN-20, que va de Bourg-Madame a Ur, incluso hay otra carretera que la atraviesa, es la D-30, que va desde Ur a Cáldegas (12).

Muchos accidentes, algunos de gravedad, se han producido en esta carretera que va desde Puigcerdá a Llivia. Es muy peligrosa al ser cruzada sucesivamente, en muy pocos metros, por un ferrocarril, y dos carreteras, sobre todo la RN-20 es de gran tráfico automovilístico.

A mi juicio, esta carretera debe ser de tráfico «preferente» sobre las otras carreteras que la cruzan. Sin embargo, la preferencia la tienen las carreteras francesas, actualmente.

Para evitar estos peligros, se firmó el convenio franco-español de 9 de junio de 1978, ratificado por Instrumento de 3 de marzo de 1980, sobre la construcción de una variante del tramo fronterizo, de la carretera N-152 (de Barcelona a Puigcerdá), y la carretera CD-68 (13).

Con la construcción de esta variante se realizará un nuevo puente sobre el río Raour, y un paso elevado sobre el ferrocarril de Villefranche del Conflent-La Tour de Carol, y sobre la RN-20, consiguiéndose un enlace directo y más seguro y rápido entre Puigcerdá y el término de Llivia (14).

Para realizar esta obra se constituirá una comisión mixta, hispano-francesa, para asegurar la mejor ejecución de la operación, elegir las empresas que serán invitadas a ofertar, estudiar las ofertas, elegir la empresa adjudicataria, etc....

Muy importante es el artículo 3 de este convenio bilateral al establecer que: «El dominio de la obra, una vez realizada corresponderá al Departamento de los Pirineos Orientales en cuanto a la parte ejecutada sobre territorio francés, y al Estado español para la ejecución en su propio territorio.

En el artículo 12 del mismo convenio, se estipula que este nuevo acceso Puigcerdá-Llivia, tendrá la misma condición jurídica en el orden internacional que el actual al que ha de sustituir, manteniéndose en su integridad como de aplicación al mismo todo lo acordado hasta la fecha entre Francia y España, partiendo del tratado de 26 de mayo de 1866, que fija los límites entre España y Francia (desde el Valle de Andorra hasta el Mediterráneo), y que ya hemos citado anteriormente.

En mi opinión, ha sido una lástima que no se hubiese *aprovechado* este convenio bilateral entre ambos países, para establecer un régimen jurisdiccional distinto al actual, tal como propongo en el apartado V de este estudio, y a donde ahora me remito.

(12) Queda prohibido salir fuera de la carretera y girar a derecha o izquierda por alguna de las carreteras que cruzan, según las señales de circulación francesas.

(13) Publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 7 de abril de 1980, número 84.

(14) Un plano de proyecto puede verse en el «Primer quadern d'informació municipal», Llivia, 1980, pág. 74.

III.—LA SITUACION JURIDICA ACTUAL: APLICACION DE LA LEY PENAL FRANCESA, EN BASE AL PRINCIPIO DE LA TERRITORIALIDAD». CONSECUENCIAS JURIDICAS

Actualmente, teniendo en cuenta los Convenios anteriormente citados, la jurisdicción penal francesa conoce de todos los delitos y de las faltas, dolosas o culposas, que se cometan en la carretera de Puigcerdá a Llivia, y en concreto desde la mitad del puente sobre el río Raour, que mira a Llivia hasta este término.

Este mismo régimen jurídico, en cuanto al ejercicio de la jurisdicción penal, es el que continuará y existirá también cuando se construya la nueva variante.

Es preciso resaltar que el principio de la «territorialidad» de la ley penal francesa, no está formulada con carácter general y de una forma expresa, ni por el Código penal de Napoleón, ni por el Código de instrucción criminal, ni por el actual Código de Procedimiento Penal (15), sin embargo, parece obvia su formulación, pues el principio de la «territorialidad» de las leyes penales, es una consecuencia de la «soberanía» de los Estados.

Las consecuencias jurídicas de la aplicación de la ley penal francesa, y el ejercicio de la jurisdicción penal, tiene como efecto que muchos españoles sean enjuiciados por los tribunales franceses.

Los españoles que circulen por esta carretera tendrán que estar en posesión de la correspondiente «Carta Verde». La resolución de la Dirección General de Seguros, de acuerdo con el informe emitido por el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, de fecha 20 de noviembre de 1978, mantiene también la tesis de que es preciso poseer la *Carta Verde*, para circular por la carretera, «aun cuando se trate de españoles con derecho a paso» (16). Por consiguiente, los vecinos de Llivia, tienen que tener la mencionada carta verde para circular por la carretera. Son los únicos españoles que forzosamente tienen que tener la citada carta verde.

(15) Véase el «Avant-Projet définitif de Code Penal», Llibre I, Dispositions générales, Commission de révision du Code Penal, la documentación française, París, abril 1978, pág. 29; los artículos 17 a 22, del Avant Projet, tienen por objeto establecer expresamente este principio, y precisar sus consecuencias.

(16) Véase esta resolución en el «Primer quadern d'informació municipal». Llivia, abril 1980, en el segundo punto de la resolución de la Dirección General de Seguros, de fecha 27 de septiembre de 1979, viene a confirmar la resolución de 20 de noviembre de 1978, y se dice que se ha dirigido una comunicación al Ministerio de Asuntos Exteriores.

IV.—LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA LEY PENAL ESPAÑOLA, EN BASE AL PRINCIPIO DE LA «PERSONALIDAD», CON CARACTER SUBSIDIARIO

Como hemos visto hasta ahora, la Jurisdicción competente y preferente para enjuiciar los delitos o faltas que se puedan cometer en las tantas veces citada carretera es la jurisdicción francesa. La base jurídica son los convenios internacionales a los que hemos hecho referencia anteriormente.

La ley penal española, según la legislación vigente podría aplicarse a las acciones u omisiones cometidas en la carretera, en virtud del principio de la «personalidad». Según este principio, la ley penal de un Estado se aplica únicamente a sus ciudadanos, con independencia del lugar donde se realicen las conductas delictivas, aunque las hayan realizado en un país extranjero (17).

En el ordenamiento jurídico español, este principio de la «personalidad de la ley penal española» es de carácter subsidiario, y complementario al principio de la territorialidad, para castigar los delitos cometidos por los españoles en el extranjero. Este principio está recogido en los artículos 339 y 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870. Es preciso distinguir, en cuanto a la aplicación de este principio, entre: a) *Delitos cometidos por españoles contra españoles en el extranjero* (art. 339), y b) *Delitos cometidos por españoles contra extranjeros, en el extranjero* (art. 340).

a) *Delitos cometidos por españoles contra españoles en el extranjero*. El artículo 339, establece que serán juzgados por los Tribunales españoles, cuando concurren las circunstancias siguientes: 1.ª) Que se querrelle el ofendido, o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes. 2.ª) Que el delincuente se halle en territorio español. 3.ª) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y en este último caso haya cumplido su condena. Si hubiera cumplido parte de la pena, ha de tenerse en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que corresponda (art. 339, último párrafo, en relación con el art. 337).

b) *Delitos cometidos por españoles contra extranjeros en el extranjero*. El art. 340, establece, para que pueda conocer la jurisdicción española, los mismos requisitos que en el art. 339, y «además», que los hechos constituyan un delito de los que el Código penal español califica como «graves» (delitos castigados con pena superior a seis años, haciendo una interpretación histórica-sistemática). La conducta ha de constituir, «además» delito en el país, en que se realizó (art. 341).

(17) Véase CEREZO MIR, J., «Curso de Derecho Penal español», Parte General, I, Introducción, Teoría Jurídica del delito. I Ed. Tecnos, 2.ª Edición, Madrid, 1981, pág. 241 y ss.

La aplicación de la ley penal española, tiene, pues, un carácter subsidiario o supletorio, y está subordinado a la ley penal extranjera (18).

Para conocer la jurisdicción penal española, por ejemplo, a través del Juzgado de Instrucción de Puigcerdá, el Juzgado de Distrito de esta misma población o también el Juzgado de paz de Llívia, se tendrían que dar *todos* los requisitos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 (19).

V.—PERSPECTIVAS FUTURAS: A) ¿HACIA UN CONVENIO FRANCO-ESPAÑOL QUE REGULE Y FIJE EL EJERCICIO DE LA JURISDICCION PENAL? PROPUESTAS DE «LEGE FERENDA». B) LA CONVENCION EUROPEA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1964 PARA LA REPRESION DE LAS INFRACCIONES DE TRAFICO

A) La situación jurídica actual de aplicar la Ley penal francesa, en virtud del *principio de la territorialidad*, no me parece convincente, según mi opinión personal.

Esta situación es la que va a *continuar en el futuro*, pues el Convenio de 8 de junio de 1978, firmado por ambos países, sobre la construcción de una variante del tramo fronterizo en la carretera N-152 (España) y CD-68 (Francia) de Puigcerdá a Llívia, las únicas previsiones que hace en esta materia es la mera remisión a la situación anterior, es decir, la actual.

La jurisdicción francesa seguirá conociendo de los delitos y de las faltas que se puedan cometer en esta carretera. Los españoles, al ser enjuiciados por los Tribunales franceses, tendrán que sufrir un procedimiento penal extranjero.

Una situación mucho más conveniente y oportuna, y al mismo tiempo favorable para España y Francia, sería establecer, por medio de un convenio bilateral, como principio general el de la «*territorialidad*» de la ley penal francesa. Según este principio de la ley penal francesa se aplicaría a todos los delitos y faltas que se cometan en la carretera, pero sería preciso establecer una «*excepción*» cuando el responsable sea un español, pues entonces se aplicaría la ley penal española y se ejercería la jurisdicción penal española.

(18) En este sentido CUELLO-CALÓN-CAMARGO, «Derecho Penal», I, Parte General, Vol. I, 18 Ed., Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 1980, pág. 243. JIMÉNEZ ASÚA, L., «Tratado de Derecho Penal», II, pág. 761; ANTÓN ONECA, J., «Derecho Penal. Parte General», pág. 116, nota 2, Madrid, 1949.

(19) En el proyecto de Ley Orgánica de Nuevo Código Penal Español, en el artículo 10, se recoge de forma muy amplia, el principio de la personalidad según mi opinión.

El ejercicio de la jurisdicción en la Isla de los Faisanes, que pertenece pro-indiviso a España y Francia, cosa que no ocurre con la carretera que une Piugcerdá y Llivia, que es enteramente de Francia, fue resuelto de forma muy convincente por el Convenio de 27 de marzo de 1901, firmado en Bayona, y ratificado el 12 de agosto de 1902 (20), que después de establecerse el denominado *derecho de vigilancia* en la isla, que pertenece pro-indiviso a España y Francia (21), *durante seis meses*, de forma alternativa, el artículo 2 establece que los españoles y los franceses son justiciables de sus tribunales nacionales respectivos por las infracciones que cometan en la isla. Los delincuentes de otra nacionalidad son justiciables de los tribunales del país que ejerza el derecho de vigilancia en la isla cuando la infracción se cometa. Sin embargo, si se hallan juntamente complicados en una misma causa en unión de españoles o franceses, serán justiciables de los mismos tribunales que éstos.

Creo que la solución que propongo es más oportuna y conveniente. Asimismo, es favorable para ambos países.

También podría sustentarse que esta carretera es «neutral» como lo atestigua una fotografía, que se guarda en el Ayuntamiento de Llivia, en donde un conjunto de soldados españoles, al parecer, terminada la Guerra Civil Española, se dirigen a Llivia. En esta fotografía aparece un cartel en francés que dice «*Chemin neutre*» (22). Este cartel permaneció durante algunos años después, hasta que desapareció de ese lugar, según me han manifestado testigos que lo presenciaron.

Si esta carretera es *neutral*, lógicamente, en mi opinión, la jurisdicción penal debería ser compartida, tal y como lo he propuesto anteriormente (costumbre internacional).

A mi juicio, el ejercicio de la jurisdicción española no debe *extenderse* a las «propiedades» que el término de Llivia tiene en Francia, los denominados pastos de Llivia a los que tiene acceso a través de las servidumbres de paso (Carredada de Nambet y Carredada de Nirvol) (23). También los delitos o faltas que se cometan en todo el trayecto de las servidumbres de paso, deben ser enjuiciadas por Francia. Una cosa es la *soberanía española*, y otra bien distinta las *propiedades extranjeras* que en este caso tiene el municipio de Llivia.

B) Creo, sin embargo, que la solución de este problema sería po-

(20) Véase este convenio para reglamentar el ejercicio de la Jurisdicción en la Isla de los Faisanes, publicado en la «Gaceta de Madrid» el día 17 de octubre de 1902.

(21) El tramo de la carretera, en donde Francia ejerce su Jurisdicción, el dominio sobre la misma pertenece a este país. El mantenimiento técnico de la carretera corresponde a Francia y así lo hace actualmente.

(22) Quisiera agradecer el señor Alcalde de la Villa de Llivia, don Valentín Suriá, así como al señor Secretario del Ayuntamiento y del Juzgado de Paz, don José Vinyet i Estebanell, la ayuda y la información prestada durante mi estancia en Llivia (otoño 1981).

(23) Llivia, Angoustrine y Targassone, tienen derechos de compás ciudad en Encenísima y Nirvol, y disfrute de pastos en Solá de Ramis y Coma Cerna.

sible y más factible, si en lugar de efectuar el convenio internacional que he propuesto, España y Francia firmaran *la Convención Europea de 30 de noviembre de 1964, para la represión de las infracciones de tráfico*, en el que se prevé la remisión de las actuaciones judiciales y la ejecución de una sentencia extranjera en el país de residencia del delincuente (24), (25).

Esta ha sido mi pequeña contribución para fijar el ejercicio de la jurisdicción penal en la original y característica carretera, y es una opinión y juicio personal. Deben tenerse en cuenta, desde luego, otros criterios distintos.

BIBLIOGRAFIA

- ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1949.
- Avant-Projet Definitif de Code Penal. Livre I. Dispositions Generales*. La Documentation Française, París, 1978.
- CUTCHET I MOREU, S., *Llivia, Enclau Espanyol a França*. 3.ª Edición, Barcelona, 1978.
- CEREZO MIR, J., *Curso del Derecho Penal Español*. Parte General I, Introducción Teoría Jurídica del delito, I. Ed. Tecnos, Madrid, 1981.
- Code Penal*. Ed. Dalloz, París, 1978-79.
- CUELLO-CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I. Parte General. Volumen I, 18 Ed. Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1980.
- GARCÍA ARIAS, L., *Corpus Iuris Gentium*. Zaragoza, 1968.
- ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, C., *La Cerdaña*. Ed. Cayetano Enríquez de Salamanca, Madrid, 1979.
- Institut Geographique National «Cerdagne-Capcir»*. Serie randonnées Pyrénéennes.
- PIA DALMAU, J. M.ª, *La Farmacia de Llivia*. Separata de la Revista de Gerona, número 66, primer trimestre de 1974.
- PARRY CLIVE, *The Consolidated Treaty*. Series edited and annotated by Clive Parry. Volume 6 (1960-1961). Oceana Publications Inc, Dobbs Ferry, New York.
- RUIZ DEL CASTILLO Y DE NAVASCUES, R., *Llivia (Enclave Español en Francia)*. Imprenta del Servicio Geográfico del Ejército, Madrid, 1976.
- SANABRE, J., *El Tractat dels Pirineus, i la mutilació de Catalunya*. Colección Traquuntana. Editorial Barcino, Barcelona, 1978.

(24) Véase Rapport Explicatif sur la Convention Européenne pour la répression des infractions routières. Conseil de L'Europe. Strasbourg, 1970.

(25) Son también muy importantes la Convención Europea de 28 de mayo de 1970, sobre el valor internacional de las sentencias penales (ejecución de las sentencias penales extranjeras). La Convención Europea de 15 de mayo de 1972, sobre la transmisión de procedimientos penales, y la Convención Europea de asistencia judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959, es preciso decir que España ha firmado y ratificado esta última convención Europea, con fechas de 24 de julio de 1979 (firma) y 23 de mayo de 1967 (ratificación), respectivamente.

Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español (*)

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Becario de Investigación Departamento de Derecho penal
Universidad Autónoma de Barcelona

I

INTRODUCCION

Desde la reforma del Código penal español en 1944, el artículo 8, 7.º de este texto legal exime de responsabilidad criminal a «El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.»

1. La doctrina dominante en nuestro país ha venido sosteniendo que en el citado artículo se contienen una causa de justificación y una causa de exculpación (estado de necesidad justificante y exculpante), según que los bienes en conflicto sean desiguales y se salve el de mayor valor, o iguales (1). Esto, a pesar de la paradójica conclusión de que una causa de justifica-

(*) En este trabajo se recogen, con amplias modificaciones, algunos de los temas de mi Tesina de Licenciatura, presentada el 30 de septiembre de 1981 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. A partir de tal fecha, sólo se ha tenido en cuenta el trabajo de S. MIR PUIG, «Problemas de estado de necesidad en el artículo 8, 7.º CP» (Libro-Homenaje a O. Pérez-Vitoria), que se cita repetidamente.

(1) CEREZO MIR, «Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del CP», ADPCP, 1972, p. 779; CUELLO CALÓN, «Derecho Penal», T. I.V.I, 1975, p. 396 ss.; ANTÓN ONECA, «Derecho Penal. Parte General», 1949, p. 265 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, «Tratado de Derecho Penal», T. IV, 1961, p. 340; DÍAZ PA-

ción y otra de exculpación tengan la misma regulación, se ha mantenido con leves corecciones hasta nuestros días. Frente a tal opinión se levanta la de otro grupo de autores que entienden que en todo caso en que se dé lo que la ciencia penal conoce como estado de necesidad, es decir, tanto si entran en colisión bienes iguales como desiguales, nos hallamos ante una causa de justificación (2). Por último, recientemente puede advertirse una tercera corriente que admite que las situaciones de necesidad dan lugar, según los casos, a una causa de justificación o a una causa de exculpación (incluso a otras eximentes), pero se diferencia *sustancialmente* de la primera: A) Porque advierte que el artículo 8, 7.º C. p. sólo acoge la causa de justificación, mientras que la causa de exculpación queda fuera de dicho artículo, en el artículo 8, 10.º (miedo insuperable) o en una eventual eximente analógica (analogía in bonam partem). B) Porque el límite entre una y otra se establece sobre la dicotomía «mal mayor/mal menor o igual», que no siempre coincide con la tradicional de «bienes iguales/bienes desiguales». En efecto, el conflicto entre bienes iguales normalmente dará lugar a que se cause un mal mayor que el que se pretendía evitar, por el plus de perturbación del orden jurídico que la acción lesiva del bien jurídicopenalmente protegido lleva consigo. Pero es posible que en algunos casos de tal conflicto los males equivalgan (sean iguales) y el comportamiento quede justificado. En los casos de conflicto de bienes desiguales en que se salva el de mayor valor, el mal causado puede ser mayor si la diferencia de valor entre ellos no es lo suficientemente considerable como para que la perturbación del orden jurídico inherente a la acción típica no conduzca a ello (3). Esta tercera postura es la que va a ofrecer la base para las consideraciones que a continuación desarrollaremos. Pero antes de entrar en ellas conviene precisar algo más el punto de partida.

LOS, «Estado de necesidad», NEJ Seix, T. VIII, p. 904 ss.; FERRER SAMA, «Comentarios al Código Penal», T. I, 1946, p. 200 ss.; PUIG PEÑA, «Derecho Penal», T. I, V. I, 1959, p. 410 ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, «Notas al Tratado de Mezger», T. I, 1955, p. 450 ss.; LUZÓN DOMINGO, «Derecho Penal del TS», Parte General», T. I, 1964, p. 162 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», Parte General, 1979, p. 555-556; SÁNCHEZ TEJERINA, «Derecho Penal Español», T. I, 1950, p. 227; DEL ROSAL, «Tratado de Derecho Penal Español. Parte General», V. I, 1968, p. 832; RODRÍGUEZ MOURULLO, «La omisión de socorro en el CP», 1966, p. 230 y 271; CÓRDOBA RODA, «Culpabilidad y pena», 1977, p. 16-17; SAINZ CANTERO, «La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma en Derecho Penal», 1965, p. 122 ss.; MISMO AUTOR, «Las causas de inculpabilidad en el Código Penal Español», RGLJ, 1963, p. 60 ss.

(2) QUINTANO RIPOLLÉS, «Comentarios al CP», 1966, p. 111 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», Estudios Penales, 1976, p. 114; MISMO AUTOR, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español», 1979, p. 62-63; LUZÓN PEÑA, «Aspectos esenciales de la legítima defensa», 1978, p. 241 ss.

(3) MIR PUIG, «Adiciones de Derecho Español al Tratado de Jescheck», 1981, p. 504 ss.; MISMO AUTOR, «Problemas de estado de necesidad en el artículo 8, 7.º CP», Libro-Homenaje a Octavio Pérez-Vitoria (en prensa).

2. Es importante destacar que el fundamento de la causa de justificación de estado de necesidad tiene, en nuestra opinión, un carácter objetivo y social, no contratado únicamente en la protección de bienes jurídicos individuales, sino más bien en el mantenimiento de la paz jurídica o, más ampliamente, del «*statu quo*» ante. La posibilidad de que el mal que se trata de evitar con la actuación en estado de necesidad sea propio o *ajeno*, da entrada a todos los intereses de la colectividad, de modo que no se puede afirmar que tan sólo se defiendan intereses individuales (4). Pero es que, incluso, aunque los bienes a proteger sean en muchos casos de titularidad individual, el marco de dicha protección se fija como consecuencia de una valoración que ha tenido en cuenta no sólo la importancia respectiva del bien salvado y del lesionado con arreglo a las convicciones jurídicas del momento, sino también la propia trascendencia jurídico-social de la conducta necesaria en comparación con la del proceso (conducta humana o no) que ella pretendía evitar. De lo que resulta que, en principio, no se trata de salvar el bien más valioso, sino de solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del «*statu quo*», es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél.

3. Entronca perfectamente con este planteamiento global la exigencia del artículo 8, 7.º C. p. de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Que se hable de *males*, y no de *bienes* como parecía entender la doctrina dominante, encierra una cuestión de vital importancia (5). Porque frente a un planteamiento causal naturalístico anclado en la mera ponderación de los bienes lesionados, una perspectiva valorativa, como es la que corresponde a un término del cariz de «mal», debe examinar la pluralidad de aspectos y elementos concurrentes en la situación (6). Los baremos para una valoración tal, se obtendrán tanto del Código penal como de la Constitución del Estado, en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en el conocido

(4) En otro sentido, LUZÓN PEÑA, «Aspectos esenciales», cit. p. 69 ss. Aparte que es discutible que en el estado de necesidad no se afirme el Derecho, si se afirma un derecho individual, ¿qué diferencia hay entre esto y afirmar el ordenamiento jurídico, que no es sino un sistema de derechos?

(5) Vid. sobre todo esto, MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 504 ss.; del MISMO AUTOR, «Problemas», cit., I,4 b) y II,1., a).

(6) Así, CÓRDOBA RODA, «Comentarios al CP», I, 1972, p. 287. Los elementos concurrentes en la situación se valorarán con arreglo a consideraciones ético-sociales y político-jurídicas, según este autor, teniendo en cuenta especialmente la violación de la paz pública que la conducta típica lleva consigo. MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 507-508, entiende que hay que valorar la perturbación del orden jurídico y la ingerencia anormal en la esfera del lesionado que la lesión de un bien jurídico lleva consigo. De modo que la tipicidad (más grave la dolosa, menos, la imprudente) de la conducta es un dato a tener en cuenta para valorar el mal causado; e igualmente el grado de riesgo, la gravedad del daño previsto, etc. Aunque sigue teniéndose muy presente el valor de los bienes en juego. Pero no siempre es el factor decisivo.

caso de la Testigo de Jehová (7), habría que comparar por un lado el mal que supone la pérdida de la vida (vida que, en el caso, el individuo no estaba dispuesto a salvar a cualquier precio); y por el otro, una serie de factores: a) el mal derivado de la lesión de la libertad de decesión de la enferma; b) las convicciones religiosas que respaldaban tal decisión, convicciones que el Estado Español afirma respetar como Estado pluralista (8) y que resultan vulneradas si se opta, como en el caso se hizo, por la salvación de la vida; y c) los posibles peligros que, ex ante, presenta cualquier operación de este tipo.

4. Como habrá podido colegirse de lo hasta aquí apuntado, la materia ofrece una vertiente que puede calificarse como específicamente española. Y, en relación a ella, es posible constatar la existencia de un verdadero «estado de la cuestión», con puntos controvertidos y posiciones enfrentadas. Examinar algunos aspectos problemáticos de esta situación va a ser el objeto de las páginas siguientes, que, por ello, sólo cotnemplarán la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Concretamente, nos centraremos en cuatro cuestiones:

- a) El concepto de «mal».
- b) La acción necesaria.
- c) El requisito segundo: «Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el suejto».
- d) El requisito tercero: «Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.»

II

LA IDEA DE «MAL»

A) *Cuestión primera: el concepto. ¿En qué sentido debe entenderse el término «mal»? Los límites exteriores del concepto de «mal».*

1. El artículo 8, 7.º C. p. se sirve del término «mal» para designar aquello que se trata de evitar y aquello que se causa con la acción en estado de necesidad. Además, es la comparación entre lo uno y lo otro la que, según aclara el requisito primero del citado artículo, determina si el hecho está justificado o no (9). Dicho lo cual, resulta evidente la necesidad e importancia de todo intento

(7) Una enferma de la secta de los Testigos de Jehová, ante grave peligro para su vida, precisa de una transfusión de sangre. Ella y su marido, por razones morales, se niegan a autorizarla. El médico la practica. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente». ADPCP, 1979, p. 491-500.

(8) Art. 1, 1.º y art. 16, 3.º de la Constitución.

(9) Vid. sobre todo ello ampliamente MIR PUIG, «Problemas», cit., II,2.

clarificador y delimitador del concepto de mal en esta materia. En principio, queda relativamente claro que el *mal causado* por la conducta necesaria está constituido por la lesión de un bien jurídico de otra persona o la infracción de un deber. Y, para valorarlo, no basta con tener en cuenta el dato naturalístico de la existencia de un bien lesionado, sino que es preciso constatar también la perturbación del orden jurídico inherente a la tipicidad (positiva) penal. A continuación nos ocuparemos esencialmente de aquel otro mal, el que se trata de evitar. El peligro de la producción de este último constituye el presupuesto de la acción necesaria.

2. En la jurisprudencia del TS, el tema, en lo que concierne al conjunto de supuestos susceptibles de integrar el mal cuya amenaza es presupuesto de estado de necesidad, parece ir experimentando una evolución desde concepciones francamente restrictivas a otras de base más amplia. Son ejemplo de la primera tendencia las sentencias que, en casos análogos a los del clásico hurto familiar, consideran que es preciso un grave e inminente *peligro para la vida* del sujeto para poder reaccionar en estado de necesidad (el mal a evitar sería, pues, la muerte) (10). En otra esfera, pueden también citarse las que entienden que «en ningún caso el hecho de la concepción es un mal, ni tampoco el aumento de familia, que, de existir, puede atenderse institucionalmente» (11). Frente a tal estado de opinión, pueden constatarse algunos indicios de la evolución antes apuntada. Por un lado se estiman constitutivos de mal «la urgencia de los fuertes dolores» derivados de una enfermedad cancerosa e incluso los sufrimientos o trastornos surgidos en la crisis de abstinencia por drogadicción (12). Por otro lado, la más reciente jurisprudencia parece experimentar un giro en relación a cuál es el mal a evitar en los supuestos que responden al esquema del hurto familiar. Si antes se requería un peligro inminente para la vida ahora se señala textualmente: «lejos de esta Sala reputar indispensable que en tales casos el presupuesto necesitado se halle al borde de la extenuación o de perecer por inanición; ha de exigir, sin embargo, que no se trate de carencias leves, o de privación de lo superfluo, sino de *indigencia o de falta prolongada y total (...)* de medios de subsistencia» (13). El mal sería, pues, no la muerte sino la propia indigencia. Como puede observarse, se produce así una conversión de lo que antes no se consideraban sino indicios o expresiones del peligro de producción de un mal (la muerte), en males en sí mismos, lo que es importante por la ampliación del concepto de mal que conlleva. Permite, además, ubicar el peligro

(10) Así STS 22-1946 (A.1103); STS 1-III-1974 (A.1177); STS 3-XII-1976 (A.5229).

(11) STS 9-XI-1949 (A.1342); STS 9-12-1949; (A.78-1950); STS 29-V-1968 (A.2681). Aunque debe precisarse que están pensando en casos en que el aborto se produce por motivos económicos.

(12) Sentencias de 18-II-1963 (A.5084) y de 3-V-1974 (A.2079).

(13) STS 2-VII-1979 (A.2981).

inminente —como real presupuesto de la acción necesaria— en un estado anterior (el inmediatamente previo a la grave indigencia). Con todo ello el estado de necesidad justificante experimental, consiguientemente, una sustancial extensión de su ámbito de aplicación.

3. *En nuestra doctrina* han surgido básicamente dos opiniones sobre el concepto y ámbito del «mal». La primera de ellas entiende que el mal está integrado por un perjuicio para un bien jurídico, merecedor de un juicio desvalorativo de carácter *social*, pero que no precisa constituir un resultado *penalmente típico* (14). La segunda, en cambio, exige que el mal que se trata de evitar lesione un bien jurídico-penalmente protegido, sea un mal penalmente típico. Y por ello, porque si el bien que se trata de salvar no es un bien jurídico, penalmente protegido, entonces el mal causado (lesión de dicho bien) sería mayor que el que se trataba de evitar (15). Sin embargo, a esto se puede oponer que, independientemente de que lo último sea correcto (lo que es discutible), una cosa es que el mal no penalmente típico no sea «mal», en el sentido del artículo 8, 7.º C. p., y otra distinta que en tales casos el mal causado sea siempre mayor que el que se trataba de evitar. Esta última afirmación presupone lógicamente que se acepta la existencia en dichos supuestos de un «mal» a evitar.

4. *En nuestra opinión*, el mal que se trata de evitar no tiene por qué ser el resultado lesivo de un bien jurídicopenalmente protegido. Ello lo ha puesto de manifiesto el propio TS, al admitir en los casos antes citados que el hambre, el dolor o la angustia pueden integrar dicho concepto. El concepto de mal no puede, pues, estructurarse sobre la base de lo penalmente relevante a través de la tipicidad, sino partiendo de un enfoque jurídico-realista que surja de la esfera del Derecho pero atienda a la realidad social. No es posible apreciarlo desde una perspectiva *naturalista* (16), sino que es preciso traspasar un prisma valorativo que le dote de un contenido de sentido. Ni desde un punto de vista *idealista*, que entendiera que lo que se enfrenta —o pretende dar respuesta— a un mal, es —como antítesis de éste—, necesariamente un bien. Tampoco desde una perspectiva *meramente jurídica*, que obligaría a concluir que, en los casos en que amenaza un fenómeno natural, una cosa o un animal, un obrar en ausencia de acción, o atípico, el mal causado sería necesariamente mayor que el que se tratará de evitar: porque el «causado» lo ha de ser a través de una acción típica que, para el Derecho, reúne unos caracteres de gravedad de los que carecen las acciones atípicas. Aunque el elemento de perturbación del orden jurídico es un dato esencial a

(14) CORDOBA RODA, «Comentarios», cit., p. 276-277.

(15) LUZÓN PEÑA, «Aspectos esenciales...», cit., p. 529, nota 1430 y p. 530.

(16) Sin embargo, califica el mal que se trata de evitar como «naturalístico» RODRÍGUEZ MOURULLO, en CORDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentarios», cit., p. 311. Pero el mal causado es, según él, «jurídico»: *ibidem*.

la hora de determinar la entidad de los males en comparación, no es, pues, el único. Por último, tampoco es correcto un enfoque absolutamente *individualista*, que no parece adecuado al nivel de la antijuricidad, en que nos movemos.

5. Es precisa, por el contrario, una valoración jurídica atenta al real significado (jurídico-social) de las acciones y fenómenos en las relaciones humanas. Una valoración que partirá del Derecho pero contemplará las repercusiones de hechos y actos sobre los individuos y la sociedad en general. Desde esta perspectiva, es indudable que el dolor y el sufrimiento son males; pero también, en la realidad (y por tanto para el Derecho), causan males la ejecución de una pena privativa de libertad o el ejercicio de la legítima defensa. Por último, evidentemente, los causan también el intento de eludir el cumplimiento de la pena, o la reacción frente a quien se defiende legítimamente. El que en estas últimas situaciones se desestime correctamente la aplicación del Estado de necesidad no se debe, pues, a que falte el presupuesto de la amenaza de un mal. Dicho mal se da (p. ej., en la actuación de la defensa legítima). Lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico, atendiendo a la realidad social tantas veces aludida, estima, correcta y consecuentemente, que en ellas el mal causado es mayor que el que se trata de evitar.

6. Un concepto de mal tan ampliamente configurado es muy útil, pues permite apreciar en la comparación de males todos los elementos de la situación conflictiva con relevancia suficiente para ser tomados en consideración por un Derecho penal atento a la realidad social. Sólo de este modo se supera el planteamiento causal-naturalístico, consistente en la comparación estricta de los bienes lesionados, procedimiento de más sencilla factura pero que profundiza mucho menos en la real esencia del problema.

B) *Cuestión segunda: los caracteres. ¿Qué sentido tiene el adjetivo «ajeno»? Se trata de analizar la posibilidad de que en él se acojan no sólo los casos en que el amenazado por el mal sea un tercero: persona física o jurídica, sino también aquéllos en los que lo sea un ente suprapersonal.*

1. De ese mal que acabamos de delimitar, al menos aproximadamente, han predicado doctrina y jurisprudencia una serie de caracteres que lo califican como presupuesto de la eximente. Así, la realidad (17); la inminencia (18); la gravedad (19); la concreción

(17) Requisito 1.º del artículo 8, 7.º CP 1870 v artículo 60 CP 1928. Alguna jurisprudencia parece identificarlo con la gravedad e inminencia: STS 2-VII-1979 (A.2981). Otras lo aprecian más correctamente, como STS 9-VI-1936 (A.1293) y STS 23-I-1953. La doctrina más correcta es la de CÓRDOBA, op. cit., p. 273, que lo interpreta como determinación objetiva del peligro, independientemente de lo temido o imaginado.

(18) Es decir, un determinado grado de probabilidad de producción del resultado dañoso. Correctamente, CUELLÓ CALÓN, op. cit., p. 398; JIMÉNEZ

del peligro de que se produzca (20); y la injusticia o ilegitimidad (21). En ninguno de ellos vamos a detenernos. Sí, sin embargo, en la única característica legalmente contemplada; el mal puede ser propio o *ajeno* (caso del llamado «auxilio necesario»).

2. Aceptada la general amplitud del auxilio necesario, puesto que nos hallamos en el ámbito de la justificación (22); el único problema que se plantea es el siguiente: si es posible extender la aplicación de dicho auxilio necesario a los casos en que quien necesita la ayuda no es un tercer individuo, ni siquiera la Administración del Estado u otras Administraciones Públicas como personas jurídicas, sino la sociedad en general o el Estado como ente político. Es decir, si el término «ajeno» engloba también las titularidades colectivas o suprapersonales. Luzón Peña, con importantes argumentos, niega correctamente que las agresiones a tales bienes puedan ser presupuesto de la legítima defensa (23). Pero es posible sostener convicentemente que los males que amenazan a tales bienes pueden dar lugar a que una persona individual reaccione frente a ellos en auxilio necesario. Efectivamente, los límites de proporcionalidad característicos del estado de necesidad evitan los riesgos expuestos en el primer y segundo argumento esgrimidos

DE ASÚA, op. cit., p. 384-385; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 911 y 916; SÁNCHEZ TEJERINA, op. cit., p. 230-231; CÓRDOBA RODA, «Comentarios» I, cit., p. 275-276. La jurisprudencia es amplísima y unánime. Desde la STS 16-IX-1934 (A.1692) hasta la STS 26-X-1979 (A.3753), todas las sentencias consultadas que se ocupan del tema van en este sentido.

(19) Con este requisito se trata de colocar un necesario límite inferior, cuantitativo y cualitativo, a la entidad del mal que amenace. Cfr., para los criterios de valoración de la Jurisprudencia, STS 5-II-1974 (A.380); STS 24-IX-1974 (A.3404); STS 3-XIII-1976 (A.5229) y STS 26-X-1979 (A.3753). En la doctrina, cfr. ANTÓN ONECA, op. cit., p. 263; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 398; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 387; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 916.

(20) Este requisito lo exige, por ejemplo, la STS 31-X-1978 (A. 3360).

(21) ANTÓN ONECA, op. cit., p. 267; SÁNCHEZ TEJERINA, op. cit., p. 230; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 398; DÍAZ PALOS, op. cit., 912 y 916; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 384. STS 5-II-1974 (A.380) y STS 28-VI-1976 (A.3260). Parten de la perspectiva idealista de que el mal desaparece como tal por su juridicidad (al ser justificado), cuando lo cierto es que subsiste. Cosa distinta es que, al reaccionar contra ese mal real, el sujeto cause un mal mayor, como ocurrirá normalmente en estos casos, y no quede justificado. Además, es evidente que los males que provienen de fenómenos naturales, cosas o animales, en ningún caso pueden considerarse injustos. El Derecho penal sólo puede prohibir conductas humanas, nunca resultados en cuanto tales. Cfr. MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», 1979, p. 43. Aunque éstos se valoren de modo negativo y, por ello, sean calificados por el Derecho precisamente de «males». Cfr. LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 321.

(22) Vid. MIR PUIG, «Problemas», cit., I,3,b) y II,1,b) aa) Aunque la doctrina que se basa en una concepción diferenciadora del artículo 8, 7.º CP distingue entre los casos que considera justificados y los que estima meramente exculpados. Cfr. por todos, ANTÓN ONECA, op. cit., p. 272.

(23) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 543; también MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 479, que añade el argumento gramatical del artículo 8, 6.º CP.

por Luzón (24). Y los propios caracteres que unánimemente se exigen a la situación de peligro permiten superar los obstáculos aludidos en tercer lugar (25).

3. Pero, además, justifican esta mayor amplitud del estado de necesidad con respecto a la legítima defensa algunos argumentos positivos. Así, *gramaticalmente*, ajeno puede entenderse perfectamente como «lo que no es propio de una persona» (*alienum* por oposición a *suum*), y no es necesario que lo ajeno sea «de otra persona» (26). *Sistemáticamente*, el concepto de ajenidad en los delitos contra el patrimonio no requiere que los bienes sean del dominio o posesión de otra persona, sino simplemente que no pertenezcan al sujeto activo (27). Abarca, por consiguiente, bienes demaniales o comunales, bienes que, teniendo dueño, no lo individualizan en una persona física o jurídica. Desde una perspectiva *político-criminal*, es correcto extender el ámbito del estado de necesidad justificante más allá de lo que se permite para la legítima defensa, puesto que en él existe el importante margen de garantía de no causar un mal mayor que el que se trata de evitar. En efecto, nada se opone a ello, siempre que sean respetados los estrictos límites de proporcionalidad que evitan los gravísimos riesgos inherentes a una actuación en este sentido, y resulte en definitiva beneficiado el principio de la paz jurídica. Existe, además, el dato de la omisión. Las omisiones propias y ciertos casos de comisión por omisión, son excluidos del concepto de agresión ilegítima (presupuesto de la legítima defensa) porque, a pesar de ser penalmente antijurídicos, no ponen en peligro bienes jurídicos individuales, sino a lo sumo supraindividuales, y la agresión ha de dirigirse contra bienes individuales (28). Sólo en estado de necesidad, pues, puede tratarse de impedir tales comportamientos, y, si no se aceptara la interpretación propuesta, faltaría toda posibilidad de reacción justificada frente a los mismos.

4. Todo lo dicho supone trasladar la resolución definitiva de gran número de problemas a la comparación de males, una vez determinado que el supuesto peligro era todo lo real, grave e inminente que exige la aplicación de la eximente. Será, pues, en el ámbito del requisito primero del artículo 8, 7.º C. p. donde deberá contemplarse la difícil cuestión de comparar males de tan compleja valoración en la práctica como, por ejemplo desórdenes pú-

(24) *Ibidem*.

(25) *Ibidem*.

(26) E incluso, aunque se entendiera que el sentido literal posible del término no cubre tales supuestos, siempre queda el recurso a la analogía «*in bonam partem*».

(27) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, «Derecho penal. Parte Especial», 2.ª edición. Sevilla, 1976, p. 162. QUINTANO RIPOLLÉS, «Tratado de la Parte Especial del Derecho penal», T. II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento, 2.ª edic., puesta al día por García Valdés, 1977, p. 118 y 120.

(28) Así, MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 477-478. LUZÓN PEÑA, op. cit., páginas 160-161.

blicos, peligros de golpe de estado, amenazas para la soberanía e integridad del Estado, etc. Pero, teóricamente, nada se opone a ello (29).

C) *Cuestión tercera: las conductas constitutivas. Algunos de los fenómenos o comportamientos que pueden constituir el mal que se trata de evitar.*

1. De la amplia concepción del «mal» antes sentada se deriva que pueden integrar el sentido literal posible de dicho término una pluralidad de fenómenos y conductas. Así, fenómenos naturales: agresiones de animales o cosas, en los que ni siquiera concurre el obrar de un hombre; «actionis hominis» que, sin embargo, no pueden calificarse como «acciones humanae» (comportamientos), por existir una causa de exclusión de la acción; comportamientos atípicos; justificados; y también típicamente antijurídicos. Todo este elenco de posibilidades plantea, sin duda, numerosos problemas, de los cuales sólo nos ocuparemos de alguno, brevemente.

2. En los supuestos de agresiones de cosas y animales, suele considerarse que es posible reaccionar frente a ellas en estado de necesidad (30). No obstante, Luzón Peña entiende que el principio de proporcionalidad que preside esta eximente es un inconveniente para la más satisfactoria resolución de este tipo de cuestiones. Por eso propone «de lege ferenda» la introducción en nuestro ordenamiento de un precepto análogo al del parágrafo 228 BGB (Código civil alemán), que en casos como los aludidos permite sobrepasar la proporcionalidad, siempre que se reaccione contra la fuente de peligro, sea necesario para repeler el ataque y la desproporción no sea manifiesta. Pero su propuesta no se circunscribe a las agresiones de animales o cosas, sino que pretende extender tal régimen a las situaciones en que la agresión procede de un hombre en determinadas circunstancias, como por ejemplo, ausencia de acción, o de dolo (31).

a) En los casos de *ataques de animales o cosas* deben distinguirse dos situaciones. Si el bien amenazado es un bien personal del sujeto, la solución puede radicar en las respectivas valoraciones, la atribuida al bien personal en peligro y al elemento amenazante. En la gran mayoría de las ocasiones, la valoración se inclinará decididamente del lado del sujeto activo, de modo que el

(29) En este sentido se manifiesta MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 479, nota 22. y «Problemas», cit., II.1.b) bb). Pero no está tan claro en la jurisprudencia o en otros autores. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 376-379; ANTON ONECA, op. cit., p. 272; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 402; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 911 y 915; FERRER SAMA, op. cit., p. 285-286. Además STS 8-VI-1935 (A. 1175) y 28-VI-1976 (A.3260), entre otras.

(30) Así, FERRER SAMA, op. cit., p. 178; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 112; SÁNCHEZ TEJERINA, op. cit., p. 224; PUIG PEÑA, op. cit., p. 343; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 364; recientemente, LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 323-324.

(31) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 325.

esquema del artículo 8, 7.º C. p. podría seguir siendo adecuado. Si el bien amenazado no es un bien personal del sujeto, sino patrimonial, por ejemplo, la situación cambia. Porque es posible que, en algunos de estos casos, el daño necesario represente, según la valoración efectuada, un mal mayor que el que se trata de evitar; y sin embargo, puede pensarse por un lado que el sujeto agredido no tiene por qué limitarse a la proporcionalidad si reacciona contra lo que le agrede. Pero, por otro, cuando la cosa o animal tengan un propietario, el hecho de que el sujeto haya sido agredido por ellos, no borra el hecho de que la reacción se produce contra un bien de otro sujeto, sujeto que no ha agredido; podría, pues, justificarse, en tales supuestos, el mantenimiento de la proporcionalidad. En todo caso, mientras que en el grupo anterior las soluciones podían ser satisfactorias en la mayoría de los casos, no parece que vaya a ocurrir lo mismo aquí. Por todo ello, en principio, no parece posible descartar, para el conjunto de hipótesis, la reforma propuesta por Luzón.

b) El problema se plantea, en cambio, bajo otro signo en los casos de hechos de *un hombre en ausencia de acción*. Pensemos, por ejemplo, en la situación del hipnotizado, que agrede a un tercero cumpliendo la voluntad del hipnotizador. Aquí, en rigor, el único agresor (además, ilegítimo), el verdadero creador del peligro, es el hipnotizador, en autoría mediata. Y el hipnotizado, en inconsciencia, bajo fuerza irresistible, es tan ajeno a la agresión como aquel a quien amenaza. Por lo que, si este último reacciona contra él, nos encontraremos ante una «defensa que recae sobre tercero» (32), que debe ajustarse a los límites del estado de necesidad. Conclusión que es coherente con la opinión de Luzón de que sólo quepa estado de necesidad al reaccionar contra el animal que ataca azuzado por un tercero que no es su dueño (33). Los demás casos de ausencia de acción (fuerza irresistible sin un tercero detrás, actos reflejos, inconsciencia) no son, en nuestra opinión, sustancialmente diferentes del ejemplo expuesto. En todos ellos, en rigor, no cabe hablar de «agresión» del hombre, sino de que una fuerza que él no controla agrede a través de él, que es tan ajeno al peligro que por su intermedio se produce como quien lo sufre. Por supuesto, quedan fuera de esta consideración las situaciones de «acto libera in causa» dolosa o imprudente. Según lo dicho no parece conveniente la introducción de un precepto análogo al del parágrafo 228 BGB para los casos de ausencia de acción. ¿Qué es lo que explica la diferencia entre este grupo de casos y los anteriormente examinados de animales o cosas? Consideramos que, mientras que la actuación instintiva es la normal al animal, la que define su naturaleza, y es normal que las cosas se rijan por las leyes físicas (inercia, gravedad, etc.), la acción, la posibilidad de control voluntario, es lo normal al hombre. En los casos de ausen-

(32) MIR PUIG, «Problemas», cit., I, a) dd).

(33) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 331-332.

cia de acción no puede hablarse, según creemos, de que el hombre en tal situación sea la fuente del peligro producido, sino de que el peligro tiene un origen ajeno a la propia personalidad controlable, aunque opere a través de él. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un individuo que, perdiendo el conocimiento, va a caer sobre otro con peligro de producirle lesiones. Parece innegable la exigencia de proporcionalidad en todo este tipo de conflictos. En cambio, podría ser positiva la introducción de un precepto como el propuesto por Luzón, en los casos de agresiones penalmente atípicas (ilícitos civiles, p. ej.), siempre que se estimara, como él, que tales agresiones no constituyen agresiones ilegítimas que den lugar, por tanto, a la legítima defensa (33 bis).

3. Otras dificultades surgen en el ámbito de los *comportamientos justificados* que pueden ser presupuesto de una reacción en estado de necesidad. Dentro de las causas de justificación suele distinguirse entre aquéllas que suponen una mera declaración de la conducta como no prohibida y aquéllas que, además, conllevan una valoración positiva de la misma por el Derecho (34). La doctrina suele citar, como ejemplos paradigmáticos, para el primer caso, el estado de necesidad entre bienes iguales y, para el segundo, la legítima defensa o el cumplimiento de un deber. Antes señalábamos que la legítima defensa causa un «mal»; ahora añadimos que la acción que causa dicho mal es valorada positivamente por el Derecho. La valoración positiva de la acción no borra el carácter de «mal» de la lesión del bien jurídico, sino que es consecuencia de entender —aquí también— que el mal que se ha causado es menor que el que se ha evitado: que el agresor consiguiera su propósito (en el caso de la legítima defensa) o la impunidad del delincuente, entre otros (en la imposición y ejecución de la pena privativa de libertad, como caso de cumplimiento del deber). Dicho todo esto, parece claro que cualquier hipotética reacción en estado de necesidad frente a la legítima defensa causará, al tratar de conmovir esa situación valorada positivamente, un mal mayor que el que trataba de evitar, con lo que no podrá quedar justificada. Es, pues, como ya antes apuntábamos, esta valoración y no la ausencia de un «mal» a evitar, lo que excluye en tales casos la justificación por estado de necesidad. Lo mismo ocurre cuando se pretende reaccionar frente a una actuación en estado de necesidad del artículo 8, 7.º C. p. (justificante). También éste es valorado positivamente, y por tanto, aunque el que reacciona frente a él lo haga para evitar un «mal» (lo cual está aquí mucho más claro, pues incluso lo dice literalmente la ley), el mal causado superaría al que se trataba de evitar: el sujeto no resultaría eximido en base al propio artículo 8, 7.º C. p. (35). El mismo esquema puede aplicarse a las demás causas de justificación. Tan sólo la

(33 bis) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 195 ss.

(34) LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 113 ss. GIMBERNAT, «Estudios», cit., p. 119.

(35) Vid. para esto MIR PUIG, «Problemas», cit., II,1., a) cc).

obediencia debida —si se considera, como aquí hacemos, causa de justificación (36)— supone una excepción a este planteamiento. Pero se debe simplemente a su estructura. En efecto, en este supuesto nos hallamos ante una agresión antijurídica en autoría mediata con un instrumento que actúa justificadamente. Si el agredido, en lugar de defenderse contra el agresor (el que dictó la orden), lo hace contra un tercero (el subordinado que la cumple al no ser aquélla manifiestamente antijurídica) se produce una situación de legítima defensa que recae sobre tercero, que se rige por los límites del estado de necesidad. Cabe, pues, reaccionar frente a la obediencia debida en estado de necesidad del artículo 8, 7.º C. p.: La diferencia con respecto a las reacciones frente a otras causas de justificación radica en que aquí no se excluye «ab initio» la posibilidad de que el mal causado sea menor o igual que el que se trataba de evitar, pudiendo quedar consiguientemente justificado el comportamiento del sujeto.

III

LA ACCION NECESARIA

1. La acción típica en estado de necesidad, y que éste eventualmente justificará, aparece descrita en el texto del artículo 8, 7.º con la expresión «lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber». Lo primero que se advierte al examinar dicho enunciado es que permite una amplitud general, de modo que en estado de necesidad podrá lesionarse cualquier bien jurídico, porque el artículo no impone limitación alguna. Así se pronuncia toda la doctrina (37). Otra ha sido, en cambio, la opinión de nuestra jurisprudencia en algunos casos. En efecto, puede observarse en ella una cierta resistencia a apreciar el estado de necesidad justificante en supuestos en que se lesiona algún bien jurídico-público o de titularidad estatal (38). Tal concepción resulta infundada.

2. En nuestra opinión, *mediante la actuación en estado de necesidad es posible lesionar no sólo bienes jurídicos de otras personas, físicas o jurídicas (entre ellas, las Administraciones Públicas), sino también bienes de titularidad suprapersonal (de la sociedad o del Estado como ente político)*. Desde luego, una perspectiva político-criminal no ofrece obstáculos a tal conclusión, dados los

(36) Vid. sobre el tema, QUERALT JIMÉNEZ, «La obediencia debida en el C. p. Análisis de una causa de justificación». Tesis doctoral inédita. Bellaterra, 1982. Passim y par. 12, III.

(37) Vid., por todos, DÍAZ PALOS, op. cit., p. 915.

(38) Así, la STS 17-I-1961 (A.209) señala que la Sala no permite hacer valer el estado de necesidad frente al Estado, pues ello entronizaría la anarquía en la Administración Pública. Vid. también STS 22-X-1941 (A.1184); STS 9-XII-1944 (A.1318); STS 28-II-1962 (A.862). La primera de ellas es relativa a un delito de usurpación de funciones públicas.

límites de proporcionalidad que en todo caso presiden la aplicación de la eximente. En lo que sigue nos proponemos mostrar que también es correcta para un enfoque *dogmático*, en cuanto no desborda el sentido literal posible de la expresión «lesiona un bien jurídico o infringe un deber». El mismo puede descomponerse en dos conductas: A) lesiona un bien jurídico de otra persona; y B) infringe un deber.

3. A) Si tan sólo se contemplara la primera de ellas, esto efectivamente permitiría amparar en el estado de necesidad comportamientos típicos positivamente contra los bienes de la Administración del Estado y las demás Administraciones Públicas, como personas jurídicas que son, pero contra los del Estado u otros entes políticos, ni contra los bienes suprapersonales en general. Porque se exige claramente el bien lesionado sea *de otra persona*.

B) Pero también se habla de la infracción de un deber. El origen histórico de esta parte del artículo revela que los legisladores, al introducirla en el artículo 8, 7.º C. p., pensaban sobre todo en la infracción de deberes de actuar que se produce por omisión (39), y no en el caso inverso. Mas lo cierto es que tal pretensión subjetiva de los legisladores no se ha visto plasmada en el texto de la ley, que, al hablar simplemente de infracción de deberes, abarca los de uno y otro signo: deberes de actuar que se infringen por omisión, y deberes de no actuar que se infringen actuando. Sobre la expresión «infringe un deber» cabe hacer las siguientes precisiones:

a) No nos hallamos ante una expresión superflua (40). Ciertamente, es posible sostener que engloba el anterior enunciado de «lesiona un bien jurídico de otra persona». ¿Por qué? Porque el Derecho penal sólo se justifica por la protección fragmentaria de bienes jurídicos. Es, consiguientemente, impensable la imposición de un deber que no tenga por objeto la protección de un bien jurídico, y la infracción de un deber que no se produzca a través de la lesión de un bien jurídico. Sin embargo, la expresión legal examinada no constituye una simple reiteración. En efecto, aquí no se da el límite de que los bienes lesionados hayan de ser de *otra persona*. Por esta vía cabe, pues, admitir la posibilidad de que en estado de necesidad se lesionan bienes de titularidad suprapersonal. Ello es, como antes apuntábamos, dogmáticamente posible, porque no se rebasa el sentido literal posible de la expresión. Y políticocriminalmente conveniente, ya que, manteniendo la

(39) Cfr. la Base 2.ª, párrafo 2.º de la Ley de 8-XI-1932 de Bases para la reforma del Código penal. La reforma del artículo en el sentido expuesto permitía la derogación del texto contenido en el artículo 8,13.º del Cp de 1870 y en el artículo 61,3.º del Cp. de 1928, que eximía de responsabilidad criminal a «El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima e insuperable».

(40) Sin embargo, CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 277, así lo estima. Seguramente no tiene en cuenta que se exige que se lesione un bien jurídico *de otra persona*.

garantía que ofrece el principio de proporcionalidad, es satisfactorio que en estado de necesidad puedan lesionarse bienes de cualesquiera titulares.

b) Pero es preciso determinar cuál es ese *deber* que se infringe al lesionar, en estado de necesidad, bienes jurídicamente protegidos. Según la teoría finalista, la actuación típica, pero justificada, infringe la norma penal abstracta, pero nunca el deber jurídico concreto que de ella deriva. Para la teoría de los elementos negativos del tipo, aquí acogida, la tipicidad positiva ni siquiera es suficiente para infringir la norma penal. Esta sólo resulta infringida por la realización del tipo total de injusto, es decir, por un comportamiento lesivo de bienes jurídicopenalmente protegidos y no justificado (41). No es éste, pues, el camino de determinar la naturaleza de ese deber que resulta infringido, puesto que, concurriendo estado de necesidad justificante, nunca habrá infracción de un deber en el sentido *concreto* indicado.

c) Y no lo habrá, porque es imposible que una conducta justificada infrinja realmente deber jurídico alguno. La expresión «infringe un deber», si se entiende en sentido jurídico-concreto, es, pues, incorrecta. Pero, desde una perspectiva puramente constructiva y analítica, es posible apreciar en la conducta justificada un momento *lógico-abstracto de infracción* (que devendrá real en otros supuestos como el que examinemos, pero no justificados), que luego, en el momento *jurídico-concreto* no existe. Sólo en ese sentido lógico-abstracto, y nunca en sentido jurídico-real, puede entenderse la expresión «infringe un deber». La norma penal no resulta, pues, infringida por tales conductas, pues es absurdo que alguien que actúa justificadamente realice al mismo tiempo el supuesto de hecho de una norma prohibitiva. ¿Cuáles serán esos deberes que, a *nivel lógico-abstracto*, podrían considerarse infringidos por la conducta justificada? En los delitos imprudentes justificados puede distinguirse un momento lógico abstracto de infracción de la *norma (deber) de cuidado*, que no se dará en el caso si la situación concreta justifica el comportamiento del sujeto. Algo parecido ocurre en los delitos de omisión; aun en los casos de concurrencia de una causa de justificación, puede hablarse, siempre a ese nivel lógico (y no jurídico) de la infracción de un deber de actuar. En los delitos dolosos de resultado, para la imputación objetiva del resultado al sujeto no basta con la causación dolosa del aquél por éste, sino que es preciso que la conducta del sujeto introduzca un riesgo jurídicamente desaprobado (no permitido) de producción de ese concreto resultado. Si no hay infracción de la diligencia debida por el autor —el riesgo introducido es lícito— no cabe la imputación. Pero también aquí puede —a nivel analítico—

(41) Vid., sobre la teoría finalista, WELZEL, «Derecho penal Alemán», 11 edic. (trad. Bustos-Yáñez), p. 74-76 y 117-118. Sobre la teoría de los elementos negativos del tipo, vid. JESCHECK, «Tratado de Derecho penal (trad. Mir-Muñoz Conde), 1981, p. 338 ss.

separarse un primer momento abstracto de introducción de un tal riesgo, que sin embargo en el caso concreto queda justificado, por lo que no es jurídicamente desaprobado. Y otro tanto puede decirse de los delitos dolosos de mera actividad. En conclusión: En los tres casos examinados, el investigador puede analizar la situación y, diseccionándola, distinguir ambos momentos. Pero la distinción, útil a efectos constructivos, es irreal y artificiosa, pues, en la realidad, la situación es una, y, tratándose de la concurrencia de una causa de justificación, no puede hablarse, *jurídicamente*, de infracción de deber alguno. En el artículo 8, 7.º C. p. lo que se quiere decir es que el sujeto *infringiría un deber si su conducta no fuera amparada por el estado de necesidad* que el texto legal define (o por cualquier otra causa de justificación) y la expresión literal es otra por razones obvias de técnica y simplicidad legislativa.

d) La expresión «lesiona un bien jurídico de otra persona», aceptado todo lo expuesto más arriba, podría, pues, considerarse englobada en la de «infringe un deber». Para mantener, sin embargo, un sentido en cada una de las componentes del enunciado legal, puede entenderse que la primera engloba las lesiones de bienes de titularidad personal y la segunda, además, las de los bienes de titularidad suprapersonal. En cualquier caso, es posible alcanzar la conclusión que nos proponíamos al principio.

4. A pesar de haber hecho alguna breve referencia anteriormente, conviene considerar aquí los casos en que el que actúa en estado de necesidad lo hace a través de una *conducta imprudente*. Porque la posibilidad de que tales conductas sean justificadas, dándose los demás requisitos, por la eximente del artículo 8, 7.º C. p. no ha sido siempre unánimemente aceptada. Una importante corriente jurisprudencial ha venido sistemáticamente desestimándolo por entender que el estado de necesidad es inaplicable a los delitos imprudentes (42). La razón alegada es la siguiente: que el estado de necesidad, al descansar en la lesión voluntaria de un derecho para salvar otro de rango preferente, no tendría aplicación en los delitos de imprudencia porque en ellos los daños se producen sin la voluntad o intención del agente (43). A esta corriente cabe objetar, como hace Córdoba (44), que su criterio responde a una

(42) Pero tal doctrina no siempre se ha sentado en casos de verdadera actuación imprudente en estado de necesidad. Cfr. STS 8-XI-1951 (A.2228); STS 13-XII-1951 (A.2476), caso de provocación imprudente en la situación de necesidad; STS 11-XII-1952 (A.2624), id.; STS 24-I-1953 (A.2258), id.; STS 28-IX-1957 (A.2422), id.; STS 1-II-1960 (A. 251), id.; STS 30-I-1960 (A.244), id.; STS 26-I-1968 (A.643), id., entre otras muchas. En cambio, hay sentencias en que tal doctrina coincide con una verdadera actuación imprudente en estado de necesidad. Así, STS 23-VI-1955 (A.1848), en que el sujeto conduce a velocidad excesiva para llevar a su padre a un hospital antituberculoso, o STS 16-IV-1962 (A.1828), en que un taxista circula imprudentemente para llevar a un hospital a una persona con fuertes dolores por fractura de clavícula.

(43) Cfr. STS 30-I-1960.

(44) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 283.

desacertada comprensión de la estructura de la imprudencia (45). Ello es, efectivamente, así. Como el mismo autor afirma, en la imprudencia concurre un actuar jurídicamente relevante, cual es la voluntad dirigida a infringir la norma de cuidado (46). Esto es lo esencial. Lo que el sujeto realiza impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, es infringir la norma de cuidado poniendo en peligro uno o varios bienes jurídicos (47). Por ello puede correctamente apuntarse que en la actuación imprudente en estado de necesidad lo esencial —el momento relevante— es la infracción de un deber (el deber de cuidado) para evitar un mal propio o ajeno. De modo que, si el enunciado legal sólo contemplara el «lesionar un bien jurídico de otra persona», sería discutible que tal actuación imprudente cupiera en el texto del artículo 8, 7.º C. p. sin recurrir a la analogía, puesto que en la imprudencia no se lesiona un bien jurídico «impulsado» por nada, ni «para» nada. Tal lesión no es en estos casos el medio para evitar el mal, sino que el medio lo constituye la conducta imprudente en sí misma. Por eso, la adición de la expresión relativa a la infracción del deber es importante en este punto.

IV

LA AUSENCIA DE PROVOCACION INTENCIONADA

El requisito segundo del artículo 8, 7.º C. p. exige, para eximir completamente de responsabilidad, «que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto». Una

(45) Es posible que también haya tenido incidencia en la posición adoptada por la jurisprudencia ante el tema una confusión. La que a veces parece experimentar nuestro TS entre actuación imprudente en estado de necesidad y provocación imprudente de la situación de necesidad, a la que sigue una actuación normalmente dolosa, en estado de necesidad. Efectivamente, la doctrina de la inaplicabilidad del estado de necesidad a los delitos culposos se ha ido configurando a través de casos que, en su mayoría se refieren a provocación imprudente de la situación de necesidad. Como en tales casos, la solución en general correcta (dejando aquí aparte la fundamentación, que en su momento veremos) es castigar por imprudencia, ello puede haber contribuido al confusionismo del TS en este ámbito. Cfr. STS 27-III-1969 (A.1727); además, STS 24-X-1958 (A.3047); STS 2-VII-1960 (A.2551); STS 17-IV-1961 (A.1336); STS 10-X-1964 (A.4255); TS 4-V-1965 (A.2050). En cambio, parece distinguir claramente la STS 15-VI-1971 (A.2877).

(46) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 284-285.

(47) La STS 29-X-1976:

a) Constata la resistencia anterior a aplicar el estado de necesidad en los delitos culposos, pero señala que, *recientemente, se ha admitido la operatividad del estado de necesidad en los mismos, pues en el comportamiento culposo, si bien falta la voluntad proyectada sobre el evento, existe sin embargo para lesionar la norma de cuidado, al actuar voluntariamente, sin cautelas, con falta de atención o negligentemente. Supone, pues, un cambio con respecto a la doctrina tradicional.*

toma de posición en torno a las cuestiones fundamentales que aquí se plantean requiere la previa aclaración del confuso panorama de la doctrina y jurisprudencia que se han pronunciado sobre el tema.

1. En relación al *carácter* de la provocación, las opiniones doctrinales y jurisprudenciales pueden clasificarse de la siguiente manera:

A) *Teoría de la voluntad natural*.—Una corriente jurisprudencial, seguramente todavía mayoritaria, entiende que el requisito pretende garantizar que el estado de necesidad sea naturalmente producido, de modo que basta la presencia de una voluntad humana en la provocación —sea cual fuere su contenido—, para estimarlo infringido. Que concorra dolo o imprudencia es, pues, indiferente a estos efectos (48).

B) *Teoría de la provocación dolosa*.—Es ésta la postura dominante en nuestra doctrina en la actualidad. Y empieza a ser acogida en los últimos años por la jurisprudencia. Según esta corriente, provocación intencionada quiere decir provocación dolosa, por lo que sólo en estos casos resultaría infringido el requisito (49). Aunque se discrepa acerca de si son englobadas todas las clases de dolo o no (50).

b) Pero hasta ella ha llegado la confusión que antes referíamos (nota 45). Pues comienza hablando de cómo la doctrina de la Sala ha evolucionado hacia la admisión del estado de necesidad en los delitos culposos, en un caso en que la actuación era dolosa (un conductor, para esquivar a un peatón choca con un turismo que viene de frente), pero la situación había sido imprudentemente provocada por el exceso de velocidad.

Vid. STS 29-X-1976 (A.4365).

(48) Cfr., entre otras, STS 10-IX-1934 (A.1684) que exige que el estado de necesidad surja de «acontecimientos extraños a la voluntad»; STS 3-V-1941 (A.474): para infringir el requisito basta con que la provocación provenga de «actos propios y emanados de la voluntad»; STS 7-XII-1950 (A.1650): el estado de necesidad debe surgir de «causas extrañas e independientes de la voluntad, ajenas a vagancias y vicios» para que se aplique la eximente completa; STS 21-I-1954 (A.30); STS 14-XII-1956 (A.3731); STS 30-X-1957 (A.2706); STS 24-X-1958 (A.3047); STS 2-IV-1959 (A.1295); STS 2-VII-1960 (A.2551); STS 17-IV-1961 (A.1336); STS 10-X-1964 (A.4225); STS 26-I-1968 (A.643); STS 21-IV-1970 (A.1878); STS 27-VI-1973 (A.2915); STS 5-II-1974 (A.380), y STS 29-IX-1978 (A.2948).

(49) ANTÓN ONECA, op. cit., p. 268; CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 296; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 403; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 916; FERRER SAMA, op. cit., p. 204; GIMBERNAT ORDEIG, «Introducción», p. 64; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 389-393; QUINTANO, op. cit., p. 111 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., p. 547. STS 3-V-1974 (A.2079); STS 28-VI-1976 (A.3260): el requisito segundo «excluye la eximente si ha sido provocada intencionadamente por el sujeto (por lo que aún puede amparar el estado de necesidad si la causa de la colisión fue meramente culposa)»; STS 29-X-1976 (A.4365): «incluso en las situaciones de necesidad provocadas por culpa propia... cabe hacer actuar dicha eximente, pues el requisito segundo del artículo 8, 7.º, lo permite al referirse a que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente, y la culpa está fuera de esta querida provocación» (esta última, en un caso de circulación); STS 13-I-1976 (A.4732), y STS 2-VII-1979 (A.2981).

(50) La mayoría lo concibe en sentido amplio. En sentido excluyente del dolo eventual, PUIG PEÑA, op. cit., p. 340.

C) *Teoría de la actio illicita in causa.*—Algunos autores profundizan en lo apuntado por la corriente anterior, tratando de fundamentar el castigo por imprudencia del sujeto provocador imprudente que resulta, consiguientemente, amparado por un estado de necesidad completo. Para ello, entienden que estos casos el proceso causal debe dividirse en fases, la última de las cuales es la justificada. Pero permanece una conducta culposa inicial y un resultado consecuencia de aquélla, por lo que el comportamiento del sujeto debe ser punible a título de imprudencia (51). Esta fundamentación también parece haber sido acogida por alguna sentencia, aunque no con claridad (51 bis). En nuestra opinión, con las matices que luego haremos, ésta es la opinión correcta.

La clasificación de las corrientes jurisprudenciales realizada en los tres apartados anteriores no debe llevar a engaño. Lo cierto es que, tras la diversidad de las afirmaciones de índole doctrinal se oculta una total uniformidad en la resolución por parte del TS de los conflictivos casos de provocación imprudente de la situación de necesidad. En tales casos, *siempre* se ha castigado y se castiga al sujeto por un delito imprudente, independientemente de la fundamentación que para ello se de. La STS 15-VI-1971 (A. 2877) parece haber tratado de fundamentar con arreglo a la teoría del «actio illicita in causa» lo que el Tribunal Supremo no ha dejado nunca de hacer (52).

(51) Ejemplo: Fase 1) A conduce imprudentemente, por la izquierda. De pronto ve frente a sí a un ciclista. Fase 2) Para evitar atropellarlo, se dirige (dolosamente) contra la acera, produciendo unos daños. Esta segunda fase está justificada completamente por estado de necesidad. Pero subsiste la relación «imprudencia inicial-resultado»: luego, pena correspondiente será la de los daños imprudentes. La idea parecía estar ya, en parte, presente en LUZÓN DOMINGO, op. cit., p. 204 ss.; PUIG PEÑA, op. cit., p. 410 ss. SÁNCHEZ TEJERINA, op. cit., p. 231. MIR PUIG lo expone recientemente fundamentándolo dogmáticamente y ajustándolo al esquema de la «actio illicita in causa». Vid. «Problemas», cit., III,1. Vid. también sobre el tema, GIMBERNAT ORDEIG, «Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención», 1975, p. 123.

(51 bis) STS 15-VI-1971 (A.2877): El requisito segundo del artículo 8, 7.º, beneficia de la justificación «...a los que provocan culposamente la situación o estado de necesidad, pero bien entendido que si la acción provocadora constituye ya un delito o pone ya en peligro los intereses jurídicos ajenos, deberá ser sancionada como tal por ser distinta y anterior a la acción necesaria, única amparada por la exención». Se exige la conexión causal de esa culpa inicial con el resultado y se condena por imprudencia.

(52) El grupo de sentencias que entiende que la provocación imprudente infringe el requisito 2.º del artículo 8, 7.º Cp, castiga de todos modos al sujeto activo por imprudencia, entendiéndolo inaplicable tanto el estado de necesidad completo como el incompleto. Con una excepción: la STS 10-X-1964 (A.4255), nueva muestra de la confusión que sobre el tema reina en nuestra jurisprudencia. El caso era el siguiente: un camión circula a velocidad excesiva; para evitar la colisión con un ciclista que le precede, efectúa un viraje a la izquierda y choca con otro camión que circulaba en sentido opuesto. Y la sentencia afirma: «La eximente séptima del artículo 8 Cp sólo como incompleta puede apreciarse en los delitos culposos, pues el estado de necesidad es provocado en ellos por la propia culpa con la previa infracción de normas de prudencia, cuyo incumplimiento en este caso por

2. También han suscitado controversia el *objeto* y el *sujeto* de la provocación, así como los temas de la *ratio* del requisito y los *efectos* de su infracción.

A) Por lo que respecta al *objeto* de la provocación, puede afirmarse que existe una notable confusión. Mientras que la opinión más tradicional parece conformarse con que lo provocado sea la mera situación de *peligro* para un bien jurídico, algún autor, más recientemente, requiere —por entender que lo exige la ley— que la provocación se refiera a la situación de *conflicto* en que, para salvar un bien jurídico, es preciso lesionar otro (situación de necesidad) (53). Esta segunda postura parece, en principio, la correcta. Más difícil se presenta el tema en la jurisprudencia. Para describir el objeto de la provocación se emplean alternativamente los términos «mal», «situación de peligro», «situación de necesidad» o «situación conflictiva». Pero todo hace pensar que se considera suficiente la mera provocación de la situación de peligro (53 bis).

B) En cuanto al *sujeto* de la provocación, parece existir unanimidad en doctrina y jurisprudencia acerca de que, para estimar infringiendo el requisito, es necesario que la provocación se deba al sujeto activo (y no al auxiliado, en los casos de auxilio necesario) (54).

C) Sobre el *fundamento* del requisito puede hablarse de dos opiniones divergentes. La primera entiende que radica en una exigibilidad aumentada por encima de los límites establecidos para el

el recurrente le impidió detener a tiempo el vehículo evitando así todo mal». El fallo consistió en castigar por imprudencia con la eximente incompleta del artículo 9, 1.º, en relación con el artículo 8, 7.º Cp. Como sabemos, algunas sentencias más recientes parecen entender que la provocación imprudente. Y la que lo hace en un caso tal, condena a pesar de todo por imprudencia.

La solución jurisprudencial, que es correcta en su resultado, se ha venido manteniendo, con independencia de sus variaciones en cuanto a la interpretación del requisito 2.º del artículo 8, 7.º CP. Tan sólo la citada STS 15-VI-1971 parece haber intuido algo parecido a la fundamentación de tal correcto resultado: dicha fundamentación pase por entender que la provocación imprudente no infringe el requisito y por aplicar la expuesta teoría de la «*actio illicita in causa*».

(53) Vid., por todos los sustentadores de la corriente tradicional, QUINTANO, op. cit., p. 120 ss. Detenta la otra posición CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 295.

(53 bis) Cfr., entre otras muchas, STS 10-IX-1934 (A.1684); STS 29-VI-1935 (A.1298); STS 3-IV-1941 (A.474); STS 7-VI-1948 (A.888); STS 7-XII-1950 (A.1650); STS 21-I-1954 (A.30); STS 14-XII-1956 (A.3731); STS 30-X-1957 (A.2706); STS 30-I-1960 (A.244); STS 2-VII-1960 (A.2551); STS 11-VI-1966 (A.3713); STS 36-I-1968 (A.643); STS 21-IV-1970 (A.1878); STS 15-X-1971 (A.2877); STS 5-II-1974 (A.380); STS 3-V-1974 (A.2079); STS 28-VI-1976 (A.4365); STS 29-IX-1978 (A.2948), y STS 2-VII-1979 (A.2981).

(54) ANTÓN ONECA, op. cit., p. 268; CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 300-301; CUELLO CALÓN, op. cit., p. 403; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 916-917; FERRER SAMA, op. cit., p. 204-206; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 393; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., p. 547; Cfr., entre otras, STS 28-VI-1976 (A.3260); STS 29-IX-1978 (A.2948), y STS 2-VII-1979 (A.2981). Normalmente hablan de «el inculpador», o el «sujeto activo». Vid. recientemente sobre el tema, MIR PUIG, «Problemas», cit., III,2.

hombre medio (55). La segunda considera que nos hallamos ante un requisito que podría entenderse contemplado por la «cláusula de adecuación», existente en Derecho alemán y que falta, como tal, en nuestro Derecho (56). Se trataría, pues, de que, para la exención completa por el artículo 8, 7.º C. p. no basta con causar un mal menor o igual que el que se pretende evitar, sino que se precisa, además, una adecuación objetiva de la conducta del sujeto a Derecho, adecuación que falta en los casos en que él mismo ha provocado intencionadamente la situación de necesidad.

D) Por último, los *efectos* de la infracción. En torno a este tema existen también dos posiciones. La de los que afirman que, aunque se infrinja este requisito, todavía cabe aplicar la eximente incompleta de estado de necesidad (57). Y la de quien considera que en tal caso desaparece la propia esencia de la eximente, por lo que no es aplicable la eximente completa ni la incompleta (58). Esta última posición se basa en entender que la provocación intencionada impediría la presencia de una verdadera situación de necesidad. Pero tal consecuencia no es obligada desde la perspectiva del sentido literal posible del enunciado legal. En efecto, si éste exige que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente, es porque cabe la posibilidad de situaciones de necesidad provocadas intencionadamente, es decir, porque una definición de situación de necesidad no tiene necesariamente que contener entre sus elementos la ausencia de provocación intencionada de la misma. No hay, pues, «*contradictio in terminis*». Aparte de esto, y desde una perspectiva jurídico-material atenta a la realidad social, no parece haber duda de que la situación de necesidad subsiste como tal, en principio, a pesar de que su origen responda a una provocación intencionada del sujeto. En nuestra opinión, consiguientemente, en los casos de infracción del requisito procederá aplicar la eximente incompleta, por no revestir aquel carácter esencial. Pero, para la precisión de cuáles son los casos en que, en nuestra opinión, resulta infringido el requisito, vid. *infra* 3, C), D) y E).

3. Examinadas las líneas esenciales de la actual situación de doctrina y jurisprudencia, es ya el momento de tomar posición ante algunas de las cuestiones fundamentales aquí tratadas, respecto a las cuales aún no se ha hecho en la precedente exposición.

A) A nuestro parecer, el requisito segundo del artículo 8, 7.º C. p. integra una cláusula de adecuación objetiva de la conducta a Derecho, en los términos más arriba fijados. Esta cláusula opera de modo subsidiario a la ponderación de males. Así pues, sólo una vez determinado que el mal causado no es mayor que el que se trataba de evitar debe pasarse a examinar si la situación de nece-

(55) Cfr. SAINZ CANTERO, «Las causas de inculpabilidad», cit. *passim*.

(56) Cfr. MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 509.

(57) Cfr., por todos, ANTÓN ONECA, op. cit., p. 328; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., p. 669.

(58) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 302.

sidad ha sido provocada intencionadamente por el sujeto o no. Porque nuestro Derecho exige para excluir completamente lo injusto del hecho, además de que el mal causado no sea mayor, que la conducta del sujeto haya respondido a esa adecuación o corrección objetiva.

B) El texto legal requiere, efectivamente, que la *situación de necesidad* no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Ello quiere decir, como ha puesto de relieve cierta doctrina antes citada, que lo provocado debe ser la situación de conflicto entre bienes jurídicos o, mejor aún, una situación tal de peligro para un bien jurídico *A*, que para resolverla sea preciso lesionar otro bien jurídicamente protegido *B*. Pero, en nuestra opinión, para provocar intencionadamente una situación de necesidad no es imprescindible provocarla *precisamente* con un ánimo especial de lesionar el bien *B* para salvar el bien *A*. Por tanto, cabe hablar de provocación intencionada de la situación de necesidad cuando, dándose la circunstancia de que el bien *A* sólo pueda ser salvado a costa del bien *B*, el sujeto que ha provocado la situación de peligro para el primero (conociendo y queriendo tales circunstancias), lo que pretende es lesionar a *A*, sin tener, en el momento de la provocación, propósito alguno de salvarlo. Ese propósito puede surgir después. En conclusión: Querer una situación de peligro para *A* que sólo puede solventarse a costa de *B* no implica querer la lesión de *B* para salvar a *A* (puede quererse la lesión de *A*). Más adelante se ejemplifica esta opinión.

De la tesis sostenida en este apartado se desprende que la provocación dolosa de una simple situación de peligro para un bien jurídico, que no implique todavía el que para su salvación se requiere la lesión de otro, carece de relevancia a los efectos de la eximente que estudiamos. Otra cosa es que sea en sí misma constitutiva de infracción penal, lo que puede darse además en todo caso, y es independiente del tema que nos ocupa. Si el sujeto actúa en una tal situación, dándose los demás requisitos del artículo 8, 7.º C. p., la eximente le ampara completamente.

C) Nos resta, pues, ocuparnos de los diversos grupos de casos de provocación dolosa e imprudente de la situación de necesidad:

a) *Casos de provocación dolosa de la situación de necesidad con dolo dirigido al resultado. Provocación de una situación de peligro para A que sólo puede resolverse a costa de B, queriendo lesionar a B amparado por el artículo 8, 7.º C. p.* Ejemplo: El sujeto *A* tiene intención de matar justificadamente al perro de su vecino que le causa grandes molestias. Con vistas a ello, le incita para que el animal le ataque y, cuando aquél lo hace con grave peligro para la vida del sujeto, éste lo mata (daños).

b) *Casos de provocación dolosa de la situación de necesidad en los que, en la propia provocación, no hay dolo dirigido al resultado efectivamente producido. Provocación de una situación de peligro para A, que sólo se puede salvar a costa de B, queriendo*

lesionar precisamente a A. Ejemplo: El sujeto A quiere suicidarse sofisticadamente. Para ello se encierra, sin posibilidad de huida ni de comunicación alguna con el exterior, en el gabinete de su vecino (naturalista) y atrae hacia sí las valiosísimas y exóticas serpientes venenosas allí coleccionadas. Pero en el último momento se arrepiente y, para salvar su vida, la emprende a golpes con ellas hasta que las mata. Este caso, y otros similares que pueden imaginarse (igualmente en supuestos de auxilio necesario), son casos de «cambio de opinión» (en algunos casos desistimiento activo) del sujeto provocador en el lapso entre la conducta de provocación y la acción necesaria, e ilustran perfectamente la idea que se pretende exponer.

c) *Casos de provocación imprudente de la situación de necesidad que contienen una imprudencia respecto al resultado.* En estos casos, como es lógico, en el momento de la provocación no se quiere el resultado que al final se producirá, pues ni tan sólo se quiere la propia situación de necesidad que lo propicia. En la fase final del proceso sí que se da el dolo. Ejemplo: El sujeto A conduce imprudentemente por la izquierda. De pronto observa frente a él a un motorista; viendo que va a arrollarlo y no hay otra alternativa, gira hacia el arcén izquierdo y mata a varias ovejas que allí estaban. Fases: 1) Imprudencia que provoca la situación de necesidad; 2) Conducta dolosa justificada por estado de necesidad; 3) Resultado. Conclusión: imputación del resultado a la imprudencia inicial.

d) *Casos de provocación imprudente de la situación de necesidad que no llevan en sí imprudencia frente al resultado.* La situación es básicamente la misma del caso anterior, salvo que aquí se trata de casos en que el resultado producido al final no sería previsible objetivamente, o bien no sería uno de los que se incluían en el ámbito de protección de la norma infringida por el actuar imprudente del sujeto. En ellos el resultado final no le es imputable objetivamente al sujeto a título de la imprudencia originaria (59). Pero también cabe imaginar, en este mismo apartado, otro tipo de situaciones: Aquellas en las que el delito realizado al final no sería comisible por imprudencia, y por tanto no le sería imputable al sujeto en base a tal título. Así, el hurto, o las coacciones. Si, tras una provocación imprudente de la situación de necesidad, la acción necesaria consiste en unas coacciones, p. ej., no cabe condenar por un delito imprudente.

D) Estas son, a nuestro entender, las posibilidades existentes (60). Los casos construidos en c) y d) no infringen, evidente-

(59) Vid., sobre todos estos temas, MIR PUIG, «Adiciones», cit., p. 392 ss. y 809.

(60) Pero el esquema puede complicarse algo más. Piénsese en una provocación dolosa de la situación de necesidad que lleve en sí imprudencia respecto al resultado. En tal caso, al no producirse la exención completa por estado de necesidad, procedería aplicar la pena correspondiente a la eximente incompleta del hecho (normalmente doloso) finalmente cometido.

Y, siempre que quepa imputar objetivamente dicho resultado a la conducta imprudente inicial, deberá castigarse por imprudencia, como sostiene la teoría de la «*actio illicita in causa*». Nos adherimos, pues, a ésta en los términos expuestos al examinarla, y con las matizaciones hechas en el grupo d) de casos. De este modo quedan solventados los supuestos de provocación imprudente. Pero aún restan los de provocación dolosa. Si el dolo inicial abarca ya el resultado producido al final (grupo a), en nuestra opinión debe aplicarse también aquí el esquema de la «*actio illicita in causa*». En efecto, en tales casos el sujeto *se utiliza a sí mismo* como un instrumento (que actúa justificadamente) por lo que no cabe sino considerar que le es objetivamente imputable y a título de dolo todo el proceso que conduce al resultado último: se trata de un proceso global y unitario, por lo que habrá que aplicar la pena del delito doloso correspondiente. Por razones materiales, otras derivadas del texto del artículo y teleológicas en definitiva, no parece posible entender que el requisito segundo del artículo 8, 7.º C. p. se refiere a casos de esta índole, pues ello le privaría completamente del sentido que pudiera tener.

E) En nuestra opinión, el ámbito propio del requisito que nos ocupa lo constituye el grupo de casos citados más arriba en D) b). Es decir, aquellos casos en que el sujeto provoca dolosamente un peligro para un bien *A* que sólo puede salvarse a costa de un bien *B*, pero sin querer, en tal provocación, lesionar a *B* para salvar a *A* (caso de las serpientes). Posteriormente, sin embargo, lesiona dolosamente a *B* para salvar a dicho *A*. Si no fuera por el requisito 2.º del artículo 8, 7.º C. p., en estos casos habría estado de necesidad completo, siempre que, al salvar a *A* lesionando a *B*, no se causara un mal mayor que el que se pretendía evitar. En este requisito el que impide la exención completa: la provocación dolosa previa de la situación de necesidad conduce a que sólo se pueda apreciar la eximente incompleta.

V

LA AUSENCIA DE OBLIGACION DE SACRIFICIO

1. El requisito tercero del artículo 8, 7.º C. p. exige «Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse». La jurisprudencia relativa al mismo ha evolucionado desde posturas que defendían una concepción exacerbante de la obligación de sacrificio (61) a otras que la reducen a sus justos términos, de acuerdo con las posiciones doctrinales (62). No obstante, aunque la discusión sobre el tema esté actualmente, en lo esencial, parali-

(61) Cfr., por ejemplo, STS 10-II-1949 (A.263); STS 28-V-1947 (A.724), y STS 29-X-1951 (A.2213).

(62) La obligación ha de ser jurídicamente impuesta en virtud de ley, profesión o contrato —entiende la doctrina—. Asimismo, la acción debe pro-

mente, el requisito segundo del artículo 8, 7.º C. p. Existe, pues, estando de necesidad completo para la conducta (normalmente dolosa) realizada al final por el sujeto. Pero subsiste una imprudencia originaria que ha causado el resultado finalmente producido. zada, aún suscitan interés ciertas cuestiones.

A) En cuanto al fundamento del requisito, existen sustancialmente dos opiniones:

a) *Cláusula de exigibilidad*.—Una amplia corriente doctrinal entiende que quiebran aquí los principios generales inspiradores de la eximente y nos hallamos ante un supuesto de exigibilidad aumentada por encima de los límites aplicables al hombre medio (63).

b) *Cláusula de adecuación*.—Otra opinión, en cambio, entiende que este requisito, como el anterior, viene a suplir, en parte, la presencia expresa de una cláusula de adecuación como la del párrafo 34, inciso segundo, del STGB alemán (64).

B) Por lo que respecta a las consecuencias de su infracción, normalmente suele entenderse que, en los casos en que se incumple la obligación de sacrificio, debe aplicarse la eximente incompleta, por tratarse de un requisito no esencial (65).

2. Examinemos la primera cuestión. Si se considera —como nosotros hacemos— que la eximente séptima del artículo 8 C. p. es una causa de justificación, carece de sentido buscar en ella una cláusula de exigibilidad, que sólo se explica en el seno de una causa de exculpación, como sucede en Alemania. En efecto, normalmente la presencia de una cláusula de exigibilidad no afecta a lo injusto objetivo del hecho, sobre todo cuando, en nuestra opinión, no se trataría aquí de exigibilidad general sino dirigida a determinados sujetos. Entendemos, en consecuencia, que nos hallamos ante la descripción de un ejemplo de lo que debe comprender una cláusula de adecuación objetiva de la conducta a Derecho. El restante contenido de una cláusula tal habrá de ser ubicado —además de en el requisito 2.º— en el requisito primero, que lo posibilita dado el tenor del texto. Cabría, sin embargo, sostener —no sin razón— que todos los elementos de adecuación de la conducta pueden valorarse suficientemente en el seno de la propia ponderación de ma-

ducirse en el ejercicio de la actividad origen del deber. El deber de sacrificio no se exige si la desproporción de los bienes en conflictos grandes Cfr. ANTÓN ONECA, op. cit., p. 268; CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 206; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 917; FERRER SAMA, op. cit., p. 206; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 394-395; LUZÓN DOMINGO, op. cit., p. 167. También STS 22-IV-1969 (A.2322); STS 28-VI-1976 (A.3260), y STS 2-VII-1979 (A.2981).

(63) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 306; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., 394-395; PUIG PEÑA, op. cit., p. 410 ss.; SAINZ CANTERO, «La exigibilidad», cit., p. 151; GIMBERNAT ORDEIG —«Introducción», cit., p. 65— considera que este requisito supone una quiebra del principio de ponderación de bienes, lo que, evidentemente, no implica adherirse a la postura de los autores anteriormente citados.

(64) Vid. supra nota 56.

(65) Cfr., por todos, CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 306.

les. Pero también puede entenderse que el término «mal» no es lo suficientemente amplio para ello, o que si los legisladores situaron tales requisitos al margen del primero es porque no estaba muy clara su perfecta inclusión en aquél. Suscribimos este segundo planteamiento, no por entender que el término «mal» no sea tan amplio como para englobar estas consideraciones, sino porque es preferible atribuir algún significado propio a este requisito, que carecería de él si se estimara mera precisión interpretativa del primero. Además, estimamos que la inclusión en el artículo 8, 7.º de los requisitos 2.º y 3.º encierra un importante significado material: con ello los legisladores pretenden dar relevancia a la ausencia de una conducta adecuada a la norma, aun en los casos en que el mal que se causa no es mayor que el que se trata de evitar. Con ello, tal exigencia de adecuación resulta elevada a la categoría de principio inspirador —aunque de rango secundario— de la eximente.

3. Todo lo expuesto implica una determinada concepción de la obligación de sacrificio a que se refiere este requisito, que es preciso aclarar. En nuestra opinión, el deber de sacrificio es un deber jurídico impuesto a determinadas categorías de personas. En virtud de éste, el sujeto, en el ejercicio de la actividad de que se trate, está obligado a no acudir a acciones típicas positivamente en el cumplimiento de sus deberes profesionales, siempre que sea posible cumplirlos sin obrar típicamente y aunque tal cumplimiento le reporte riesgos o peligros (esto es precisamente lo que se contempla); tal obligación se da aunque la actuación típica causara un mal no mayor que el que se pretendía evitar. Y, si acude, no queda eximido de modo completo. Lo específicamente contemplado es, pues, el deber de soportar las consecuencias lesivas que la actuación debida va a ocasionar o está ocasionando al sujeto obligado.

4. La adecuación, en definitiva, extiende, para los sujetos aquí contemplados, el ámbito de lo prohibido de modo subsidiario al requisito primero. Es decir, el análisis de la adecuación sólo se producirá una vez que ha quedado establecido que el mal causado no ha sido mayor que el que se trataba de evitar. Por expresarlo de otro modo: si el mal causado es mayor, no cabe la eximente completa ni la incompleta. Pero, aunque el mal causado no sea mayor, es posible que el comportamiento no quede completamente justificado. Deben distinguirse aquí diversos supuestos:

A) Cuando la diferencia de valor de los bienes en conflicto sea escasa, no cabe duda de que la infracción del deber de sacrificio añadirá a la acción necesaria un «quantum» de iniuria que puede provocar que el mal causado sea mayor, con lo que faltaría el requisito esencial y no cabría la eximente completa ni la incompleta.

B) En el lado opuesto, en los casos en que la desproporción entre los bienes en conflicto es extremada (y la acción necesaria salva el de mucho mayor valor a costa del mucho menos valioso),

se plantea el problema de por qué cede, según estima toda la doctrina, la obligación de sacrificio. La razón parece clara. No es preciso acudir, como hace Córdoba, entre otros a limitaciones derivadas de la ratio del requisito (para él, la inexigibilidad) (66). Simplemente basta con pensar que la norma reguladora (extrapenal) de dicha obligación no contempla estos supuestos como integrantes de la misma. Esto es lo correcto en el ámbito de lo injusto. Y ubicar completamente el requisito en la antijuricidad reduce algo el ámbito de lo amparado completamente por el artículo 8, 7.º C. p. Pues es posible que, en casos en que la norma reguladora impusiera el deber de sacrificio, el cumplimiento del mismo no se exigiera en virtud de aquella supuesta ratio del requisito tercero. Aquí al mantenerse como límites tan sólo los derivados de las normas reguladoras, esta segunda reducción no se da en el lugar en que nos encontramos. Aunque sí podrá darse en su lugar sistemático adecuado, que es el de la exculpación.

C) Descartados los supuestos límite por uno y otro extremo, resta lo que, para nosotros, es el gran marco de actuación del requisito tercero. Se trata de casos en que la desigualdad de los bienes en conflicto es relativa y el mal causado ha sido menor o igual que el que se trataba de evitar. Además de este «mal no-mayor», el ordenamiento requiere, para excluir absolutamente la antijuricidad, una adecuación objetiva a Derecho de la actuación del sujeto, que no se da en los casos en que el deber de sacrificio ha sido infringido. En ellos corresponderá aplicar la eximente incompleta.

5. Sentado todo lo anterior, sólo resta entrar en el examen del término «necesitado», que se refiere a aquel sujeto sobre el que debe pesar la obligación de sacrificio para que opere el requisito. En los casos de *estado de necesidad propio*, es decir, aquéllos en que el sujeto actúa para evitar un mal que le amenaza a él mismo, evidentemente no se plantea problema alguno. Ejemplo, el bombero que omite socorrer a alguien o incluso le causa lesiones para salvar su propia vida, aunque el mal causado sea menor o igual que el que trataba de evitar, no quedará completamente eximido de pena por el artículo 8, 7.º C. p. Estos eran los casos en que debió pensar el legislador de 1932, puesto que el texto entonces promulgado no preveía expresamente el auxilio necesario. La introducción de una referencia a este último en 1944 complica las cosas. Surge así la discusión en torno a los casos de *auxilio necesario*, en los que el sujeto activo y el auxiliado no son la misma persona. Y se trata de determinar a cuál de ellos se refiere el término «necesitado». La doctrina dominante suele entender que en tales casos la obligación habría de ser infringida —y, por tanto, pesar previa-

(66) CORDOBA habla de dos tipos de limitaciones: las derivadas de las normas reguladoras de la obligación y las derivadas de la ratio del requisito (exigibilidad), op. cit., p. 306.

mente sobre él— por el *auxiliador* (67). Sin embargo, otra opinión sostiene que se refiere al *auxiliado*, que es el único y verdadero «necesitado» (68). Efectivamente, la interpretación literal del término parece abonar tal conclusión. Según ella, el tercero que salva a un bombero en acción causando para ello un mal menor o igual, no quedaría completamente eximido de pena por estado de necesidad justificante, puesto que dicho bombero tenía obligación de sacrificarse.

En nuestra opinión, en el análisis de la cuestión hay que partir de un presupuesto fundamental: que el texto del requisito («necesitado») es lo suficientemente claro como para poder afirmar con razón que en los casos de auxilio necesario se refiere al *auxiliado*, *único verdadero «necesitado»*. Ello a pesar de los argumentos históricos que, en sentido contrario, esgrime Córdoba (69). Pero pretendemos introducir en dicho criterio ciertas matizaciones que lo integren con la fundamentación antes expuesta del requisito y de toda la eximente. Para ello nos serviremos de tres casos que reproducen las tres situaciones básicas que, según pensamos aquí pueden darse:

Caso 1. El bombero A causa importantes daños (o lesiones) para salvar a B cuando esta es la única forma posible, según sus medios, de hacerlo.

Caso 2. El bombero A causa importantes daños (o lesiones) para salvar a B cuando, arriesgándose él, lo habría podido salvar sin tales daños.

Caso 3. El sujeto B salva al bombero A, que se encontraba en ejercicio de su actividad profesional, causando, para ello, un mal menor cualquiera.

La solución de los casos es, a nuestro parecer, la siguiente: Caso 1, eximente completa; Caso 2, eximente incompleta; Caso 3, eximente completa. La fundamentamos así:

a) El requisito tercero del artículo 8, 7.º C. p. no se infringe sólo por la existencia de una obligación de sacrificio sobre un sujeto, sino porque, además, esa obligación de sacrificio resulta *vulnerada*. En efecto, en los casos de estado de necesidad propio, no es sólo que sobre el necesitado pese una obligación de sacrificio, sino que ésta resulta infringida porque aquél, que es también sujeto activo, no se sacrifica. Paralelamente, en los casos de auxilio necesario hay que buscar la presencia de dicha obligación y su infracción. Y tal infracción sólo se puede producir en el caso de que el necesitado (auxiliado) sea a la vez sujeto activo. Dicho de otro modo: *cuando el sujeto activo, además de actuar para evitar un mal ajeno lo hace para evitar un mal propio*. Pues si la obligación pesa sobre un necesitado (*auxiliado*) que es un individuo

(67) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 307; DÍAZ PALOS, op. cit., p. 917; FERRER SAMA, op. cit., p. 207-208.

(68) MIR PUIG, «Lecciones de Derecho penal», Lección 12.

(69) CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 307.

distinto del sujeto que le auxilia, evidentemente aquél no la infringirá por el hecho de que un tercero actúe para salvarle; y dicho tercero no podría infringirla puesto que no habría pesado previamente sobre él. De todo lo dicho se desprende que este requisito tercero sostendrá efectos básicamente en los casos de estado de necesidad propio y sólo en el auxilio necesario cuando el que actúa para evitar un mal a un tercero lo hace a la vez para evitárselo a sí mismo.

b) No entender que el «necesitado» —auxiliado— debe, a la vez actuar (ser sujeto activo) para que pueda operar el requisito, llevaría a la insatisfactoria conclusión de que las consecuencias de un deber personal ajeno recaerían sobre un tercero (el auxiliador) que no lo tenía y, sin embargo, debe cargar con la eximente incompleta y no quedar totalmente justificado.

c) Además, el texto del artículo, que habla de obligación de sacrificarse, conduce también a pensar en una acción en la que el sujeto y el objeto directo son la misma persona.

Un análisis de los casos puede ser ilustrativo de la cuestión. En el *caso 2*, efectivamente, el bombero actúa para evitar un mal ajeno, pero también para evitar un mal propio que sería el incumplimiento del deber de salvar a otros que tiene (no sólo «facultad» sino «deber»). Es, pues, «necesitado». Y como en esa situación pesaba sobre él un deber de sacrificio y no se sacrifica (es, a la vez, sujeto activo) sino que, en lugar de arriesgarse, recurre a la acción típica positivamente, debe apreciarse tan sólo la eximente incompleta. En el *caso 3*, el bombero es «necesitado» y tiene obligación de sacrificarse, pero dicha obligación no la infringe él, pues no actúa en tal sentido, ni el tercero que le salva, sobre quien no pesaba previamente. Y como no nos parece satisfactorio hacer recaer sobre dicho tercero las consecuencias de la obligación de sacrificio del otro, procederá, en nuestra opinión, la eximente completa. En el *caso 1* el bombeo es «necesitado» pues actúa, además de para evitar un mal ajeno, para evitar el mal propio del incumplimiento del deber. Lo que ocurre es que, según pensamos, aquí no subsiste obligación de sacrificio sobre él, puesto que el fin pretendido —salvar al sujeto en peligro— no era posible alcanzarlo mediante la asunción del riesgo propio, sino sólo por la acción típica realizada. Y la obligación de sacrificarse sólo cabe entenderla subsistente cuando su cumplimiento sea posible y *útil*, en relación al fin del «*oficio o cargo*» que la genera, y al que se refiere el requisito tercero. Por supuesto, y conforme a lo que dijimos al examinar el tema en general, la obligación de sacrificio también decaerá cuando el riesgo a asumir sería enormemente desproporcionado con respecto a la levedad de la acción positivamente típica finalmente realizada.

La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código penal colombiano

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.
Juez Tercero Superior de Cali
Profesor Universitario del Colegio de
Abogados Penalistas del Valle del Cauca

I. GENERALIDADES

1. Podría parecer a «*prima facie*» superfluo cualquier estudio tendente a examinar la acción física constitutiva del tipo penal del hurto. Mas si reparamos en la descripción de la forma verbal actual y su contraste con la fórmula primitiva («apoderar» por «sustraer»), no resulta del todo desacertado intentar unas ligeras anotaciones sobre el punto y conocer el trasfondo de la reforma.

2. Ni precisión ni pulcritud terminológicas se advierte de antiguo en las varias legislaciones que han elaborado la imagen del núcleo rector del modelo legal. Las múltiples formas lingüísticas utilizadas por los códigos para referirse a un mismo tipo de acción, relieván además de escasa uniformidad una pobre técnica penal. Indistintamente —y el acopio puede no ser agotado por nosotros— se habla de «sustraer», «tomar», «adquirir», «quitar», «asir», «arrebatar», «despojar», «llevar», «privar», «apropiar», «apoderar», y otras más, como si tales connotaciones afectas de imperfecciones, tradujeran una misma y exacta noción y no fuesen susceptibles de distinción tanto en el campo lexicográfico como en el estrictamente penal. Aun para el profano, un celoso concepto de pureza le obligará a escamotear, diferenciar y reprobar el parentesco más o menos próximo pero excluyente de los vocablos integrantes de la serie.

3. A oscurecerlo todo viene el gigantesco esfuerzo que a partir de la decadencia del Derecho romano se palpa en las obras de los glosadores, postglosadores y prácticos, quienes sin unidad ni suficiencia y con el solo prestigio de sus nombres, autorizan la traducción, sentido, vigencia y significación del verbo definitorio de la acción, fenómeno curioso que aún pervive, sin posibilidades

de conciliación y menos aún de encaje sistemático. Desde el descenso hasta el detalle soso y desabrido y la interpretación poco afortunada de los textos originales, se ha escrito abundante literatura que constantemente se depura, sin hallar precisión ni en el «*factum*» histórico ni en las fuentes primigenias. Baste decir modernamente —y nada hay de exageración en esto— que algún autor (1) entre el ayer remoto y el presente incierto encontró tantas clasificaciones y subclasificaciones que perfectamente podría escribirse un despropocionado tratado sobre la materia (2), bien que, creemos, sería de suyo asombroso encontrar hoy en día un solo criterio que estuviese fuera del foco de influencia de aquellas etiquetas doctrinarias

4. Una primera tesisura imbuida de ese sentido simbolista que caracterizó al Derecho romano y que sólo se recuerda por razones de carácter histórico o si se prefiere académico —«*contractatio*» o mejor «*adtrectare*»— entiende perfeccionado el delito y producido el apoderamiento, en el acto mismo en que el agente toma o coge la cosa mueble ajena. Encarna, si bien se ve, una tutela harto exagerada del derecho de propiedad, tan caro a las instituciones latinas, y una protección desmesurada, por lo absoluta, a la tenencia ajena. El hecho de poner la mano sobre la cosa en manera alguna quebranta la posesión ni tal acción vulnera derechos subjetivos. Tan insegura interpretación, abdicativa de los buenos principios, es unánimemente rechazada por la doctrina actual. Cáusticamente afirmó Juan P. Ramos que de ella se hace mención en los textos «al solo efecto de recordar una de tantas teorías existentes en la materia del apoderamiento» (3). Olvídase, sin embargo, en el juzgamiento y repudio que contemporáneamente se hace del criterio —y esto con algún afán reivindicativo— que la tentativa era inconcebible en el «*antiquus ius romanum*» y que en tales circunstancias sus leyes y acciones se anticipaban a proteger la posesión ajena, bastando sólo un fugaz contacto físico con la cosa para que la acción se entendiera consumada, sin necesidad de llevársela.

5. Según otra teoría que trata de concretar el momento de integración del hurto —«*la amotio*»— éste sólo se verifica cuando la cosa es removida de lugar a lugar siendo el acto material subsiguiente el desapoderamiento, el que hace que la acción esté perfeccionada, sin que importe distinguir —como es de rigor— si el bien salió o no del radio de influencia de su legítimo detentador. Piensa Carrara —principal animador del planteamiento— que consistiendo el hurto en la violación de la posesión, aparece claro

(1) JORGE FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*. Buenos Aires, 1956, 2.ª edición, págs. 307 y ss.

(2) Y con certitud que aún quedaría material para intentar similar hazaña.

(3) Citado por EUSEBIO GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal*. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, 1941. Tomo IV, pág. 63.

que cuando el delincuente se apropia de la cosa que estaba en poder de otro, la violación existe sin más, sin que sea necesario que el apoderamiento se prolongue ni mucho menos que el agente se haga dueño de la cosa. Insiste el maestro en sostener que es absurdo buscar la consumación en la adquisición del dominio por parte del ladrón, porque como nunca adquiere el dominio de la cosa hurtada, todos los delitos de hurto serían siempre tentados y jamás consumados. Por ello —concluye— si se prescinde de este primer momento de la remoción, que presenta la violación de la posesión, no se sabe dónde encontrar una teoría que defina el momento consumativo del hurto (4). No parece fácil, pese a su elevado origen, demostrar la conveniencia y practicidad del criterio pues la usurpación de la posesión en materia penal, no puede subordinarse al mero desplazamiento físico o material del bien, olvidando que el delincuente no se apodera del mismo, mientras el legítimo detentador de la cosa prolonga en el tiempo y en el espacio la expectativa de su autoridad y señorío. El ladrón debe hacer algo más que remover la cosa. Por lo demás, como magistralmente anota Soler, Carrara deforma la realidad porque nadie hace consistir el delito de hurto en la adquisición de dominio sobre la cosa, sino solamente en la adquisición de poder y lo que se discute es si ello se logra por el mero hecho de tocar las cosas (5).

6. Se cita también la teoría de la «*illatio rei*», que al igual que las anteriores aparece desactualizada y sin mayor anclaje científico. Según la tesis, el delito alcanza su perfección cuando el ladrón lleva la cosa a lugar seguro «*eo loco quo destinaverit fur*», lo que significa que si el agente la deja en paraje incierto o inseguro, o se deshace de la misma, o se la entrega a un tercero, tal acción desnaturaliza la consumación del delito.

7. Otra elaboración, tan exagerada e inconsistente como sus precedentes —«*la locupletatio*»— exigía que el autor alcanzara, efectivamente, con la incautación, un provecho cierto del objeto, como si fuera importante o significativo para el propietario la consideración del devenir teleológico que se propuso obtener el delincuente, al desposeer. La lesión jurídica al patrimonio del agraviado se cumple con el despojo anti-jurídico, independientemente de la mira finalística. Basta enunciarla —así opina Gómez— para comprender el absurdo que envuelve y cómo su aceptación importaría dejar impune, en incontables casos, el hecho material de la violación de la posesión que el hurto consiste (6).

8. Acaso, por último, sea la doctrina de la «*ablatio*» la que mejor se acomoda a la estructura dogmática actual y la que mejor penetra en la propia naturaleza del delito. Según tal punto de

(4) FRANCESCO CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1946. Vol. IV, pág. 18.

(5) Cfr. SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1951. Tomo IV, pág. 190.

(6) EUSEBIO GÓMEZ, opus. cit.

vista, no basta para la perfección de la acción que el hurtador remueva la cosa del lugar donde se encuentra o se desplace físicamente con ella, si en uno u otro evento no logra colocarla fuera de la esfera de protección o custodia del tenedor, ni logra eliminar todo signo de vestigio o dominio. En palabras de Soler, esta es la teoría más científica ya que no solamente atiende al manejo material de la cosa por el autor, sino a la ofensa completa del bien penalmente protegido, esto es, a que la tenencia o posesión corporal de la cosa sea aniquilada (7).

II. LA ACCION EN LA DOGMATICA LEGAL, NACIONAL Y EXTRANJERA

1. El actual Código penal colombiano, en su artículo 349, define el hurto diciendo que «el que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno a seis años». Utilizan idéntica fórmula a la del verbo rector patrio los códigos penales del Estado de Veracruz - Llave (8), Italia (9), Argentina (10), Méjico (11) y Perú (12).

(7) Cfr. SEBASTIÁN SOLER, opus. cit., pág. 179.

(8) Art. 173: «Al que se apodere de una cosa total o parcialmente ajena, mueble sin consentimiento de quien pueda disponer de la misma conforme a la ley, con ánimo de dominio, lucro o uso, se sancionará de la manera siguiente:

I. Si el apoderamiento fuere con ánimo de dominio o de lucro y el valor de lo robado no excediere de cincuenta mil pesos, con prisión de un mes a cinco años y multa hasta de cinco mil pesos. Si excediere de cincuenta mil pesos, con prisión de tres a siete años y multa hasta de diez mil pesos.

Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor del cambio de la cosa robada. Si éste no pudiere determinarse o por su naturaleza no fuere posible fijar su valor o cantidad, se aplicará de un mes a cuatro años de prisión y multa hasta de seis mil pesos; y

II. Si el apoderamiento de la cosa se realizó con ánimo de uso, se impondrá prisión de un mes a tres años y multa hasta de cinco mil pesos. Además, el responsable pagará al ofendido como reparación del daño, el doble del alquiler o arrendamiento de la cosa usada».

(9) Art. 624. «El que se apodere de una cosa mueble ajena, sustrayéndosela al que la retiene, con el fin de sacar provecho de ella para sí mismo o para otra, será castigado con reclusión hasta por tres años y con multa de trescientas a cinco mil liras».

(10) Art. 162. «Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena».

(11) Art. 367. «Comete el delito de robo el que se apodera de una cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley».

(12) Art. 237. «Al que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para aprovecharse de ella, sustrayéndola del lugar en que se encuentra, será reprimido con penitenciaría no mayor de seis años o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes».

2. El Código penal español, texto refundido en 1973, con las reformas de 26 de noviembre de 1974, 27 de junio de 1975 y 19 de julio de 1976, en su artículo 514 dice que son reos de hurto «los que sin ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño». De estirpe hispánica es la fórmula implementada por el Código penal de Honduras (art. 512), exhibiendo también tal característica los derogados estatutos punitivos de Guatemala (art. 401) y El Salvador (art. 469). El más que centenario Código penal boliviano —hoy sin vigencia— cayó también bajo la influencia del español con ligeras alteraciones conceptuales sin que se advierta en su contexto mayor originalidad toda vez que fue una copia al carbón del hispánico de 1822. Así estatuyó que «Comete hurto el que quita o toma para sí o para otro lo ajeno fraudulentamente, sin fuerza ni violencia contra las personas o las cosas» (13). Lastimosamente no tenemos a la mano los códigos de tales países en su versión actual.

3. Hablan de «apropiar» los códigos penales de Puerto Rico (14) y Chile (15). De «sustraer», el nuevo Código penal de Cuba del año 1979 (16) y el brasileño de 1940 (17).

(13) Art. 621.

(14) Art. 165. «Toda persona que ilegalmente se apropie sin violencia ni intimidación de bienes muebles, pertenecientes a otra persona, será sancionada con pena de reclusión por un término que no excederá de seis meses o multa que no excederá de quinientos dólares, o ambas penas, a discreción del Tribunal».

(15) Art. 432. «El que sin la voluntad de su dueño o con ánimo de lucrarse se apropie cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto».

(16) Art. 380. 1. «El que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a tres años.

2. La sanción es de privación de libertad de tres a ocho años:

a) Si, como consecuencia del delito, se produce un grave perjuicio.

b) Si el hecho se ejecuta por una o más personas actuando como miembros de un grupo organizado o banda.

c) Si el hecho se comete en vivienda habitada.

3. Si el hecho se realiza con la participación de menores de dieciséis años de edad, la sanción es de privación de libertad de cuatro a doce años.

4. En igual sanción a la prevista en el apartado 2 incurre el que, con ánimo de lucro, sustraiga un vehículo, de motor y se apodere de cualquiera de sus partes componentes o de alguna de sus piezas.

5. Si el objeto del delito son bienes de la propiedad socialista, estatal o cooperativa, o de instituciones sociales o de masas, o de bienes de propiedad personal al cuidado de una entidad económica estatal, la sanción es:

a) De privación de libertad de uno a cuatro años en el caso del apartado 1.

b) De privación de libertad de cuatro a diez años en los casos de los apartados 2 y 4.

c) De privación de libertad de cinco a catorce años en el caso del apartado 3».

(17) Art. 155. «Hurto, sustraer para sí o para otro cosa ajena mueble».

III. INTERPRETACION DOGMATICA DE LA ACCION MATERIAL

1. Con profusión de razonamientos y juicios dos corrientes básicas pretenden explicar de «*iure condendo*» la objetividad material del delito, punto que, dicho sea de paso, aún se discute por los buenos autores: la primera suspicacia por Frías Caballero (18) y difundida, entre otros, por Rafael García Zavalía (19) y el que fuera distinguido Juez de la Cámara Criminal de Buenos Aires, Ernesto J. Ure (20), denominada «teoría de la disponibilidad» o «de la posibilidad física de disponer» sostiene que el delito está consumado cuando en algún instante existe en manos del autor la perspectiva cierta de disponer materialmente del bien, aun por escasa fracción de segundos. El carterista —dice Frías— no perfecciona el hurto quitando la cosa. Mientras forcejea con el dueño o sea perseguido llevándola consigo, el delito no está consumado, pues en momento alguno ha consolidado el poder físico de disponerla, ni se ha destruido totalmente la disponibilidad del sujeto pasivo (21). Desarrollando tales planteamientos expone: «... pero mientras el traspaso del poder efectivo (no el mero desplazamiento de la cosa) a las manos del ladrón *está en condiciones reales de ser impedido*, la lesión no es perfecta; estará en trance de consumarse pero no está consumada. El objeto de tutela está, en cambio, totalmente aniquilado, cuando en presencia o no del que tenía la cosa, ese poder de hecho ha pasado al ladrón, lo que ocurre solamente cuando éste ha obtenido el poder de disponer materialmente de ella, aunque sea por breves instantes» (22). La otra tendencia, conocida como la teoría del desapoderamiento, subraya el menoscabo del bien jurídico resguardado por el legislador cuando el autor simplemente priva al tenedor de la custodia de la cosa. Con arreglo a ella la acción material del hurto está completa por el desapoderamiento del agraviado con intención el delincuente de apoderarse de la cosa ajena. La influencia de Núñez ha sido evidente. Así, dice el maestro que el hurto se consuma tan pronto un acto de apoderamiento del delincuente ha privado a otro de la posesión corporal de la cosa. Esto sucede cuando, según las circunstancias del evento, a causa del acto de apoderamiento, la cosa ya no es portada o conducida por la víctima, o ya no está en la esfera o ámbito de custodia del agraviado o en el de su tenencia simbólica. Logrado esto por el autor —continúa— desde el punto de vista de la ofensa propia del hurto la propiedad

(18) JORGE FRÍAS CABALLERO, *La acción material constitutiva del delito de hurto*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1962.

(19) *El apoderamiento en el delito de hurto* (La Ley, t. 52, pág. 761).

(20) Fallo publicado en el apéndice de la obra *La acción material constitutiva del delito de hurto*, ya citada, págs. 71 a 81.

(21) Cfr. FRÍAS CABALLERO, opus. cit., pág. 40.

(22) FRÍAS CABALLERO, opus. cit., págs. 38 a 39.

ajena ya está lesionada de manera perfecta, porque el bien que la integraba —la tenencia de la cosa— ya no la integra más. La mayor o menor perfección de la tenencia de la cosa por el autor sólo atañe al grado de posibilidad de restitución de la tenencia aniquilada, pero no puede incidir en la lesión patrimonial jurídicamente perfecta (23).

2. En el medio y en complaciente maridaje que jamás se expuso a la crítica científica, se asimilaron las nociones de «apoderamiento» y «sustracción». La técnica jurídico-penal y los buenos principios quedaron relegados a un segundo plano. La lectura de las obras de la casi totalidad de autores colombianos se desentien- de del problema dogmático y con singular unanimidad subrayan el pacífico cauce doctrinal acotado (24), con la solitaria excepción de arenas (25), quien se cife escrupulosamente a la literalidad del núcleo rector estampado en el texto.

3. En el examen de la cuestión la jurisprudencia de la Suprema tampoco estuvo afortunada, al menos en una etapa inicial de su pontificado. Así, en Sentencia del 8 de octubre de 1940, dijo: «Apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas que se predicán igualmente del hurto y del robo y que, por lo mismo, no marcan la zona de deslinde entre una y otra infracción» (26). El criterio es refrendado por la Corte en casaciones del 8 de octubre de 1946 (27) y del 12 de junio de 1955 (28). Para indignación de algunos juristas, pero con una mejor visión del asunto, la Corte escribió en memorable decisión: «De acuerdo con el concepto general de los comentadores, no basta la simple aprehensión material de la cosa, pero tampoco es necesario que el ladrón la haya trasladado a un lugar seguro o que se haya habido apoderamiento del bien; pero cuando se realizan esos otros actos, ya se ha ejecutado antes el de tomarlo para sí con ánimo de hacerlo propio y ha quedado excluido de hecho la posesión del dueño o de quien a nombre de éste la tenía, sin que sea indispensable el lucro efectivo, pues basta el propósito de tenerlo» (29). Antes o

(23) RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1967. Parte Especial. Tomo V, pág. 181.

(24) Entre otros, JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, *Delito contra la Propiedad*. 3.ª edición. Editorial Diario Jurídico. Bogotá, 1957, pág. 28; HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra el patrimonio económico*. Editorial Temis. Bogotá, 1963, págs. 57 y 66; LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá, 1974. Parte Especial. Tomo V, pág. 561; LUIS GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, *Derecho Penal Especial*. Editorial Temis. Bogotá, 1965, páginas 494 y 495; PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho Penal Especial*. Editorial Temis. Bogotá, 1975. Tomo IV, pág. 81.

(25) ANTONIO VICENTE ARENAS, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*. Imprenta Antares. Bogotá, 1962, página 218.

(26) G. J., t. LXI, pág. 489.

(27) G. J., t. LXXX, pág. 796.

(28) G. J., t. LXIII, pág. 207.

(29) Con buen provecho pueden consultarse, en su orden, en la G. J., t. LXV, pág. 741; t. LXIX, pág. 199 y 754 y t. LXXXII, pág. 653.

después de la vigencia de este criterio, la Corte expuso la buena doctrina en las casaciones del 28 de marzo de 1949, 20 de febrero de 1951, 12 de junio de 1951 y 21 de mayo de 1956.

4. El delito-tipo de hurto bajo la dogmática vigente, examinado el verbo rector, núcleo del tipo legal, ha sido acuñado sobre la base de considerar preferentemente la conducta ejecutiva del autor que el despojo antijurídico de la cosa, estableciéndose así el límite entre la perfección y la tentativa del acto. De todas maneras, la configuración de la acción típica furtiva se descompone en dos estadios: activo, el uno (poder de disposición), pasivo, el otro (desposesión del objeto). Cuando una y otra fase convergen en la plenitud de su densidad antijurídica se integra necesariamente la noción del delito.

5. Para la estructuración de la conducta ejecutiva no basta que el derechohabiente pierda la cosa y el agente la detente por un largo o breve intervalo. Hácese necesario la disponibilidad corporal proreal y efectiva del objeto por parte del hurtador lo que traduce el elemento subjetivo de antijuridicidad. El concepto de «apoderar» implica algo más que la acción física, externa u objetiva de remover o quitar. Lo definitivo en la materia no es el desapoderamiento o la sustracción de la cosa, si el agente carece de la idoneidad, capacidad o posibilidad de disfrutar a su talante, aun por breve tracto y sin solución de continuidad, del bien ilegalmente apropiado. El criterio de disponibilidad (posibilidad real de disponer de la cosa) y no el de desapoderamiento (mero desplazamiento del objeto), define la acción típica. Así, el agente del delito que es descubierto por el damnificado, la autoridad o un tercero, en el momento mismo de evacuar el inmueble donde agotó el latrocinio, ciertamente que ve obstaculizado el decurso del ciclo criminoso y frustrada la perspectiva de disponer del bien ajeno. Igualmente la mucama que se apodera de joyas de su patrona, escondiéndolas en su habitación sin poderlas sacar de tal lugar contra sus propios deseos de hacerlas suyas, carece de la libre disponibilidad de disfrute. De similar manera, el ladrón que es detenido en situación concomitante al hecho o aquél que siendo perseguido por la propia víctima es alcanzado y sometido a la autoridad, tampoco tiene, a pesar del contacto físico con la cosa, capacidad fáctica de disposición. O sea, que a pesar de la flagrancia de estos supuestos y de estar en idéntica línea de ataque patrimonial, el delito no se perfecciona mientras el delincuente no posea la disponibilidad potencial, así sea fugaz y transitoria de someter el objeto a su autoridad y control más allá del acoso de trabas o impedimentos que perturben el ejercicio de actos posesorios. Sólo cuando el agente, superado el desplazamiento, goza un poder de hecho o de una facultad de disposición que le permite ejercer un señorío material sobre la cosa, no empece a lo circunstancial o momentánea de la misma, podrá hablarse de un delito consumado y no tentado.

6. El tipo penal no se perfecciona por el acto de sustracción o detentación del objeto, con intención el ladrón de hacerle suyo, ni puede decirse como lo hace el admirado maestro de Córdoba, que en tal evento la propiedad ajena está lesionada de manera perfecta (30). No, el injusto sólo alcanza su plenitud fenogénica y jurídica cuando el autor, a través de la materialización de la acción antijurídica— llámese aprehensión, despojo, desplazamiento, extracción, sustracción, apropiación y apoderamiento— la incorpora a su patrimonio soslayando las cautelas, precauciones y seguridades implementadas por su propietario para prevenir el desposeimiento, con ánimo de asumir la posesión y de quedarse definitivamente con ella. Si subsiguientemente a la apropiación nada ni nadie pone en peligro su prepotencia y albedrío, la acción es perfecta.

A los efectos dichos carece entonces de fuste el acto de quitar, arrebatar, desposeer, remover, coger, separar y otras de contenido análogo, si el autor pese a la lesión patrimonial producida no logra quebrantar del todo la posesión ajena ni consolidar un poder fáctico autónomo, ni desembarazarse de la observación y vigilancia a que es sometido por la víctima, o en últimas no logra situar el bien fuera de la esfera de influencia y resguardo del dueño o propietario. La tenencia de la cosa debe reflejar para el hurtador un real estado de opción y libertad donde sin interferencias ni estorbos pueda privilegiadamente por sí y ante sí ejercer actos de potestad, imperio y dominio como si se tratara del legítimo señor del bien, posibilidad que correlativamente pierde el derecho-habiente toda vez que resulta imposible admitir que la cosa se halla bajo el poder coetáneo y excluyente de dos individuos. No parece lúcido sostener pues que el agente ha consumado la acción ejecutiva cuando no logra eludir las barreras de protección montadas sobre la cosa o superar por breve espacio temporal, la esfera de poder de quien detente autonomía sobre la misma. En tales supuestos se produce ciertamente un resultado típico penal —tentativa— y no una lesión efectiva al concreto interés individual o colectivo tutelado por el legislador en el tipo modelo legal. Calificase así el desvalor de la acción y no el resultado objetivo del comportamiento.

Que el agente detente materialmente el bien, por breve o largo tiempo es cuestión que carece de mayor importancia en la estructura penalística del tipo, si no ha logrado superar la «esfera de custodia» o de «disposición» o de «vigilancia» o de «poder» o de «actividad patrimonial» impuesta por el propietario sobre la cosa para avalar objetivamente el señorío que tiene sobre ellas. A la ley penal lo que le interesa por encima de referencias temporales o condiciones de tiempo es que el autor pueda disponer del objeto comportándose de hecho como dueño de ella, sin nudos ni tropiezos que entran el ejercicio de su actividad ilícita, aun por

(30) NUÑEZ, opus. cit., pág. 181.

tiempo limitado. Del criterio sugerido participa un querido y recordado maestro español cuando insuperablemente escribe: «Que-
de, eso sí, bien claro que para que el hurto se consume, resulta suficiente que el autor del delito goce, aunque sea por una mínima fracción de tiempo, de la posibilidad de disponer de lo hurtado en la forma enunciada. Si aprovecha o no tal posibilidad es intrascendente el efecto. Que consumir un delito es cosa distinta de agotarlo, como ha puesto de relieve la moderna dogmática jurídico-penal» (31).

9. Si debido a la inexistencia del objeto material, el ladrón no alcanza el apoderamiento de la cosa, no empece el agotamiento de actos idóneos e inequívocos enderezados a la ofensa del derecho protegido, la acción sólo es punible en aquellas legislaciones donde tal comportamiento encuadra en una descripción típica (tentativa imposible). No es el caso de nuestro código, si bien siguiendo el consagraba en su artículo 18. No constituye por tanto conducta pensamiento positivista de la peligrosidad, el código de 1936 la típica la del autor que con intención de hurtar, irrumpe en domicilio ajeno en la creencia de encontrar objetos y mercaderías cuando tal lugar está deshabitado de tiempo atrás. Esta imposibilidad de comisión —apunta certeramente Jiménez Huerta— no se da cuando la inconsumación del delito es debida más que a una impracticabilidad de naturaleza estable, a una circunstancia contingente meramente casual o episódica como acontece cuando el ladrón introduce su mano en el bolsillo del traje del sujeto pasivo, considerando erróneamente que en dicho bolsillo llevaba el dinero que portaba en el izquierdo, o cuando la víctima, precavidamente, cambió el dinero de bolsillo al darse cuenta de la sospechosa proximidad del ladrón (32).

10. La noción de apoderar —lo dicen los maestros— es una noción compuesta que como toda acción requiere una objetividad y un aspecto subjetivo. El primero se alcanza cuando el sujeto ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa, sin que interese examinar que efectivamente lo haya hecho. El aspecto subjetivo requiere que haya querido disponer u obtener la disponibilidad que efectivamente adquiere en el apoderamiento, sin entrar a averiguar si alcanzó o no el ámbito de la disponibilidad que se propuso. O lo que es igual: si el autor alcanza con la desposesión el contenido de la voluntad finalista cualquiera que sea el espectro perseguido o «*animus lucrandi*» (notoriamente las finalidades de uso, goce, enajenación o disfrute) resulta inocuo determinar la realidad teleológica de tales propósitos pues que se estaría exigiendo una ultrafinalidad cuya obtención no haría más que agotar una conducta consumada. Subordinar la consumación del delito

(31) BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1967. Tomo XIV, pág. 654.

(32) MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Derecho Penal Mejicano*. Editorial Porrúa, S. A. Méjico, 1973. Tomo IV, pág. 80.

—escribe Jiménez Huertas— a que el agente tenga la ocasión de usar, gozar o vender la cosa, es pretender condicionar la perfección del delito a una posibilidad futura inmediata innecesaria para su integración (33).

11. Aprovechando la estadía del profesor argentino Raúl Eugenio Zaffaroni en nuestra ciudad (34), inquirimos su opinión acerca de este supuesto: Cuál la situación jurídica-penal del sujeto que tras apoderarse de un reloj es alcanzado por el propio ofendido y en el forcejeo por recuperar la cosa, el primero contrariado por tal actitud, la arroja al suelo con la intención de destruirla o inutilizarla. Por escrito nos dejó la siguiente respuesta que sin comentarios —pues nos identificamos con su pensamiento —transcribimos *ad pedem litterae*:

«La disponibilidad objetivamente necesaria para la consumación del hurto es la mera posibilidad (aunque fuera fugaz y pasajera y no aprovechada por el sujeto activo) de disponer de la cosa, pero hay que tener en cuenta que ésta no puede reducirse a la mera posibilidad de que el sujeto destruya la cosa. Cuando el sujeto ha tenido únicamente la posibilidad de destruir la cosa y ninguna otra más (usarla, consumirla, donarla, venderla, etc.), no puede considerarse que el delito se haya consumado, entre otras cosas porque en esas circunstancias por lo general no sólo se ha consumado el apoderamiento sino ni siquiera el desapoderamiento previo (la sustracción) Si un sujeto remueve un objeto frágil y es perseguido a la carrera por el propietario y cuando se percata de que lo van a prender arroja el objeto al piso y así lo destruye o lo daña, no hay un hurto consumado (no sustrajo, desde que la cosa no salió nunca del todo de la esfera de custodia y, por ende, menos puede considerarse que se apoderó). En tal caso hay un concurso real de tentativa de hurto y daño consumado (no hay una unidad de conducta, sino una mera unidad de circunstancias; la unidad de conducta no existe porque no existe el elemento unificante psicológico necesario que es una única resolución criminal, sino dos: la de hurtar, y, al verla frustrada, recién surge una segunda decisión criminal, que es el dolo de daño)».

(33) Cfr. MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, opus. cit., pág. 80.

(34) De paso, nuestros públicos agradecimientos al ilustre jurista, quien con generoso desprendimiento dictó en Cali y Popayán interesantes y muy sustantivas conferencias sobre aspectos del Derecho penal contemporáneo.

Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial (Siracusa, 15-18 octubre 1981)

En Siracusa, y durante los días 15 al 18 de octubre, se ha celebrado, bajo los auspicios del «Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali» y organizado directamente por el profesor ordinario de la Universidad de Urbino, Dr. Alfonso Stile, un Seminario sobre el tema «Bien jurídico y reforma de la Parte Especial», que por su interés merece ser comentado. La calidad de las comunicaciones presentadas, el rigor de los planteamientos expuestos y la trascendencia del tema explican suficientemente que el Seminario haya suscitado un notable interés dentro de la doctrina italiana.

Inaugurando el Seminario, se refirió el profesor Stile a la necesaria coordinación que debe mantenerse entre la Parte General y la Especial en cualquier proceso de reforma del ordenamiento penal. El respeto de los derechos fundamentales de la persona y su dignidad han de ser, señaló, postulados básicos de la misma, resaltando también el importante papel que debe desarrollar el bien jurídico en esta tarea, particularmente en relación a los delitos que podrían calificarse de «artificiales», en el sentido de que se refieren a bienes que escapan del área de los que de manera general y prácticamente indiscutida son sentidos y considerados como contenido «natural» del ilícito penal.

La primera intervención corrió a cargo de Giovanni Fiandaca, que se refirió al bien jurídico como problema teórico y como criterio de política criminal. Recordó que el tema del bien jurídico vuelve al primer plano de la preocupación dogmática al socaire de la reforma de los delitos sexuales y contra la religión, precisamente con la finalidad de servir de límite natural al ordenamiento penal (a lo que puede ser tutelado); observando, sin embargo, que las definiciones propuestas acaban en formulaciones excesivamente genéricas y abstractas, lo que las priva de efectivo contenido informativo respecto a los específicos valores que son (o pueden ser) objeto de la tutela penal. Y ello no sólo en la función crítica asignada al bien jurídico, sino también en lo relativo a las funciones interpretativas, dogmática y sistemática que tradicionalmente se le asignan. Por su parte, se ocuparía, en una extensa comunicación, del examen de las respectivas teorías propuestas en lo relativo a la perspectiva crítica, tratando de determinar si en las elaboraciones teóricas más solventes era posible encontrar indicaciones de políti-

ca criminal de cualquier forma «vinculantes» en orden a la reforma de la Parte Especial. Se refirió, en primer lugar, a las concepciones «jurídico-constitucionales» (Sax, Roxin, Rudolphi, Marx, Otto (1), para concluir afirmando que ninguna de ellas está en grado de proporcionar un concepto material de bien jurídico lo suficientemente determinado y riguroso como para poder establecer con certeza, por vía de deducción lógica, cuáles deben ser los objetos de la tutela penal. Tales elaboraciones, sin embargo, ponían de manifiesto, de una parte, lo que ya constituye una convicción doctrinal: que la moral, en sí misma, no puede ser objeto de protección penal; de otra, la tendencia progresiva a utilizar los principios fundamentales de la Constitución como punto de referencia en esta materia. En relación a la postura que se propone elevar a la norma básica del Estado al papel de fundamento mismo del Derecho penal (representada principalmente por Bricola) (2), con un evidente propósito garantístico de corte liberal, expuso una serie de consideraciones críticas (3) que a su juicio hacen inviable la posibilidad de encontrar un principio o disposición de rango constitucional

(1) Que aquí no podemos detallar. Sobre las mismas vid. SAX, *Grundsätze der Strafrechtsplege*, en BETTERMANN-NIPPERDAY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Bd. 3, 2, Halband, 1959, págs. 909 y ss. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, y *Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en la misma obra, págs. 43 y ss. (hay traducción española de Luzón Peña, 1976). RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift-Honig*, 1970, páginas 55 y ss. MARX, Michael, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, 1972, págs. 84 y ss. OTTO, *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, en Müller-Dietz, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, págs. 10 y ss.

(2) A la que en lo sucesivo nos referiremos como teoría constitucional «estricta». Vid. BRICOLA, Franco, *Teoría General del reato*, Estratto dal Novissimo Digesto Italiano, 1974, págs. 7 y ss. A los efectos que aquí interesan su postulado fundamental es la afirmación del necesario carácter constitucional de un bien para que pueda ser objeto de tutela penal. La relación del mismo con la Carta puede ser «expresa», «implícita», o a través de los llamados «delitos-obstáculo», que permiten la protección de un bien no constitucional, cuando la lesión de éste sea necesaria e inequívocamente idónea para poner en peligro el bien constitucional (por ejemplo, los delitos contra la seguridad del tráfico en relación al bien jurídico vida). Aun con diferencias parciales, en términos semejantes: MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974, págs. 69 y ss. STORTONI, Luigi, *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1976. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, I, 1980, págs. 140 y ss., entre otros. Una postura semejante se adopta también en mi trabajo, inédito, *Bases constitucionales para una teoría del ilícito penal*, 1981. En la misma línea se inscribe la obra todavía inédita *Bien jurídico y pena en la perspectiva constitucional*, en la que se recoge la investigación que sobre el tema he llevado a cabo en la Universidad de Bolonia, gracias a una Beca para estudios en el extranjero que me fue concedida por la Fundación Juan March en el curso 1980-81.

(3) Resaltando, entre otras consideraciones conectadas directamente al texto constitucional italiano, las dificultades que entraña la elaboración de una jerarquía de valores de la Constitución y las incertezas que, en cuanto a la determinación del ámbito del ilícito, así entendido, comporta la categoría de los bienes «implícitos» y los «delitos-obstáculo». La primera objeción parece olvidarse, sin embargo, cuando Fiandaca, en la segunda parte de su comunicación, apunta un esquema de jerarquización de los bienes jurídicos de la Parte Especial según la perspectiva constitucional.

capaz de constituirse en criterio exclusivo para la identificación del ilícito penal; entendiendo, por el contrario, que era preciso referirse al conjunto de principios constitucionales, ya inspirados en una perspectiva «garantística», ya «solidarística».

Las concepciones de fundamento sociológico (Amelung, Hassemer) (4), que no desconocen el papel orientativo de la Constitución en este tema, las consideró asimismo incapaces de definir de una vez por todas el «tipo» de perturbación social que determina la reacción penal, por cuanto, estimó, no parece que definir el delito como fenómeno que obstaculiza el funcionamiento del sistema social sirva en definitiva a indicar mejor qué es lo que el legislador debe castigar; aparte de la imposibilidad en que las mismas se encuentran de servir de parámetro realmente vinculante para el legislador. En su opinión, la tesis correcta no puede ser otra que la de un planteamiento constitucional del tema del bien jurídico, entendido no en el sentido de que el concepto así concebido pueda delimitar definitivamente el área de lo punible, sino tan sólo proporcionar «directivas programáticas de tutela, potencialmente vinculantes», cuya concretización ha de ser encomendada inevitablemente a la legislación que actúe y desarrolle la Constitución. Lo que conlleva la necesidad de reconocer amplios márgenes de libertad al legislador (tanto en lo que se refiere a los concretos objetos de tutela como a la forma de actuar la misma) y supone un nuevo enfoque de problemas hasta ahora tratados quizá de manera excesivamente rigurosa; fundamentalmente en relación a la inconstitucionalidad de los delitos de peligro abstracto para la tutela anticipada de bienes de rango primario, principio de subsidiariedad, de necesidad de la pena, jerarquía de valores constitucionales, etc., que adquieren una nueva dimensión vistos desde la perspectiva de los principios constitucionales básicos del sistema.

Domenico Pulitanò trató el tema del «Bien jurídico y Justicia Constitucional». En su intervención, con un amplio examen de las sentencias de la Corte Constitucional Italiana, intentó precisar hasta qué punto había sido acogida la tesis según la cual sólo pueden ser objeto de la tutela penal los bienes a los que (implícitamente o explícitamente) la Constitución atribuye relieve. En su opinión, si bien es verdad que la norma fundamental es apreciada como el campo donde deben descubrirse los bienes jurídicos, su pleno aprovechamiento puede considerarse todavía en los inicios. Prestó especial atención al tema de las llamadas «obligaciones constitucionales de tutela» (5), que suponen alargar el campo de la discusión del tradicional

(4) Vid. AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechenens*, 1972, y HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechenens*, 1973, págs. 60 y ss.

(5) Cuyo fundamento jurídico estaría, según sus sostenedores, en los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, y que impondrían al legislador la necesidad de tutelar todos los bienes jurídicos recogidos en el texto constitucional. En el primero de ellos se establece que «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, y exige («ri-

tema de lo que está previsto en el derecho vigente como delito al ámbito de lo que no aparece regulado en el mismo, pero está conectado, sin embargo, a un bien constitucionalmente garantizado. Es decir: la referencia a los bienes jurídicos constitucionales no se hace ya sólo con el propósito de delimitar un contenido mínimo (máximo) necesario del ilícito penal, sino que tal relevancia se utiliza para propugnar la extensión del área del injusto, afirmando en unos casos la existencia de una obligación de tutela penal en relación a esos bienes o, en otros, manteniendo la ilegitimidad de la supresión de la tutela penal ya existente (6). Con ello, el valor atribuido a los bienes jurídicos constitucionales como fundamento del sistema se lleva a sus más extremas consecuencias, reduciendo al máximo el espacio de maniobra del legislador, cuyo papel quedaría reducido al de realizador concreto de opciones de valor operadas ya a nivel constitucional.

En relación a la alternativa entre entendimiento «abierto» o «cerrado» del sistema constitucional de valores, prefirió el primero, considerando que sólo una concepción de este tipo es viable en las modernas sociedades del momento, pluralistas y conflictuales. De esta manera, en la Constitución no puede verse, añadió, una jerarquía de valores, en sí mismos válidos y ordenados, un sistema cerrado, en definitiva, que el intérprete debe desarrollar a modo de una teología aplicada, sino que debe concebirse como un sistema abierto, en el que no todo ha sido decidido ni todo estructurado en rígidas tablas de valores y en el que conscientemente se han dejado abiertos espacios para un proceso político libre. Por lo demás, la vinculación constitucional desarrollaría así de una manera más exacta su función liberal, puesto que, de una parte, siguen siendo operativos los instrumentos de control pro-

chiede») el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social». En el párrafo segundo del artículo 3 se dispone que «Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país»; disposición, recuérdese, muy similar a la contenida en el artículo 9,2 de la Constitución española.

(6) El tema se ha suscitado sobre todo en relación a la Ley de 10 de mayo de 1976, núm. 319, sobre la contaminación de las aguas (conocida como Ley Merli) y la Ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194, sobre la interrupción voluntaria del embarazo (sobre la misma puede verse GONZÁLEZ RUS, *Italia: cinco referendums afectantes a materias penales*), en ANUARIO, 1981, páginas 523 y sigts. En orden a la primera, y desde sectores políticos de izquierda, se apela al bien jurídico constitucional de la salud (art. 32 de la Constitución italiana) sosteniendo que la ley en cuestión establece una regulación insuficiente de la misma y que no cumple de manera adecuada con lo que se califica de «obligación constitucional» de tutelar la salud, habiéndose planteado por ello numerosas cuestiones de legitimidad constitucional en base a los artículos 2, 3 y 32 del texto fundamental italiano. En relación a la Ley 194/1978, desde sectores políticos de derecha, se denuncia como excesivamente amplio el espacio de no punibilidad reconocido al aborto, respecto del que sólo se ha reconocido como inconstitucional la punición del aborto terapéutico. Fuera de estos casos, entonces, la «obligación constitucional de tutela de la vida» impondría la inaceptabilidad tanto de la autodeterminación de la mujer en los primeros noventa días como el reconocimiento de otras indicaciones que de hecho vinieran a superar el marco de la «terapéutica».

pios del Estado de Derecho, y, de otra, previene contra una «teología de valores», de derecha o de izquierda. Se desdramatizaría también, estimaba Pulitanò, el tema del catálogo de bienes jurídicos susceptibles de tutela penal, trasladándose la problemática a la teoría de los delitos de peligro, puesto que lo decisivo será determinar el momento a partir del que puede establecerse la tutela de los bienes, cualesquiera que sean.

En relación a éstos, empezó señalando que la disputa se centra no tanto en la admisión de la categoría como en la justificación de las concretas figuras que son susceptibles de inclusión dentro de la misma; tema en el que la importancia del bien jurídico adquiere un papel decisivo. El punto obligado de partida —como consecuencia del carácter abierto del sistema de valores— es el reconocimiento de la amplia libertad de que goza el legislador, ya sea en lo que se refiere a la elección de los bienes jurídicos, ya en la determinación del momento en que puede producirse la tutela anticipada de los mismos. En este tema, el control crítico y garantista que la doctrina puede desarrollar no se encuentra en los esquemas conceptuales adoptados en sí mismos, sino en la verificación de los presupuestos en que se fundamentan las concretas tutelas operadas por el legislador. Por la misma razón, tratándose de una tarea caracterizada por la discrecionalidad, las obligaciones constitucionales de tutela no pueden ser consideradas más que como una excepción, conectada a situaciones no comunes. El reconocimiento de tales «obligaciones», por lo demás, se corresponde con una concepción expansiva y propulsiva del ordenamiento jurídico, que en el momento presente puede considerarse cuando menos en crisis. Una visión de este género, concluyó Pulitanò, no supone imponer un relativismo en el que la razón corresponde a quien es más fuerte en la situación concreta, dado que en todo caso la Constitución, además de señalar los límites liberales a la tutela penal, indica el campo, el cometido de la misma y el cuadro genérico en que debe desenvolverse cualquier política penal.

Tullio Padovani se ocupó del tema «Bien jurídico y delitos políticos», en relación directa al Título I del Libro II del Código penal italiano, en donde se recogen los delitos contra la personalidad del Estado, materia en la que la función del bien jurídico (y no sólo en la legislación italiana) aparece especialmente problemática. Tras una reseña histórica del origen y evolución del fundamento en que se basa el castigo de los delitos políticos, afirmaría la imposibilidad de que la reclamada «personalidad del Estado» pueda representar un bien jurídico, por cuanto ello significa afirmar la eventualidad de que la conducta delictiva pueda lesionar el bien jurídico a que aparece conectada, no ocurriendo así, sin embargo, en la mayor parte de las figuras contenidas en el Título de referencia. Tal apelación, estimó, no es sino una metáfora dirigida a expresar, en forma mixtificada, la idea de una voluntad política superior contradicha por comportamientos concebidos esencialmente como desobediencia, perpetuándose de esta forma el modelo histórico de la «lesa maestá». Se refirió en concreto a los delitos de atentado, asociaciones y a la última legislación italiana en materia de orden público y terrorismo, señalando en orden a ésta el acentuado matiz subjetivista que la inspira, a modo de punición de una «Gesinnung» política-

mente reprobada. La necesaria reforma de estos delitos habría de hacerse, estimó, sobre la base de la Constitución, tanto en lo que se refiere a la individualización de los intereses políticos tutelados como al modo de la tutela, reconduciendo, con la guía del principio de lesividad, el ilícito penal a la sola lesión de bienes constitucionalmente relevantes. Sólo así se podrá sustraer este género de delitos al relativismo de las valoraciones políticas de los detentadores del poder y al subjetivismo de los contenidos con que vienen expresados. En este sentido, la idea base sería la de sustituir el «Estado-persona» (que íntimamente encierra una concepción totalitaria, según la cual del mismo modo que no existe relación política que no sea extraña al Estado-persona, no puede darse ninguna hipótesis de delito político que no se dirija contra él) por la idea de «Estado-comunidad».

«El orden público entre Código penal y leyes excepcionales» fue la comunicación del profesor Carlo Fiore. Tras señalar que la reconstrucción de la Parte Especial debe hacerse sobre la base de las investigaciones sociales, manifestó su criterio de que la Constitución, que condicionará las conclusiones que puedan derivarse de las mismas, supone, sin embargo, un límite bastante genérico, cifrado fundamentalmente en dos principios básicos: de una parte, el deber de penar todo aquello que es necesario para el funcionamiento social; de otra, la prohibición de castigar el desarrollo de actividades y derechos reconocidos en la norma fundamental. En materia de orden público, tras examinar las diversas acepciones del mismo y las consecuencias que en este tipo de delitos ha determinado la legislación de excepción (notables, pero no hasta el punto de ser entendidas en términos de «descodificación» (7), concluiría afirmando la ineludible necesidad de asentar en el terreno constitucional la reforma de estos delitos, puesto que sólo en el mismo puede encontrarse un equilibrio satisfactorio entre el papel de «fundamento» del bien jurídico y su función «delimitativa».

Cesare Pedrazzi se ocupó del tema «Intereses económicos y tutela penal». Partiendo de un examen de los distintos criterios que se utilizan para calificar e identificar los delitos económicos y tras resaltar la diversidad de contenidos que tal categoría presenta en algunos proyectos de reforma (Alternativo alemán y español), afirmó la inidoneidad de la economía para funcionar como objeto jurídico específico, así como su escasa utilidad para servir de objeto de categoría. Se refirió a continuación al tratamiento que en el derecho italiano reciben los «intereses difusos», los «colectivos» (recordando la solución del «delito masa» adoptada por la jurisprudencia española en este ámbito) y los delitos que ofenden intereses reconducibles a la

(7) En un fenómeno similar al que advierte IRTI, *L'età della decodificazione*, 1979, en relación al derecho privado, en donde, estima, las leyes especiales están usurpando el papel central que dentro del sistema correspondería al Código civil. Tal posibilidad se ha negado, sin embargo, en relación al ordenamiento penal vid. BRICOLA, *Considerazione introduttive al Dibattito sul Codice Rocco cinquant'anni dopo*, en *La Questione Criminale*, número especial, 1981, págs. 10 y ss., y, en el mismo lugar, PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, págs. 111 y ss. Interesante sería verificar si efectivamente la legislación especial que en España está viendo últimamente la luz en materia de terrorismo determina o no un efecto similar.

economía como complejo. Calificó a esta última de bien jurídico de tipo ideal, no sólo porque no encuentra correlativo en materializaciones objetivas, sino porque aún en el mundo de los valores no representa más que un objetivo tendencial; apuntando, en fin, las que entendía debían ser líneas maestras de la reforma.

Knut Amelung, trataría el tema del «Bien jurídico en la reciente doctrina alemana», que calificó de «subdesarrollada» en esta materia, dada su falta de preocupación por la misma. Dentro de la evolución histórica del concepto, amplia y rigurosa —expuesta en los términos ya reflejados en su conocida obra sobre el tema, a la que nos remitimos— insistió especialmente en la trascendencia que para el concepto de bien jurídico tuvo la distinción Welzeliana entre «desvalor de acción» y «desvalor de resultado», como reflejo de los planteamientos tan diversos entre «ética de la acción» y «ética del resultado». Esta diferenciación, que calificaría de momento clave, es la que posibilita, en su criterio, que el bien jurídico pueda empezar a desarrollar una función crítica dentro del sistema, saliendo de la ambigua ambivalencia que lo había caracterizado hasta entonces y que, permitiendo la manipulación del concepto, hacía posible que el mismo fuera localizable en cualquier norma. La aludida diferenciación, considerando el desvalor de resultado como algo situado fuera de la norma misma, y la diversa función atribuida a la tutela de la norma (puesta para la protección del bien jurídico) y la tutela de la sanción (puesta para la protección de la norma), aportarían el soporte conceptual necesario para que el bien jurídico pudiera adquirir capacidad crítica, potenciando el papel que es capaz de desarrollar. Expuso, asimismo, la necesidad de distinguir entre tutela de la sociedad y tutela de los bienes jurídicos —idea por lo demás ya reflejada en el propio título de su obra—, señalando que la misión que verdaderamente corresponde a la teoría del bien jurídico es la de orientar la tutela de la sociedad hacia una ética del resultado y no hacia una ética de la intención. Solución que entendía la única coherente con la Constitución de Bonn, centrada en la libertad de expresión e incompatible por consiguiente con un Derecho penal fundamentado en una ética de la intención y no del resultado.

Criticó a continuación la concepción tradicional del bien jurídico que, por una parte, estimó, se muestra incapaz de representar adecuadamente todos aquellos bienes jurídicos que consisten en procesos o relaciones sociales, cuyo tratamiento no puede ser concebido de la misma manera que permiten los bienes materiales; por otra, porque ofrece una visión estática del bien jurídico respecto a la víctima, desde el momento en que se construye sobre las relaciones entre bien jurídico y comportamiento lesivos o peligrosos para el mismo (y mediatamente, por tanto, con el sujeto activo). La realidad, sin embargo, es que la actuación de la víctima tiene relevancia a efectos de la propia configuración de la tutela del bien jurídico, como sucede, por ejemplo, en los supuestos reconducibles a lo que en la realidad criminológica española podríamos calificar de «timo»: sólo una consideración estática y pasiva del bien jurídico permite dar el mismo tratamiento a un supuesto de estafa claramente caracterizada que a los groseros «timos» en los que el engañado contribuye de una manera directa y decisiva a la pro-

pia lesión del bien jurídico. Una visión sociológica y funcional de éste, es, por tanto, la única que permitiría dar entrada a la Victimología en el campo de la tutela penal.

Tras referirse a las situaciones límite en tema de bien jurídico, y que muestran las carencias que en relación a las mismas ofrece el concepto tradicional de bien jurídico (orden familiar, orden público, buen funcionamiento de la Administración Pública, fe pública, delitos sexuales, delitos contra la religión, etc.), resaltó cómo en la mayor parte de estos casos no estamos en presencia de acciones atentatorias de bienes jurídicos, sino de conductas que disturban el adecuado funcionamiento de los «subsistemas» sociales, cuyo correcto desarrollo permite el normal desenvolvimiento social. De aquí que el delito sea, en definitiva, un comportamiento «disfuncional». Concluyó afirmando la necesidad de que la teoría del bien jurídico esté apoyada en una sólida base sociológica, única que puede aclarar qué debe ser tutelado penalmente. Importante es resaltar, pues ello supone un radical cambio de postura respecto a la tesis originariamente mantenida en su ya aludida obra, que el planteamiento sociológico se concibe ahora como «complementario», pero no «sustitutivo» de la teoría del bien jurídico (8).

Francesco Angioni analizó el tema «Bienes constitucionales y criterios orientativos en el área del ilícito penal» (9), en donde se propone completar el camino seguido en las investigaciones constitucionales sobre la materia,

(8) Prevista estaba asimismo la intervención de Winfried Hassemer, al que, sin embargo, no le fue posible asistir. Su comunicación, según el resumen escrito de la misma, debía versar sobre las que considera líneas maestras de una reforma de la Parte Especial en el momento actual. En su criterio, debería producirse, de un lado, una prudente «descriminalización» en el ámbito del Derecho penal «clásico» (delitos de bagatela, atenuaciones de pena, posibilidades de suspensión del proceso, etc.) y, de otro, una criminalización de los comportamientos hasta ahora propios del llamado «Derecho penal accesorio» (delitos tributarios, económicos, financieros, etc.). Todo ello bajo la tendencia general de otorgar mayor preponderancia a los bienes jurídicos universales que a los individuales, con lo que ello conlleva de dificultad de la tarea de individuar un concepto de bien jurídico capaz de cumplir una función crítica. Cree necesario, por eso, insistir sobre el legislador para que reduzca al mínimo estos delitos «sin víctima» o de «víctima indeterminada» («opferverdünnter Delikte») y para que la determinación del bien jurídico en el tipo se haga del modo más preciso posible. Se destaca asimismo cómo la tendencia a la tutela de «funciones», de situaciones de peligro para genéricas relaciones sociales, en sustitución de «sustratos» que se ven lesionados por determinados comportamientos prohibidos, supone un abandono del principio del bien jurídico. Cuestión que, por lo demás, aparece conectada con otra de las tendencias de reforma: el aumento del espacio concedido a la llamada «Vorfeldkriminalisierung» y que se muestra en el progresivo desarrollo de los delitos de peligro y en los delitos políticos, caracterizados por el alejamiento de la tutela del concreto momento de la lesión del bien jurídico. En este sentido, considera necesario que se haga una descripción precisa del comportamiento incriminado, conectando directamente las formulaciones normativas al bien jurídico y utilizando procedimientos que compensen (en la medida de la pena, por ejemplo) la anticipación de la tutela que se produce.

(9) Comunicación que arranca precisamente de donde acaba su interesante libro, ya citado, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*.

que siempre se han detenido en el mismo punto: revisión del catálogo de los bienes jurídicos y reconstrucción de los tipos penales a la luz de la Constitución. El ámbito del ilícito penal debe construirse, estimó, sobre la afirmación del objetivismo en el Derecho penal, con el consiguiente reconocimiento de que se trata de un Derecho penal «del hecho» cuya función ha de ser la tutela de bienes jurídicos y basado en el principio de que todo ilícito debe integrar una ofensa del mismo. Principios básicos de una tal estructura han de ser el de proporcionalidad y el de necesidad y efectividad de la tutela. El primero de ellos, el de que toda reacción penal para ser legítima necesita ser proporcionada a la acción (ofensiva), resultaría mediatamente constitucionalizado a través de la función reeducativa asignada a la pena en la norma fundamental italiana, dado que en el momento presente el principio de proporcionalidad debe considerarse válido para cualquier concepción de la misma. Su eficacia se produce a varios niveles, indicando el «qué», el «cómo» y el «cuánto» de la tutela. En primer lugar, desde luego, en relación al bien jurídico protegido, imponiendo que el objeto jurídico ofendido por el delito sea de valor igual o proporcionado al que se ve afectado por la sanción. En consecuencia, en los delitos castigados con pena detentiva, el bien jurídico protegido ha de ser un bien constitucional fundamental o primario; en los que aparece señalada la pena pecuniaria ha de tratarse o de uno de los anteriores o de un bien constitucional secundario. En definitiva, por tanto: el objeto del delito debe ser siempre un bien constitucional.

El principio de proporcionalidad ha de ser tenido también en cuenta en orden al grado de anticipación de la ofensa al bien jurídico. La regla general, de apreciación intuitiva, es la de que cuanto más importante sea un bien jurídico, tanto más legítima es la anticipación de la tutela, y viceversa. Partiendo de aquí, y prefiriendo la distinción entre delitos de peligro directo (el que se refiere y está directamente ligado al bien jurídico tutelado) y de peligro indirecto (el que se refiere a un «quid» negativamente valorado, pero que no consiste todavía en la lesión del bien jurídico) a la tradicional de delitos de peligro abstracto y concreto, llegará a la conclusión de que para los bienes fundamentales y primarios la pena detentiva podrá ser dispuesta tanto en los casos de lesión como en los de peligro directo o indirecto; para los bienes constitucionalmente secundarios, en cambio, sólo serán admisibles hipótesis de peligro directo. En todo caso, la diferente entidad de la ofensa entre los delitos de lesión y los de peligro habrá de surtir sus efectos, ya sea en la medida de la pena, ya en la clase de la misma.

Una correcta aplicación del planteamiento propuesto debe necesariamente ofrecer criterios para individuar el bien jurídico objeto de la ofensa, que por tratarse de bienes constitucionalmente relevantes deben ser deducibles de la misma. Su grado de concreción, estima Angioni, influye de manera determinante sobre la propia apreciación del delito como de lesión o de peligro directo o indirecto (piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la Administración de Justicia y cómo la diferente visión que se tenga del

objeto jurídico protegido puede determinar una u otra calificación). Las mayores dificultades de concretización que presentan en este sentido los bienes institucionales pueden ser resueltos si se orienta la búsqueda del bien jurídico en dirección del sujeto titular del mismo, ya sea una persona individual, ya una colectividad que adquiere unidad funcional e individualidad propia. Util en este empeño sería el procedimiento común en el Derecho privado de considerar a la persona jurídica como «pendant» de la persona física. Una vez encontrado el sujeto al que vienen atribuidas las funciones, poderes, actividades organizativas, etc. —Estado, poder judicial, etcétera—, se ha obtenido un parámetro de homogeneidad entre los bienes individuales y los institucionales que permite la aplicación del principio de proporcionalidad.

El esquema así elaborado se asienta y requiere, en primer lugar, la previa verificación de que la Constitución es instrumento idóneo para la identificación de los bienes jurídicos; en segundo, la facilitación de criterios que permitan operar la distinción entre bienes constitucionales de rango primario y secundario. En cuanto al primer tema, afirmó Angioni, rechazando las críticas contrarias, la idoneidad de la Constitución a estos efectos, desde el momento en que como tales deben considerarse también los que aparecen implícitos en el texto constitucional; siendo utilizables para esta determinación tanto la argumentación «a fortiori» como la analógica. Ello, sin embargo, no significaría que la Carta deje vía libre a la contemplación de cualquier interés, en cuanto que en todo caso los posibles objetos de tutela deben ser encuadrables dentro de la misma. La distinción entre bienes constitucionales primarios y secundarios puede hacerse mediante la comparación del bien respectivo con el de la libertad personal, que constituye un valor preferente en la norma fundamental italiana. Bienes primarios serían aquellos sin los cuales el individuo no puede realizarse, en las mínimas formas existenciales, o cuya falta resultaría atentatoria a la dignidad del hombre. Primarios de carácter colectivo serían aquellos otros sin los cuales el individuo no puede realizarse en las mínimas expresiones sociales y los bienes institucionales sin los que vendrían a menos los principios fundamentales que configuran el tipo de Estado delineado en la Constitución. De cualquier forma, las incertezas de la clasificación puede ser parcialmente subsanadas apelando a los restantes criterios que determinan la configuración del ilícito: entidad y gravedad de la ofensa (cuando mayor es la importancia del bien constitucionalmente tutelado, tanto menor ha de ser la gravedad mínima exigible a la ofensa del valor tutelado), exclusión de los supuestos de peligrosidad mínima al bien jurídico en las hipótesis de delitos de peligro, elemento subjetivo del delito (dado que la reacción penal es voluntaria, ha de ser también en general la ofensa del bien constitucionalmente tutelado y sólo en vía excepcional será relevante también la culposa; precisamente porque se trata del principio de proporcionalidad y no del de equivalencia), y exclusión de la responsabilidad objetiva (en atención al carácter personal reconocido a la responsabilidad penal por el artículo 27 de la Constitución italiana). El cuadro propuesto se completó con las referencias al papel que en un sistema así concebido correspondería desarrollar

a los principios de subsidiariedad y de idoneidad y efectividad de la pena, que de manera coordinada vienen también a restringir el ámbito del ilícito penal (10).

Especialmente interesantes fueron asimismo las intervenciones que se produjeron en los momentos de discusión de las respectivas comunicaciones o en los turnos de participación libre. La falta de textos escritos aconseja, sin embargo, prescindir de una referencia particularizada de las mismas, a pesar de su evidente interés, por el temor de traicionar su auténtico sentido y significación (11).

(10) En otra comunicación escrita, Antonio Fiorella, se refiere al «Bien jurídico y especiales condiciones personales», en relación a los delitos especiales y con el propósito de analizar qué elementos del tipo están conectados con la ofensa del bien jurídico y cuáles no, lo que constituye un paso obligado en cualquier reconstrucción de las figuras de Parte Especial y que ofrece una particular problemática en relación a los delitos especiales y de propia mano. Insatisfactorias estima tanto la teoría que habla de un bien jurídico especial, distinto al que se ve ofendido en los delitos comunes, y que funcionaría a modo de bienes «cerrados» o «reservados» a un cierto grupo de personas, como la teoría que encuentra un doble bien jurídico en estos tipos: uno ofendible por cualquier sujeto y otro lesionable sólo por las personas a que se refiere la figura delictiva. Estima que en ambos casos lo que en realidad viene a hacerse es potenciar el momento del desvalor de la conducta en detrimento del desvalor de resultado. Por eso que la conciencia de esta problemática deba ser tenida en cuenta en cualquier revisión de la Parte Especial, para que partiendo del necesario contenido lesivo del delito sea bien determinado el bien jurídico y se mantenga separado de otros valores que respecto al mismo desarrollan sólo una función instrumental (por ejemplo, la condición personal del sujeto activo).

(11) Por referirse a valoraciones comprensivas del tema del Seminario o por estar previstas en el Programa del mismo, referimos a continuación —telegráficamente— algunas de ellas. El profesor Ettore Gallo, en una vigorosa intervención, recordó los peligros que pueden derivarse de una falta de condicionamientos para el legislador penal, particularmente en materia de delitos de peligro, tan manipulables ideológicamente, y cuyo potenciamiento se recomendaba, sin embargo, más o menos explícitamente, en algunas de las comunicaciones. El profesor Ruggiero, se mostró partidario de la concepción metodológica del bien jurídico, haciéndolo coincidir con el fin de la norma. Resaltó, asimismo, lo que le parecían algunas paradojas de los planteamientos expuestos: por ejemplo, el que se solicite una mayor concreción en el tipo para que sea posible precisar cuál es el bien jurídico que protege, cuando después se afirmará que es precisamente el bien jurídico el que tiene que servir para interpretar y clarificar el sentido de la norma. Destacó, por otra parte, las dificultades que esa concretización entraña, dado que es un punto común de la doctrina el de que el tipo se limita a recoger sólo ciertas formas de ataque al bien jurídico, por lo que es dudoso que a través de esa descripción de aspectos parciales pueda llegarse a una completa identificación del mismo. Vincenzo Patalano, se refirió a los delitos económicos, ya tratados por el profesor Pedrazzi en su comunicación, deteniéndose en el significado que en la reforma de los mismos habría de tener el principio del libre ejercicio de la competencia. El profesor Pagliaro, manifestó su agrado por la pérdida de credibilidad que sufre la idea del catálogo de bienes constitucionales, resaltando cómo en ocasiones quieren resolverse en sede de bien jurídico cuestiones cuyo alojamiento natural está en otros lugares de la teoría jurídica del delito. Ello hace necesario, estimó, plantearse qué se puede pedir y qué no se puede pretender del bien jurídico. En su opinión, sólo está en condiciones de desarrollar

Un balance general del Seminario ha de ser necesariamente positivo, si se considera el interés del tema y el rigor, amplitud y profundidad de las intervenciones. Como impresión global me atrevería a destacar —en un juicio que en cuanto personal puede ser equivocado— el cierto grado de escepticismo que, como una emanación (¿maligna?), flotaba en el ambiente en relación a las virtudes críticas del concepto de bien jurídico en sí mismo considerado, al que en ocasiones se le reconoció sólo funciones sistemáticas. Digno de señalarse es también el especial tono polémico que se suscitó en torno a la teoría constitucional «estricta» del bien jurídico, por así llamarla, que ha tenido evidente trascendencia en la dogmática italiana de los últimos años y que fue revisada críticamente en algunas de las comunicaciones presentadas; precisamente por quien durante tiempo ha sido mantenedor de la misma. Sin rechazar de plano el asentamiento constitucional del bien jurídico se apreció lo que podría calificarse de un paso atrás en el desarrollo de la misma y de su finalidad primordial que, como es sabido, no es otra que la de acotar dentro de términos lo más precisos posible el área del ilícito penal, con la consiguiente limitación de la libertad del legislador a la hora de la creación del mismo. La afirmación del carácter abierto de los valores deducibles de la carta constitucional y el retorno a los «principios» en ella contenidos, en vez de a los concretos valores reflejados, no es, si bien se mira, sino el inscribirse dentro de las teorías que, frente al carácter constitucional del bien tutelado como requisito necesario para que pueda constituir un ilícito penal, han mantenido la simple «no incompatibilidad» con la Constitución de los bienes susceptibles de tutela (12).

Por otra parte, la renovada confianza que se deposita en los delitos de peligro abstracto, por personas que habían mantenido hacia ellos claras posiciones críticas, constituye también, me parece, un reflejo más del proceso apuntado, que si se exceptúan la comunicación de Angioni y la vigorosa intervención de Ettore Gallo (13), desemboca en el reconocimiento, más o menos a gusto, más o menos consciente, de la casi incontrolable libertad

una función sistemática, posición, por lo demás, absolutamente coherente con su postura a favor de la concepción metodológica del bien jurídico. Se mostró partidario, en fin, de una revitalización de los delitos de peligro abstracto, congratulándose del ambiente favorable a los mismos que se percibía en el Seminario. El profesor Malinverna, entre otras consideraciones, consideró excesivamente simplista el intento de tutelar los valores constitucionales tal y como se obtienen de la misma, dado que en el texto fundamental hay una confluencia de valores y aspectos sociales e individuales que conforman la significación de cada uno de ellos y hacen poco viable una consideración recíprocamente aislada. En cuanto a los delitos de peligro advirtió que la afirmación de que deben convertirse en descripción de medios y conductas no hace más que posponer el problema, ya que la dificultad es precisamente ésa: ¿cómo hacer tal descripción? Especialmente interesante fue también la relación de síntesis del Seminario, que corrió a cargo del profesor Marinucci y en la que se dió una visión general del tema objeto del mismo y de las posiciones mantenidas, junto con atinadas observaciones que podrían calificarse de «conciliatorias».

(12) Sobre esta posición, vid. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte Generale, 1980, págs. 183 y ss., con ulterior bibliografía.

(13) Vid. supra nota 11.

del legislador a la hora de decidir el «qué» y el «cómo» de la tutela. Conclusión que, si se observa, hace paradójica la actitud crítica ante el planteamiento constitucional que hemos llamado «estricto», al que en el Seminario se ha reprochado la falta de límites claros en la determinación de los bienes susceptibles de tutela (a causa del reconocimiento de los bienes implícitos) y la dificultad —cierta y evidente— que entraña la elaboración de una jerarquía de valores dentro de la Constitución; problema, por lo demás, con o sin referencia a la carta fundamental, ya viejo en el Derecho penal. Y tal actitud me parece paradójica si se considera que la solución a esas indeterminaciones que se le achacan a la teoría de referencia se encuentra precisamente en un retorno a la dudosa capacidad limitativa de los «principios» (por cierto utilizados ya por algunas elaboraciones de la doctrina alemana que se ha considerado poco eficaz a estos efectos) y los «valores abiertos», lo que sustancialmente supone reconocer como poco susceptible de condicionamiento la capacidad del legislador a la hora de establecer el ilícito penal. Y es que si se admite que a mayor generalidad de la formulación, mayor es la posibilidad de manipulación de un concepto, se debe reconocer que los «principios» —cuya individualización y concreción será cuando menos tan dificultosa y discutible como la de los propios valores y de cuya jerarquización no parece que sea posible prescindir— son materia más moldeable en función de intereses coyunturales que la remisión a bienes, valores y procesos directa o mediatamente vinculados a específicas disposiciones constitucionales. Lo que no significa, sin embargo, que deba renunciarse a la utilización de los mismos. Como la comunicación de Fiandaca puso de manifiesto, su utilidad puede ser grande, por lo que cualquier planteamiento constitucional de la materia tiene necesariamente que contemplarlos. Quiere decirse únicamente que su utilización como criterio exclusivo no parece que pueda sustituir con ventaja, ni a nivel de resultados prácticos, ni al de facilitación de la elaboración dogmática, a las concepciones que intentan una construcción asentada directamente en preceptos positivos de la norma fundamental. Ambos planos son, por el contrario, perfectamente armonizables, mejor, inseparables, por lo que siendo así ambos deben ser tenidos en cuenta coordinadamente. Por lo menos, estimo, antes de renunciar a un empeño de este tipo, que en principio, aunque dificultoso, ofrece posibilidades de un resultado fructífero, deben agotarse todas las vías que pueden conducir a una concepción del bien jurídico útil dogmáticamente y al tiempo capaz de desarrollar una eficaz labor crítica y limitativa del legislador. Porque, innecesario es advertirlo, detrás del tema de la función crítica del bien jurídico lo que hay es un problema de confianza o desconfianza en el legislador, al que, en consecuencia, se quiere limitar más o menos en el momento de la creación del ilícito penal. La potencial peligrosidad que para el individuo y la sociedad entraña un uso prepotente y desviado del instrumento penal me hacen partidario de extremar, dentro de lo posible, las garantías de que tal utilización se verá al menos dificultada; pues sería ingenuo pretender que tales condicionamientos, en cuanto jurídicos, serían capaces de frenar una decidida voluntad de servirse interesadamente del ordenamiento penal para la consecución de fines parciales.

Y un tal resultado (en un Estado democrático) sólo puede lograrse con un asentamiento constitucional del bien jurídico y del ilícito penal en general, en cuanto que se trata de una norma que políticamente representa (de manera siempre imperfecta) los intereses de la mayoría y jurídicamente vincula a todo el ordenamiento. En el convencimiento, además, de que cuanto mayor sea la correspondencia con la misma, mayores serán los obstáculos que se ofrecen a una desvirtuación del contenido y la función que una sociedad quiere que el Derecho penal cumpla en su servicio. Correspondencia directa a la que le reconocemos virtual eficacia tanto a nivel general como en relación a la determinación de los concretos ámbitos del ilícito penal. De no ser así, sería insalvable el contraste (apreciable en algunos casos en el Seminario) entre una actitud de relativo escepticismo sobre las virtudes de un planteamiento constitucional estricto, en línea de principios, y la remisión rigurosa al mismo que se ha hecho cuando se trata de concretas áreas delictivas (delitos políticos, orden público, etc.) o incluso de sistematización general de la Parte Especial, cuya estructuración y configuración se considera en ambos casos que debe hacerse de manera necesaria bajo la disciplina del texto constitucional.

Una concepción de este género ni se presenta ni debe entenderse como el medio mágico que resuelve todos los problemas, sino que por el contrario cuenta con numerosas dificultades y limitaciones. Constituye, sin embargo, una posición crítica poco rigurosa exigirle que solucione «todo» y desecharla, por ineficaz, si no lo hace, para volver a elaboraciones menos fructíferas y a las que por ello se les pide de principio la satisfacción de menos cometidos.

Sobre la utilidad que en la doctrina patria tendría una investigación de esta naturaleza no es preciso insistir. Una simple ojeada a la bibliografía nacional es suficiente para comprobar cómo la expuesta es una materia que por razones obvias —la carencia de un texto constitucional útil hasta hace muy poco tiempo— ha permanecido ajena a la atención jurídico-penal (14). Es por eso que me parecía interesante recoger en estas páginas —aunque haya sido en apretada síntesis— la problemática planteada en el Seminario de Siracusa, en el que tuve ocasión de participar, por haber sido gentilmente invitado al mismo, lo que desde aquí he de agradecer nuevamente.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS

(14) Ni siquiera la obra de Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*, 1979, afronta una investigación de este género. Su conexión constitucional se limita a la fórmula del Estado establecido en la Carta fundamental, interpretada, por lo demás, con independencia del propio contenido concreto de su texto. Mayor relieve adquiere la Constitución en Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho penal*, Parte General, I, 1980, aunque no ocurra lo mismo en el volumen II de la misma obra.

SECCION LEGISLATIVA

A) LEYES ORGANICAS

LEY ORGANICA 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia. («B. O. E.», número 181, del 30.)

TITULO PRIMERO

Delitos de Contrabando

Art. 1.º Uno. Son reos del delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas, los que:

Primero. Importaren o exportaren géneros de lícito comercio sin presentarlo para su despacho en las oficinas de Aduanas.

Segundo. Realizaren operaciones de comercio, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio de procedencia extranjera, sin cumplir los requisitos establecidos para acreditar su lícita importación.

Tercero. Importaren, exportaren, poseyeren, elaboraren o rehabilitaren géneros estancados, sin autorización.

Cuarto. Importaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos, y los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes.

Quinto. Exportaren sin autorización obras u objetos de interés histórico o artístico.

Sexto. Obtuvieren, mediante alegación de causa falta o de cualquier otro modo ilícito, el despacho de géneros estancados o prohibidos o mercancías extranjeras de lícito comercio, por las oficinas de aduanas, o las autorizaciones para los actos a que se refieren los números anteriores.

Séptimo. Condujeron en buque español o extranjero de porte menor que el permitido por los Reglamentos géneros estancados o prohibidos o mercancías de lícito comercio en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros o en cualquier punto de las aguas jurisdiccionales españolas.

Octavo. Alijeraren o transbordaren en un buque clandestinamente cualquier clase de género o efectos dentro de las aguas jurisdiccionales españolas o en las circunstancias previstas por el artículo veintitrés de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar, de veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta y ocho.

Dos. Cuando el contrabando por cuantía superior a un millón de pesetas se realice fraccionadamente en distintos actos de inferior importe cada

uno, tendrán éstos el carácter de delito continuado si existe de propósito y así se infiere de la identidad de su autor y de los medios utilizados en su comisión.

Tres. No obstante, lo dispuesto en el número uno de este artículo, serán también reos del delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, cualquiera que sea su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. Cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito.

Segunda.—Cuando el contrabando se realice a través de una organización.

Art. 2.º Uno. Los reos del delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión menor y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos. En los casos primero y segundo del número uno del artículo anterior, la pena de prisión se impondrá en su grado mínimo, y en los restantes, en el medio o máximo.

Dos. Los Tribunales impondrán las penas correspondientes 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.

Tres. En atención a las circunstancias del hecho y del culpable, los Tribunales podrán rebajar en un grado las penas anteriormente señaladas.

Art. 3.º Uno. 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, distribución 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.

Dos. 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.

Tres. 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 La responsabilidad civil que proceda de declarar a favor del Estado, derivada de los delitos de contrabando, se extenderá en su caso, al valor de la deuda tributaria defraudada.

Art. 5.º Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes y efectos:

Primero. Los que constituyan el objeto del delito.

Segundo. Los materiales, instrumentos y maquinaria empleados en la fabricación, elaboración y transformación de los géneros estancados o prohibidos.

Tercero. Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, siempre que no pertenezcan a tercero que no haya tenido participación en éste, o que el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria no resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y el importe de los géneros objeto del contrabando.

No se procederá al comiso de los géneros o efectos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

Art. 6.º El Juez o Tribunal acordará la intervención de los bienes y efectos a que se refiere el artículo anterior, a resultas de lo que se decida en la resolución que ponga término al proceso.

Los Tribunales, en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables, podrán designar a éstos como depositarios de los géneros o efectos intervenidos, con prestación, en su caso, de la garantía que se establezca.

Art. 7.º Uno. Los géneros o efectos intervenidos podrán ser enajenados, si éste fuere su destino final precedente, y sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo en los siguientes casos:

a) Cuando el propietario o poseedor de los mismos haga expreso abandono de ello.

b) Cuando los Tribunales estimen que su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a disminución importante de su valor. A tales efectos se entenderán comprendidos en este apartado los géneros y efectos que sin sufrir deterioro material se deprecian por el transcurso del tiempo.

Dos. Dicha enajenación será ordenada por los Tribunales procediéndose a la valoración de los géneros o efectos, cuando ésta no estuviere practicada, en la forma prevista por esta Ley.

Tres. El importe de la venta, deducidos los gastos ocasionados, quedará en depósito, a resultas del correspondiente proceso penal.

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, procederá 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 prevista 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 Juzgados y Tribunales ordinarios, por el procedimiento que corresponda. En cada circunscripción provincial se podrá atribuir, de forma excluyente, la instrucción y, en su caso, el conocimiento de las causas por delitos de contrabando, a un Juzgado determinado.

Art. 11. La fijación del valor de los bienes y efectos objeto de contrabando se hará conforme a las siguientes reglas:

Primera. 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.

Segunda. 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.

Tercera. 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 señalados en ambos casos para mayoristas.

Cuarta. En cuanto a los géneros y efectos de ilícito comercio, el Juez recabará de los servicios competentes los asesoramientos e informes que estime necesarios para su valoración.

TITULO II

Infracciones administrativas de contrabando

Art. 12. Incurrirán en infracción administrativa de contrabando los que realizaren las conductas enumeradas en el artículo uno punto uno de la presente Ley, cuando el valor de los géneros o efectos objeto de las mismas sea inferior a un millón de pesetas y no concurren los supuestos previstos en el artículo uno punto tres.

Art. 13. Las personas responsables de las infracciones administrativas de contrabando serán sancionadas con multa del medio al duplo del valor de los géneros o efectos.

Art. 14. Se aplicarán a las infracciones administrativas de contrabando lo establecido en los artículos quinto, octavo y once de la presente Ley.

Art. 15. Las infracciones administrativas de contrabando y sus sanciones prescriben a los cinco años.

Art. 16. Uno. Serán competentes para conocer de las infracciones de contrabando cometidas en el territorio de su jurisdicción los Administradores de Aduanas.

Dos. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, contra los fallos de los órganos administrativos que resuelvan o pongan fin el expediente administrativo de contrabando, procederá la reclamación económico-administrativa ante el correspondiente Tribunal Provincial y subsiguientemente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

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.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Quedan derogados el texto de la Ley de Contrabando aprobado por Decreto de dieciséis de julio de mil novecientos sesenta y cuatro

y cuantas disposiciones contradigan lo establecido en la presente Ley.

Segunda. Los precios contenidos en el Título II de esta Ley podrán ser modificados o derogados por Ley ordinaria de las Cortes Generales.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Uno. 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.

Dos. 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 proceptos 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 veinticuatro del Código Penal.

Tercera. Las autoridades, funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos con la organización, dependencia administrativa y facultad y derechos que actualmente tienen reconocidos.

B) CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

CIRCULAR NUM. 1/1981

EN TORNO AL CARACTER PERIODICO DEL IMPUESTO GENERAL SOBRE EL TRAFICO DE EMPRESAS A LOS EFECTOS DEL ARTICULO 319 DEL CODIGO PENAL

Con la promulgación de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, se introdujo de modo expreso en nuestro ordenamiento jurídico el llamado «delito fiscal», definido en el artículo 319 del Código Penal. En un orden puramente objetivo, comete este delito «el que defrauda a la Hacienda estatal o local mediante la elusión del pago de impuestos o el disfrute ilícito de beneficios fiscales en una cantidad igual o superior a dos millones de pesetas». De la estricta literalidad del precepto se desprende que es esencial para el nacimiento de la figura de delito la determinación del «quantum» de lo defraudado y a la hora de fijar la entidad de la infracción ejercerá una decisiva influencia la naturaleza del tributo. A estos efectos, el apartado segundo del artículo 319 distingue entre tributos periódicos y tributos no periódicos.

— «En Los tributos que no tengan carácter periódico, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible es susceptible de liquidación». En tales hipótesis es claro que no deben ser acumulables las distintas cuantías defraudadas correspon-

dientes a distintos tributos no periódicos, habiéndose de entender por tales aquellos que responden a hechos imponibles distintos, cada uno de los cuales sea objeto de una propia y única liquidación.

— «Cuando se trate de tributos periódicos, se estimará como cuantía el importe de lo defraudado en cada período impositivo». La consecuencia es que los tributos periódicos o correspondientes a un mínimo hecho impositivo, sí habrán de acumularse.

Hasta aquí, el tema es pacífico y no ha ofrecido mayores dificultades interpretativas. Mas las Delegaciones de Hacienda, de conformidad con la obligación «ex lege» impuesta por el artículo 37, dos, de la Ley 14-XI-1977, han comenzado a enviar expedientes al Ministerio Fiscal —compuestos por el procedimiento administrativo de liquidación, determinación e investigación del hecho imponible y de la cuantía defraudada por cada concepto contributivo— para la iniciación del oportuno proceso penal a través de denuncia o querrela. El mayor número de expedientes remitidos lo han sido por presuntas defraudaciones del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas; y en el examen que de ellos ha de hacerse, para precisar si los hechos pueden integrarse en el tipo que describe el artículo 319, se ha plantado un problema que se proyecta sobre el elemento objetivo especial de la cuantía de la defraudación, cual es el de si a los efectos del delito fiscal debe considerarse o no como tributo periódico el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas.

Los criterios mantenidos sobre su naturaleza de tributo periódico o tributo no periódico, han sido contrapuestos. De asignársele uno u otro carácter dependerá muchas veces la decisión de iniciar o no el proceso penal, pues sólo la posibilidad de la acumulación de las distintas cuantías defraudadas hará que se rebase la cifra de dos millones, «quantum» ineliminable para desenvolvemos en el área del delito fiscal. En efecto, si se interpreta el artículo 319 conforme a la tesis del tributo periódico, la cuota defraudada, al referirse al período impositivo o al daño natural, normalmente alcanzará la cifra exigida para que el hecho sea delito. Mientras que si se acepta el criterio del tributo no periódico, al tener que considerar cuantía defraudada la correspondiente a cada hecho imponible, y, más aún, a cada concepto por el hecho imponible es susceptible de liquidación, no es fácil que se alcance la cifra prevenida para que el hecho sea delito y no mera infracción tributaria.

En un plano teórico y en trances de determinar la naturaleza periódica o no del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, puede decirse que hay argumentos paralelos en favor de uno u otro sistema.

En favor de que nos hallamos ante un impuesto no periódico, podrían esgrimirse las siguientes razones:

— El hecho imponible no es el volumen de operaciones de una empresa ni su actividad comercial durante períodos determinados de tiempo, sino cada una de las operaciones de venta o entrega de mercancías mediante precio, ejecuciones de obras, arrendamientos, etc., descritos en el artículo 3.º de la norma reguladora (Decreto 3.314/1966, de 29 de diciembre).

— El impuesto no se devenga periódicamente, sino una vez realizada la correspondiente operación mercantil (art. 8).

— El impuesto se exigirá por cada operación sujeta a gravamen (art. 36).

Como el régimen legal de este impuesto presenta particularidades frente a otros tributos no periódicos, de ellas se extraen los argumentos que conducen a la tesis del impuesto periódico. Son éstos:

— Aunque el hecho imponible está constituido por cada operación sujeta a gravamen, estas operaciones deben realizarse, para quedar sujetas al impuesto, en el ejercicio de una actividad comercial caracterizada por la nota de habitabilidad (art. 1, 1.º, condición segunda), y ésta supone, evidentemente, una actividad que se desarrolla en el tiempo.

— Aunque el impuesto se exige por cada operación sujeta a gravamen, las declaraciones-liquidaciones se deben prestar periódicamente, dependiendo la periodicidad (trimestral, anual) del volumen total de ingresos (art. 38 del Reglamento de 23-XII-1971).

— A causa de la periodicidad de las declaraciones-liquidaciones, éstas contienen el volumen total de ingresos por cada grupo de operaciones —sujeto al mismo tipo impositivo— del que se obtiene la correspondiente cuota tributaria global, referida al total de operaciones realizado en el período correspondiente.

— Como consecuencia asimismo del carácter periódico de las declaraciones, la exacción y gestión tributarias se realizan también periódicamente.

La alternativa argumental de impuesto periódico —impuesto no periódico debe resolverse en favor de la periodicidad del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas—. Si, ciertamente, el artículo 35 de la Ley de 14-XI-1977 distingue entre impuestos periódicos y no periódicos, es también evidente que del tenor de la norma no se obtiene una clara línea diferencial entre los mismos que permita separarlos con nitidez en el ámbito del derecho tributario positivo. Por las consecuencias que la naturaleza del tributo proyecta en la formación de las estructuras punibles, es indispensable integrar ese espacio atendiendo a otros elementos interpretativos.

Es conocido que la nota de periodicidad puede referirse a una de estas dos circunstancias: bien a la actividad sobre la que se asienta el presupuesto de hecho del tributo o a la materialización de la obligación tributaria principal (el ingreso de las cuotas en el Tesoro Público).

1. Desde el primer punto de vista anotado, es preciso distinguir diversas categorías de tributos.

a) Los relativos a hechos imponibles o, más ampliamente, a situaciones que se producen aislada y esporádicamente, sin que sea previsible su repetición o, en todo caso, sin que formen parte de una actividad que «per se» exige la producción de una serie de actos homogéneos que se efectúan en masa: son éstos los tributos que gravan el tráfico patrimonial civil, como el impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, o las transmisiones por causa de muerte, Impuesto sobre sucesiones, etc.

b) Una segunda categoría es la de los tributos que, si bien se devengan por cada operación aislada en virtud de imperativo legal, contemplan y se refieren a una actividad que por sí misma exige una repetición de actos

y una continuidad. Ejemplo relevante de estos tributos es el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, que, técnicamente, se ha calificado por la doctrina como impuesto sobre el volumen de ventas o sobre la cifra de negocios, lo que pone de relieve la artificiosidad del devengo legal de operación por operación.

c) Un tercer grupo está formado por los tributos cuyo devengo se realiza en unos plazos determinados y con una periodicidad establecida en la ley. Aparecen aquí fundamentalmente el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades.

Bajo estos puntos de vista, son tributos periódicos, a efectos del artículo 35 de la Ley de 14-XI-1977 y, por remisión, del artículo 319 del Código Penal, los incluidos en los apartados b) y c). Otra conclusión, aparte de producir una notoria desigualdad en la posibilidad de incriminar los ilícitos fiscales de naturaleza penal, llevaría a resultados inviables, pues la declaración legal del devengo «operación por operación», puede resultar inoperante cuando se trata de operaciones de tracto sucesivo.

2. La anterior conclusión se reafirma si acudimos al régimen de las declaraciones y consiguientes ingresos de las cuotas tributarias en el Tesoro. Para los tributos del apartado a), considerados no periódicos, la obligación tributaria fundamental —la de declarar y, en su caso, ingresar— se impone para ser cumplida en un plazo determinado a partir de un evento concreto e instantáneo. Sin embargo, en los grupos b) y c) el régimen es diferente: la declaración y el ingreso que proceda se han de hacer repetidas y periódicas veces en un tiempo predeterminado, que, normalmente, suele ser trimestral, semanal o anual, englobando todos los flujos de rentas o de ingresos percibidos por el sujeto pasivo en tal período. Todos estos tributos son periódicos.

Obsérvese, además, que en ellos es en el momento en que falta el ingreso cuando se exterioriza la voluntad antijurídica del obligado y no cuando se produce el devengo, de tal forma que antes ni la Administración puede exigir cuota alguna en tanto no haya transcurrido el plazo para efectuarlo, previa la oportuna declaración, ni sería posible proceder contra aquél, dada la falta de conducta irregular.

El Impuesto General sobre Tráfico de Empresas debe calificarse de impuesto periódico y, conforme a lo establecido en el artículo 35, dos, de la Ley de 14-XI-1977, según el cual «el importe de lo defraudado se referirá al año natural», será la suma defraudada en tal lapso de tiempo la que haya de considerarse, sin que deban contemplarse períodos de tiempo inferiores, aunque se trate de declaraciones semestrales o trimestrales, ni tampoco realizarse una imputación estimativa por virtud del mecanismo de la llamada elevación al año u otro análogo.

Madrid, 10 de julio de 1981.

B) CONCRETAS

CONSULTA NUM. 1/1981

LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE PROVOCADOR

Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado consulta de V. I. derivada del contenido de un sumario que se instruye por delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de estupefacientes. El objeto de su consulta lo centra en una alternativa que consiste, bien en comprender la conducta de determinados miembros de la Policía Judicial en la figura del agente provocador impune, o bien en precisar si la actividad desarrollada se integra en la estructura típica del artículo 344 del Código Penal, delito del que responderían en concepto de autores.

En dos órdenes distintos se analiza el tema: en el general de los presupuestos de la figura del agente provocador y en el particular de los hechos dados.

A) La inducción, aun la indirecta, se concreta siempre en el hecho de instigar a cometer un delito determinado en el futuro y está mediatizada por un delito que subsigue, cuya causa se halla en el consejo eficaz. Si al tiempo de la inducción el delito ya se había cometido o si el inducido había decidido, «ex libera voluntas», perpetrarlo, la conducta del inductor es impune. De igual modo, la provocación a delinquir aparece como incitación «ante delictum», con lo que no se originará la provocación punible en los supuestos de incitación «ex post». La solución es distinta cuando a la provocación sigue la ejecución (art. 4.º, párrafo tercero, del Código Penal). Mas tratándose no de provocación a delinquir en el futuro, sino de un delito directamente derivado de la conducta actual del provocador, la irresponsabilidad del provocado por hechos ejecutados merced a la actividad desplegada por un agente provocador, es admitida y tiene un doble fundamento: estimar que el error sufrido por el ejecutor material elimina la voluntariedad del acto o entender que se trataría de un supuesto de tentativa inidónea, delito putativo o delito aparente; tal impunidad abarcaría también la conducta del provocador (Sentencias de 26-VI-1950, 27-VI-1967).

Sin embargo, no se sujetan a este tratamiento, con lo que hay responsabilidad para el provocado, aquellos casos en que la provocación vaya encaminada a descubrir delitos ya cometidos (Sentencias de 18-IV-1972, 20-II-1973, 18-IV-1975, 14-VI-1975), sobre todo cuando se trate de infracciones de tracto sucesivo, naturaleza que debe asignarse al tráfico de estupefacientes, y el agente provocador es un funcionario de la Policía Judicial, que, simulando ser comprador, persigue en realidad averiguar los canales a través de los cuales se venía difundiendo la droga por vastas organizaciones. Esta doctrina es, por lo demás, aplicable, como dice la Sentencia de 18-IV-1975, a aquellos supuestos que, por presentar perfiles de más modesto alcance, dejan de ofrecer igual persistencia en la conducta y consiguiente peligrosidad para la salud pública. Además, la conducta del provocado es sanciona-

ble en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuestante provocado era un «omnimodo facturus», es decir, estaba ya resuelto a cometer el delito manifestándose así la provocación como gratuita (Sentencia de 14-VI-1975). Es claro, pues, que instar la venta de estupefacientes (delito provocado) aparentando miembros de la Policía Judicial, su compra, a quien está en posesión de ellos, es acción impune para el agente provocador por razón de conducta justificada, y acción punible para el provocado porque el delito se hallaba ya consumado antes de la provocación en otra modalidad delictiva (tenencia para transmitir).

B) En particular, los hechos fundamento de la Consulta presentan dos cuestiones distintas.

a) Una se halla, desde luego, dentro de los límites de la verdadera figura del agente provocador y conduce a proclamar la impunidad de su conducta.

Nos referimos a los hechos materializados en la «provocación de la venta» de estupefacientes por quienes están en posesión de los mismos. En efecto, si se aparenta la adquisición de aquellos productos determinados en el provocado su entrega o su disposición a transmitirlos, tal conducta es impune para el provocador, pues el provocado no sólo había resuelto cometer un delito, sino que éste se había consumado en uno de los subtipos (es delictiva la tenencia cualificada por eventuales actos de tráfico) y el fin perseguido por el provocador es el descubrimiento de la actividad delictiva, independientemente de que con este acto puedan aclararse otros (el origen de los canales de distribución). Lo mismo cabe decir de la intervención de quien colabora con el provocador realizando materialmente los actos conducentes al descubrimiento.

b) El otro tema que late en la Consulta, al menos parcialmente, se halla fuera del radio de la figura penal del agente provocador impune y se conforma con la estructura delictiva que define y sanciona el artículo 344 del Código Penal. En esta hipótesis, los hechos a valorar son indicativos de que ya no se trata de simular la compra de estupefacientes, sino de «ofrecerlos» en venta por quien actúa en nombre del agente provocador para su entrega al consumidor o al traficante. Y la cuestión, tal como se narra en la Consulta, presenta a su vez dos variantes. Una es la de la oferta de venta sin más finalidad que la de individualizar a posibles delincuentes. Otra, la de oferta de venta real de drogas con el fin de transmitir las mediante precio del que se beneficiarían los agentes de la Policía Judicial. En el primero de estos supuestos es, si se quiere, dudoso que la conducta desarrollada por el agente provocador y sus colaboradores sea impune, porque de modo directo con ella no se origina siempre el descubrimiento de un delito (no es, sin más, acción delictiva el hecho de adquirir estupefacientes, pues el comprador puede no perseguir otra finalidad que su propio consumo). En el segundo, es manifiesto que se dan todos los requisitos de un comportamiento penal típico, bien porque media tenencia en los provocadores con vocación de tráfico o porque se han consumado actos de tráfico efectivo.

El presupuesto de hecho sobre el que se construye la Consulta no cuenta con más apoyatura que las manifestaciones del eventual colaborador de

quienes pueden ser configurados como agentes provocadores; declaraciones que, por lo demás, son realmente antitéticas con las de éstos. Por ello, si como V. I. dice, los hechos expuestos son por ahora únicamente indiciarios y a efectos de Consulta, sin perjuicio de lo que resulte de ulteriores diligencias, también la contestación con base en aquellos hechos se desenvuelve en un plano puramente provisional y virtualmente teórico. Y si en la continuación de la investigación resultaren confirmados los indicios existentes de criminalidad a través de elementos probatorios de otra naturaleza o de intensidad mayor, es claro que se desencadenaría la responsabilidad en concepto de autor, pues habrían desaparecido los presupuestos objetivos y subjetivos condicionantes de la figura jurídico-penal del agente provocador impune.

Madrid, 10 de julio de 1981.

CONSULTA NUM. 2/1981

EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado Consulta del Fiscal de Málaga, en la que plantea la siguiente cuestión: si le han de corresponder en exclusividad las funciones propias de nuestro Ministerio ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, creado en aquella capital por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de julio de 1981 («Boletín Oficial del Estado» del 22 de julio de 1981), o si, por el contrario, al extenderse la jurisdicción de aquel Juzgado a los establecimientos penitenciarios sitos en las cuatro provincias del territorio de la Audiencia Territorial, deberán ejercerse dichas funciones por cada una de las Fiscalías del territorio y, más concretamente, por la Audiencia que hubiera dictado la Sentencia que originó la ejecutoria.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, creadora de la nueva figura del Juez de Vigilancia, con funciones y jurisdicción propia, no delegada, le confiere expresamente la competencia que hasta ahora tenían los Jueces y Tribunales sentenciadores en la ejecución de las penas privativas de libertad, tanto las directamente impuestas como las sustitutorias de penas pecuniarias. Dedicó tal norma su título V al nuevo órgano jurisdiccional, enunciando el artículo 76 las atribuciones y competencias que le son propias.

Razones de urgencia, de sobra conocidas, han impulsado al Consejo General del Poder Judicial a asignar las funciones de Juez de Vigilancia Penitenciaria a determinados órganos judiciales en tanto se promulgue la Ley Orgánica del Poder Judicial. El pronto funcionamiento de estos Juzgados y el mayor celo en su desempeño, son de la mayor importancia para la Justicia.

El Ministerio Fiscal, en virtud de funciones propias derivadas del artículo 124 de la Constitución y el contenido del Estatuto y Reglamento orgá-

nicos, habrá de intervenir desde el primer momento, en las actividades encomendadas a los nuevos Juzgados, por lo que se les deberá dar traslado inmediato o, en su caso, promoverá las actuaciones, ya sea de oficio o a instancia del interno u otros interesados.

El acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de julio de 1981, al tiempo que crea los Juzgados de Vigilancia, ordena una peculiar distribución territorial, caracterizada porque en ocasiones no coincide el ámbito territorial que se fija para el Juzgado con la jurisdicción de la Audiencia Territorial y, en algún caso concreto, con el de la Audiencia Provincial.

Por lo expuesto, ha considerado conveniente resolver la Consulta formulada dando, con carácter general, las siguientes instrucciones:

1.º El Fiscal en cuyo territorio esté la sede de un Juzgado de Vigilancia cuya competencia exceda de la jurisdicción de la respectiva Audiencia, elevará, por conducto reglamentario en su caso, propuesta a esta Fiscalía de designación de uno o de varios funcionarios del Ministerio Fiscal de la Fiscalía correspondiente para que, sin exclusividad y por turno u otro sistema de distribución de trabajo, se reparta el que corresponda al Juzgado de Vigilancia.

La Fiscalía General del Estado, a la vista de las propuestas, designará al funcionario o funcionarios que deban atender las funciones del Ministerio Fiscal en los respectivos Juzgados de Vigilancia.

2.º En los casos en que las funciones del Juzgado de Vigilancia recaeren en el Juez de Peligrosidad y Rentabilidad Social, el Fiscal podrá encargar el despacho de los asuntos procedentes del Juzgado de Vigilancia al funcionario o funcionarios afectos a la jurisdicción de peligrosidad, dando cuenta de esta decisión a la Fiscalía General del Estado.

3.º Las Fiscalías de las Audiencias Territoriales de Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla, que tienen en plantilla asignado un funcionario del Ministerio Fiscal con carácter fijo y exclusivo al Juzgado de Peligrosidad, si en éste han reácido las funciones de Juzgado de Vigilancia, designarán a dicho funcionario, a no ser que por vacante o por razones de mayor coordinación y especialidad hagan aconsejable al Fiscal proponer al Abogado Fiscal encargado del despacho de ejecutorias, si lo hubiere.

4.º En el supuesto de que los Juzgados de Vigilancia no extiendan su jurisdicción a mayor ámbito territorial que el de la Audiencia Provincial (Cádiz y Toledo), el Fiscal de la Audiencia hará directamente la designación del funcionario o funcionarios que habrán de despachar el trabajo de los Juzgados de Vigilancia, dando seguidamente cuenta a esta Fiscalía de la designación realizada.

5.º Los Fiscales adscritos a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria dependerán del Fiscal de la Audiencia donde radique el Juzgado, y sus consultas y propuestas se elevarán a esta Fiscalía General por aquél a través del Fiscal de la Audiencia Territorial cuando su jurisdicción exceda del ámbito provincial.

6.º Los Fiscales a quienes se confíen los asuntos de los Juzgados de Vigilancia, cuidarán de que todas las incidencias de cada expediente y sus principales trámites se reflejen en una carpetilla a custodiar en la Fiscalía

a la que pertenezca, así como en un ficha por cada, interno, con las vicisitudes y cambios que experimente.

7.º En los partes, estadísticos se dará cuenta del trabajo realizado por los funcionarios adscritos a los Juzgados de Vigilancia, con expresión del total de asuntos despachados, distinguiendo si son dictámenes en ejecución de penas de privación de libertad o recursos.

8.º Por el Fiscal adscrito al Juzgado de Vigilancia se realizarán las visitas a los establecimientos penitenciarios con el titular del Juzgado (art. 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y disposición transitoria 1.ª de la Ley General Penitenciaria), mas como son compatibles con las vistas comunes, se mantiene en todo su vigor la Circular de esta Fiscalía 3/1978.

Por considerarlo de utilidad y su conocimiento necesario, se adjunta fotocopia de las «Previsiones» que sobre los Juzgados de Vigilancia ha dictado, al amparo del artículo 5 de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870, el Excmo. señor Presidente del Tribunal Supremo.

Madrid, 22 de octubre de 1981.

CONSULTA NUM. 3/1981

NATURALEZA DE LA CANCELACION DE ANTECEDENTES PENALES

Ante los criterios, esencialmente antitéticos, surgidos entre los funcionarios de esa Fiscalía, y al discrepar V. E. del parecer de la mayoría, con prudencia y celo encomiables, formula, con fecha de 19 de octubre anterior, Consulta en la que da cuenta de las interpretaciones contrapuestas acerca de los efectos y extensión de la cancelación de antecedentes penales una vez promulgada la Ley 81/1978, de 28 de diciembre, por la que se adiciona a los números 14 y 15 del artículo 10 del Código Penal, un párrafo redactado en los siguientes términos: «En los casos en que se hubiera producido cancelación de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes, no serán considerados los mismos, a los efectos de la apreciación de esta agravante, cuando al tiempo de la comisión del delito enjuiciado hubiera transcurrido un tiempo doble del previsto para cada caso por el artículo 118, párrafo tercero, de este Código, computado desde la fecha señalada en el mismo y, como máximo, el plazo de diez años».

Las interpretaciones propugnadas pueden resumirse del siguiente modo:

La primera entiende que no debe considerarse la agravante de reincidencia una vez transcurrido el plazo máximo de diez años previsto, aunque no se haya obtenido la cancelación, y esgrime como argumento favorable que, de otra manera, se establecería una gran desigualdad, perjudicando a los más débiles y menos formados, desconocedores de la posibilidad de cancelación, por lo que el trámite administrativo que procede a la misma debería iniciarse de oficio.

La segunda entiende, por el contrario, que el precepto legal percitado es terminante al exigir la cancelación de los antecedentes penales, llegando a la conclusión de que es ineliminable que la misma se haya producido y precisamente a instacia del interesado.

La alternativa planteada en Junta de esa Fiscalía debe concentrarse en una solución coincidente con el segundo de los criterios expuestos, fundamentada en las siguientes consideraciones:

A) La extinción de la sanción impuesta en sentencia firme no elimina, sin más, todas las consecuencias de la pena impuesta, pues la inscripción de la condena permanece en tanto no se haya obtenido la cancelación de los antecedentes. Pero la cancelación, cuyo efecto es la nulidad de la inscripción, no tiene siempre una vigencia temporal incondicionada, sino que, ante la comisión de un nuevo delito, es susceptible de revocación, con efectos «ex tunc», recobrando los antecedentes penales su vigor.

Este ha sido el sistema normalmente aceptado por nuestro ordenamiento jurídico, en el que la cancelación se ha concebido como figura jurídica condicional, pues en cualquier momento en que se produjera el acontecimiento delictivo constitutivo de la condición, quedaban extinguidos sus efectos. Sin necesidad de acudir a antecedentes legislativos más remotos en la línea apuntada, se halla el artículo 18, párrafo último, del Código Penal de 1944, al declarar que si el rehabilitado cometiera un nuevo delito comprendido en el mismo título que el que originó la inscripción cancelada, recobraría ésta su vigor para los efectos de la reincidencia. La reforma que llevó a efecto la Ley de 20 de diciembre de 1952 se mostró más rigurosa, pues, de una parte, el evento que desencadena la revocación de la cancelación era cualquier delito y, de otra, la inscripción de condena recobra su vigor a todos los efectos. La Ley de 15 de noviembre de 1971, de tono más progresivo, añadió un nuevo párrafo al artículo 118, por el cual la cancelación de los antecedentes quedaba sin efecto únicamente para apreciar las circunstancias de reiteración y reincidencia.

En todas las normas citadas, la cancelación debía ser instada por el condenado.

B) Con la Ley de 28 de diciembre de 1978, a la que se hace referencia en la Consulta, la cancelación continúa siendo una institución sometida a condiciones que sólo alcanza carácter definitivo si se cumple la condición negativa de la no realización de una conducta punible en tiempo determinado, más la positiva de tener satisfechas en lo posible las responsabilidades civiles provenientes de la infracción y además se promueva el expediente cancelatorio por el interesado.

Así, en ella es posible distinguir dos estadios. En uno la cancelación produce sus efectos definitivamente si durante el plazo legal no se ha verificado el evento constitutivo del nuevo delito («condictio deficit»). En otro, esto es, mientras está transcuriendo el plazo («conditio pendet»), la cancelación es productora sólo de efectos provisionales, pues pesa sobre ellos la eventualidad de la destrucción.

C) Situados ante la cancelación de efectos definitivos, es preciso analizar el tema central de la consulta, que es el siguiente: si transcuridos los plazos que la Ley determina, esos efectos se producen «ipso iure» y sin necesidad de declaración de cancelación, o si es imprescindible la iniciación del expediente dirigido a la obtención de la misma.

El simple transcurso del tiempo no es bastante, ya que, como dijimos, no es el único requisito; a él debe unirse el expediente de cancelación, en el que deberá acreditarse el cumplimiento de las condiciones exigidas para ello. No cabe una cancelación presunta deducida de los simples datos de la hoja histórica penal del reo, pues éstos son insuficientes para acreditar el cumplimiento de «todos» los requisitos exigidos en el artículo 118, como tampoco puede conocerse normalmente el «dies a quo» o inicial del cómputo del plazo exigible para la cancelación, que el citado artículo hace depender de circunstancias de cumplimiento de la pena, que, normalmente, no obran en la causa. En otras palabras, aún para llegar a una cancelación presunta o «ex officio» de los antecedentes, sería menester una investigación complementaria análoga a la que se lleva a cabo en el expediente formal de rehabilitación. En definitiva, tanto el dato temporal como el requisito formal —instar la cancelación y obtenerla— integran el núcleo de la proposición normativa contenida en el artículo 118. La cancelación automática o «ex lege», lo mismo que la cancelación «ex officio», son ajenas a nuestro sistema vigente, que, por el contrario, acoge de modo expreso la cancelación a iniciativa del interesado.

Los interesados son, pues, los legitimados para solicitar la cancelación (art. 3.º del Decreto 1.598/1972, de 25 de mayo) y por tales hay que entender únicamente los condenados (art. 118, párrafo primero del Código Penal), de donde se desprende que responde la cancelación a la naturaleza de un derecho potestativo atribuido al penado y cuyo nacimiento se subordina al transcurso del tiempo que la Ley establece, por lo que sin su ejercicio la cancelación no es posible.

Que lo relevante es la voluntad del sujeto para la eficacia jurídica de la cancelación, lo muestra además la frase «podrán instar», del artículo 118, párrafo primero, del Código Penal, y si se observan y cumplen los presupuestos exigidos no hay discrecionalidad administrativa, sino obligación de concederla, como se deriva del párrafo segundo del artículo precitado, pues cumplidos aquéllos la cancelación se obtiene.

D) Esta interpretación de la norma contemplada, es la misma que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado en reciente sentencia, de 29 de septiembre de 1981, en la que se declara que la premisa fundamental para la aplicación del nuevo precepto —se refiere al introducido por la Ley de 28 de diciembre de 1978—, es que se hayan producido la cancelación de los antecedentes, pues, tal como aparece redactado, la rehabilitación no opera automáticamente o legalmente, sino por expediente previo en que se acuerde y conceda la cancelación de antecedentes solicitada. Y concluye la Sentencia así: «mientras no se hubiere producido la cancelación de la inscripción, cualquiera que fuere el tiempo transcurrido, siempre habrán de ser tenidos en cuenta, a efectos de reiteración o reincidencia, los antecedentes que tuviere el reo».

En igual sentido las sentencias de 20 de octubre de 1981, 7 de marzo de 1981, 16 de junio de 1980, 21 de mayo de 1980 y 21 de diciembre de 1979.

E) Ciertamente que el proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, pendiente en las Cortes, con criterio, sin duda más equitativo, coincidente con

el mayoritario de esa Fiscalía, da un tratamiento distinto del actual a la cancelación de antecedentes penales y, así, en el artículo 108 se dice: Por la rehabilitación se extinguen «definitivamente» todos los efectos de la pena; que los condenados que hayan cumplido su pena o alcanzado la remisión condicional de ella, podrán instar y obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales; se establecen los requisitos indispensables para obtener dicho beneficio, entre ellos el transcurso de los plazos que se fijan en el número 3.º del párrafo tercero; y determinando en el párrafo cuarto que «El Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de los antecedentes penales cuando transcurriesen los plazos precedentes señalados y dos años más sin que se haya anotado una nueva y posterior condena o declaración de rebeldía del penado».

Ello viene a confirmar que en tanto no se modifique la redacción actual del artículo 118 del Código Penal, dicho precepto no puede tener otro alcance que el anteriormente consignado: lo contrario significaría una violación expresa del texto legal, no justificable por presuntas motivaciones éticas-jurídicas que acampan fuera de la realidad del ordenamiento jurídico.

En su consecuencia, deberán V. E. y los funcionarios de esa Fiscalía, atenerse a la interpretación anteriormente expresada en el caso consultado y en los supuestos análogos que pudieran presentarse y sea de aplicación el artículo 118 del Código Penal y las disposiciones a que implícitamente se refiere en su vigente redacción.

Madrid, 13 de noviembre de 1981.

Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Universidad Complutense. Madrid

Artículo 3. Consumación de un delito contra la propiedad: no es necesaria la disponibilidad de todos los efectos aprehendidos.

“Cuando varios sujetos, animados de una común *conscientia scaeleris* conciben la realización de un hecho y en una unidad de acción le realizan, con una aportación de esfuerzos de la misma entidad y trascendencia causal para el apoderamiento de bienes de ajena pertenencia, la acción alcanza la perfección definitiva aunque no se logre la disponibilidad de *todos* los efectos aprehendidos por la oportuna intervención policial que detuvo a uno de los autores, precisamente al recurrente, con parte del botín en su poder; y no se puede desdoblar o fraccionarse la acción única —única en el concierto, en la intención específica, en la ejecución y en el resultado— en dos delitos, uno consumado para los tres sujetos no juzgados, y otro en grado de frustración para el acusado y recurrente por el simple hecho de que este último no tuvo la disponibilidad de los bienes que aportaba, porque la acción contemplada en su conjunto no resultó fallida en sus resultados, ni incluso para el recurrente, por el hecho de que los efectos encomendados a su posesión y guarda fueran recuperados, máxime cuando en los delitos patrimoniales el lucro no es indispensable en el mundo de las realidades tangibles, sino que basta que opere como o esté presente en el deseo, impulso o motivador de la acción”. (Sentencia de 20 febrero de 1982).

Artículo 8, circunstancia 4.^a. Legítima defensa: naturaleza, fundamento, requisitos, exceso extensivo e intensivo.

“La eximente de legítima defensa —propia, de parientes o de extraños— es una causa de exclusión del injusto, que se inspira en el denominado principio del interés preponderante y que se halla inmanente en

la naturaleza humana, pues, en todos los tiempos, se ha legitimado el comportamiento de quienes, para defender su persona o derechos de un injusto ataque, lesionan bienes jurídicos ajenos, si bien, los fundamentos de este *vim vi repellere licet* varían según las escuelas y los autores. En el Código Penal español la propia expresión legal que encabeza la circunstancia 4.ª del artículo 8 (...) indica que, por más que se trate de una causa de exclusión del injusto de carácter *objetivo*, es preciso que, el agente, actúe con *animus defensionis* y no con motivaciones distintas, incluso subyacentes, y que, además, se encuentre en real y auténtica situación de *necessitas defensionis* toda vez que, esta circunstancia eximente, siempre ha tenido, siquiera sea implícitamente, una naturaleza subsidiaria; hallándose imbricado en lo que se acaba de decir, el requisito de la agresión ilegítima, entendiéndose por tal, todo acometimiento, ataque, embestida, empleo de fuerza o vías de hecho, actual o inminente, real, grave, directo, ordinariamente físico y sin justificación o causa legitimadora; como quiera que, este elemento, constituye la piedra angular o la espina dorsal de la exención, en el caso de no acreditarse su existencia, no será dable apreciar la legítima defensa, ni como eximente completa ni como eximente incompleta, pues, su ausencia, determina un *exceso extensivo*, impropio o en la causa que, a diferencia del *exceso intensivo*, propio o en los medios —que permite la aplicación incompleta de la causa de exención—, implica la absoluta inoperancia de la eximente estudiada, produciéndose el referido exceso extensivo, tanto cuando no hay agresión ilegítima actual o inminente, anticipándose el agente a un ataque que nunca se hubiera producido, como cuando, habiendo ya cesado el mentado ataque sin renovación ni recrudecimiento posibles, el sujeto activo obra, no con *animus defensionis*, sino con el de castigar, punir o vengarse, funciones que sólo corresponden al Estado, único titular válido del *ius puniendi*." (Sentencia de 20 de marzo de 1982.)

Artículo 9, circunstancia 2.ª. Embriaguez: distintas formas de apreciarla.

"Que el tratamiento penal diferenciador de la embriaguez por sus consecuencias punitivas de total exención, semiexención, atenuación calificada o mera atenuación, se encuentra determinado por el origen de la misma, y por sus efectos sobre el psiquismo de quien la padece: ya que para encajarla dentro de la eximente del artículo 8, número 1.º debe poseer el mismo origen fortuito, incidiendo sobre la imputabilidad de manera intensa o considerable, aunque sin alcanzar la plenitud de la grave ebriedad antes descrita; y se ha de tratar como específica causa de atenuación, la prevista en el artículo 9, circunstancia 2.ª del citado texto legal, cuando teniendo un origen culposo y no concurre el requisito normativo de la habitualidad en el vicio, influye en menor medida sobre el psiquismo del agente, limitando y rebajando sólo aquellas facultades de conocimiento y voluntad, si bien cuando por las condiciones psicósomáti-

cas del sujeto u otras circunstancias que afecten a su libre determinación la embriaguez ejerce en su ánimo una influencia notable que supere los límites ordinarios, y siempre que no concurra circunstancia alguna de agravación, podrá otorgársele el carácter de muy calificada de acuerdo con la regla 5.^a del artículo 61 del Código Penal." (Sentencia de 18 de marzo de 1982.)

Artículo 9, circunstancia 10.^a. Uso de anfetaminas: atenuante análoga a la embriaguez, compatibilidad con la agravante de nocturnidad.

"Que el segundo motivo del recurso, que alega la aplicación indebida del artículo 10, número 13, agravante de nocturnidad, se combate, porque a la par, la sentencia de instancia, aprecia una atenuante análoga a la embriaguez: el uso de anfetaminas, que disminuía, sin anularlas, la capacidad crítica y la voluntad del recurrente y en su concepto, ambas circunstancias, son incompatibles. Mas la argumentación ha de desestimarse expresamente, pues una voluntad disminuida, es capaz de buscar la noche o aprovecharla, para cometer el delito y al respecto ya se ha pronunciado esta Sala declarando que ambas circunstancias son compatibles (Sentencia de 29 de diciembre de 1909). Porque es evidente que si la sentencia afirma que "aprovechando la noche", es que dentro de la excitación y euforia del influjo de las anfetaminas, había capacidad crítica, esto es, conocimiento de y voluntad para que el elemento subjetivo de la circunstancia, aprovechamiento de la noche, no pueda quedar eliminado." (Sentencia de 16 de febrero de 1982.)

Artículo 10, circunstancia 7.^a. Disfraz: medios.

Se entiende por disfraz "todo artificio material usado por una persona para desfigurar u ocultar su identidad y que en el Derecho penal consiste en el hecho de desfigurarse el delincuente para evitar ser reconocido por la víctima o un tercero, tratando con ello de no ser descubierto, y de proporcionarse la impunidad, conducta que según algunos de nuestros comentaristas más destacados, revela en el que lo emplea, una mayor frialdad de ánimo, peligrosidad y perversidad, resultando indiferente para su apreciación el medio empleado por el culpable para evitar ser reconocido (máscara, media antifaz, caperuza e incluso tinción de cara) siempre que sea objetivamente eficaz para desfigurar el rostro o el hábito exterior del que lo usa y haya sido por el utilizado con la finalidad de lograr la impunidad o facilitar la comisión del hecho delictivo, resultando sin embargo indiferente la consecución o no de tales propósitos, cuyo logro no aparece exigido en la ley; por lo que si bien en el caso enjuiciado no consta específicamente el disfraz empleado, sí en cambio figura probado que cumplía los requisitos, objetivo y subjetivo, mentados." (Sentencia de 8 de marzo de 1982.)

Artículo 10, circunstancia 14.^a. Reiteración: comparación de penas siguiendo un criterio abstracto.

“Los mismos términos legales, indican inequívocamente que, la pena correspondiente al delito anteriormente cometido que hay que tomar en consideración, es la señalada para dicha infracción en grado de consumación, cometida por el autor y sin la apreciación de circunstancias modificativas, es decir que, en la confrontación o cotejo de ambas penas —la correspondiente al delito que se está enjuiciando y la que la Ley señala para el delito anteriormente perpetrado—, para saber si son iguales o mayor la segunda, se ha de seguir un criterio *abstracto*, comparando las penas señaladas en los preceptos donde se definen las infracciones y, de ninguna manera, las *resultantes*, atendiendo *concretamente* al grado de participación, a la mayor o menor perfección del *iter criminis* o a las circunstancias modificativas concurrentes en uno u otro caso.” (Sentencia de 10 de marzo de 1982.)

Artículo 11. La condición de hermano no necesariamente conduce a estimar la agravante en los delitos contra las personas.

“Si bien es cierto que, como tiene declarado esta Sala, los lazos de parentesco que crean la fraternidad no conducen inexorablemente a estimar esa circunstancia como agravante siempre que se trate de delitos contra las personas, sí lo es en el caso enjuiciado en el que los vínculos parentales no se hallaban relajados por enemistades profundas, ni existía aversión y separación entre los hermanos.” (Sentencia de 15 de marzo de 1982.)

Artículo 14, número 1.^o. No basta el previo concierto de voluntades: es precisa la realización de actos ejecutivos.

“Para que, a cada uno de los agentes, se le repunte autor material comprendido en el número 1.^o del artículo 14 del Código Penal, no basta con el previo concierto de voluntades, ni con la recíproca coopeación, ni con la conciencia de la ilicitud del acto pactado, sino que es necesario que, cada partícipe, realice, directa y personalmente, actos ejecutivos, constitutivos de la dinámica comisiva y que sean de carácter nuclear o principal, aunque no es indispensable que, todos y cada uno de los co-reos, perpetre la totalidad o integridad de la ejecución delictiva.” (Sentencia de 5 de abril de 1982.)

Artículo 14, número 3. Cooperación necesaria: necesidad de formular un juicio hipotético sobre la necesidad del acto realizado.

“Tal forma de participación requiere, en breve síntesis y en esencia, la formulación de un juicio hipotético que se contiene en la propia definición legal, a más de concreto y causal en el supuesto enjuiciado, que tienda a sentar las bases operativas y precisas para valorar si el acto de cooperación para la ejecución del hecho era necesariamente contributivo o idóneo para la producción del tipo penal en la forma concreta en que se hizo o no.” (Sentencia de 30 de enero de 1982.)

Artículo 24. La retroactividad de la ley penal más favorable no alcanza a la responsabilidad civil derivada de delito.

“Que en perfecta sintonía con el artículo 25.1 de la Constitución Española el artículo 23 del Código Penal recoge el principio de legalidad de las penas, en el doble sentido de que solamente las leyes pueden establecer penas y que las leyes penales no tienen efecto retroactivo, pero seguidamente el artículo 24 del texto penal corrige la generalidad de este principio de irretroactividad admitiendo la aplicación de la ley posterior más benigna, principio cuya formulación legal arranca del Código de 1870 y viene siendo admitida en materia penal con fundamento no tanto en exigencias de justicia como *humanitatis causa*, o, según la sentencia de este Tribunal de 26 de febrero de 1968, “en el sentimiento de equidad general y condición humanitaria que obliga a acoger cuanto significa beneficio para el reo” cumpliendo la *ratio* inspiradora del artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; ahora bien, esta excepción al principio general de irretroactividad debe ceñirse a sus términos literales, es decir, a las consecuencias penales del hecho, no a sus consecuencias civiles porque aunque éstas tengan su causa en el delito, rige para ellas la normativa civil con vigencia del principio de irretroactividad si la ley nueva no dispone lo contrario (artículo 2.3 del Código civil y regla interpretativa del artículo 4.2 del mismo Código) y del respeto a los derechos adquiridos consagrados —como regla transitoria preliminar en este Código—, y estas razones de elemental técnica interpretativa están potenciadas por evidentes motivos de justicia, pues no sería justo que una liberalidad humanitaria, como es la que inspira la retroactividad penal, se tradujera en un perjuicio efectivo para la víctima de un acto que era delito cuando lo sufrió, privándola de un derecho adquirido a la reparación civil que debe extinguirse de igual modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho Civil (artículo 117 del Código penal).” (Sentencia de 6 de febrero de 1982.)

Artículo 52. Carácter facultativo de la imposición de la pena inferior en dos grados atendiendo al desvalor de la acción o del resultado.

“No advierte el recurrente que la aplicación de la pena inferior en dos grados, teniendo en cuenta el desvalor de la acción o del resultado

compete al arbitrio del Tribunal de instancia, y como tal facultad discrecional escapa al control del recurso casatorio, cuya jurisdicción sólo alcanza a la infracción legal del artículo 52 en cuanto al contenido imperativo del mismo, es decir, en cuanto a la aplicación de la pena inferior en grado." (Sentencia de 22 de marzo de 1982.)

Artículo 60. Comunicabilidad, según los casos, de la agravante de disfraz.

"Para la apreciación correcta de la referida atenuante [*recte: agravante*] es necesario distinguir si el uso del disfraz por uno de los forajidos que intervinieron en el robo, fue sólo una actuación individual de uno de ellos para no ser conocido, en cuyo caso por tratarse de una causa personal no puede ser aplicada o comunicada a los otros, sino que sólo servirá para agravar o atenuar la responsabilidad de quien lo hubiera empleado, según preceptúa el artículo 60 del Código penal, no siendo dable comunicarla a todos los demás copartícipes que actuarán a faz descubierta, o si el empleo o uso de tal disfraz por uno de ellos sirvió de medio para facilitar la ejecución o perpetración del delito común, previo concierto de todos los copartícipes, medio y fin, constituyendo por tanto un medio de ejecución material del delito, en cuyo supuesto la citada circunstancia de agravación será comunicable a todos los hubieren tenido conocimiento de su empleo en el momento de la acción o de su cooperación para el delito." (Sentencia de 17 de marzo de 1982.)

Artículo 69. Delito continuado: síntesis de la doctrina actual en los delitos contra el patrimonio.

"Este se integra de una serie de requisitos de los cuales unos son objetivos: 1) Pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, realizadas por el mismo sujeto. 2) Que las mismas vulneren una o más disposiciones legales que protegen el mismo bien jurídico patrimonial. 3) Que estas conductas guarden entre sí cierta relación espacio-temporal de proximidad y de enlace. 4) Un *modus operandi* idéntico o semejante. Otros son subjetivos y guardan cierta preponderancia que prima en el concepto de delito continuado: 1. Unidad de propósito o resolución que abarca todas aquellas conductas, llamada en la doctrina, a efectos de culpabilidad, como "dolo unitario, conjunto o planificado", abrazadera, motor o impulsor de todas las acciones o conductas del sujeto. Hay elementos normativos ya aludidos: violación del mismo tipo penal o que integren el mismo delito básico. Se destacan como elementos personales la identidad del sujeto activo de todos los delitos en quien radica la planificación y la finalidad de los hechos, no siendo de rigor la identidad del sujeto pasivo en los delitos cometidos contra el patrimonio en los que el bien jurídico lesionado es el

mismo. Por fin, se admite la continuación delictiva aun cuando las acciones que la integran, unas sean consumadas, otras frustradas y otras intentadas, aunque se entremezclen faltas, bien favorezcan o perjudiquen al reo, con la exclusión de los delitos contra la propiedad si existe violencia en las personas, porque cada violencia como medio de vulnerar la libertad, la vida o la integridad de éstas, haría nacer tantos delitos, como sujetos pasivos existieran." (Sentencia de 26 de febrero de 1982.)

Artículo 69. Delito continuado: la doctrina cede ante bienes jurídicos eminentemente personales.

"Esta construcción cede igualmente cuando el ofendido es portador de bienes eminentemente personales, unidos entrañablemente al sujeto, cual acontece con la libertad, honestidad, honor, la vida y la integridad personal, bienes jurídicos protegidos todos ellos de carácter personalísimo que no se pueden englobar mediante el expediente de la conexión y continuidad delictiva, y que si bien cabe en los delitos contra la propiedad, es inaceptable su extensión por la causa dicha a los delitos contra las personas." (Sentencia de 19 de diciembre de 1981.)

Artículo 118. Cancelación de antecedentes penales: no procede la solicitud de oficio.

"La cancelación de antecedentes penales, y los indudables beneficios que supone la reforma de la Ley 81/1978, de 28 de noviembre [*recte: diciembre*] al adicionar el párrafo tercero al número 15 del artículo 10 del Código penal requiere la previa cancelación de los antecedentes penales, mediante la instrucción del correspondiente expediente unido al transcurso de los plazos que en dicho párrafo se establecen en función del párrafo tercero del artículo 118 del mismo Cuerpo legal... sin que en ningún caso pueda procederse de oficio por los Tribunales ante la carencia de precepto o disposición que a ello obligue." (Sentencia de 29 de diciembre de 1981.)

Artículo 237. Desobediencia grave a la autoridad: no constituye delito no obedecer la orden de detención dada a quien es perseguido tras cometer un delito.

"Es inmanente al instinto del sujeto activo lograr la huida y con ello eludir la responsabilidad criminal contraída, siendo, dicha huida, el *estadio terminal* del delito que generó el requerimiento, formando parte de aquél, implicando, el castigarla independientemente, punir doblemente una acción secuenta a otro delito que se trataba de consumir y agotar." (Sentencia de 28 de enero de 1982.)

Artículo 254. Escopetas de caza con cañones recortados: tiene carácter delictivo su tenencia sin la correspondiente guía.

“Las escopetas de caza con los cañones recortados, gracias a su inseribilidad para el deporte cinegético y a los efectos devastadores que, disparadas a corta distancia producen, no están comprendidas en la excepción establecida en el artículo 259 del Código penal, necesitando, por consiguiente, la licencia y guía de pertenencia a las que se refiere el artículo 254 antes citado.” (Sentencia de 15 de febrero de 1982.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas de fuego: conciencia de la antijuricidad, como elemento del dolo.

“Que el delito de tenencia ilícita de armas de fuego, previsto y penado en el artículo 254 del Código penal, es una infracción eminentemente formal y de peligro abstracto, pero, por mucho que se acentúe el formalismo, no pudiendo evadirse, el delito estudiado, a la normativa general, es preciso concurra, para su perfección, no sólo la tenencia, el arma y la indocumentación de aquélla, sino que, dichos requisitos, vayan acompañados de los dos elementos —el cognoscitivo y el volitivo— del dolo, exigiendo, algunas teorías extremas, no sólo la conciencia de que se tiene el arma sin licencia o guía, sino la conciencia de la *ilicitud de la referida posesión*; pero, en el caso de autos, todo escrúpulo, en este punto, debe desecharse, pues, independientemente de la presunción *iuris tantum* de voluntariedad establecida en el párrafo segundo del artículo 1 del Código penal, no desvirtuada ni desmentida por el acusado, es lo cierto que, éste, con anterioridad al hecho de autos, había sido condenado repetidamente por delito de tenencia ilícita de armas de fuego, y, por tanto, le constaba sobradamente la antijuricidad de un acto idéntico a los anteriormente penados.” (Sentencia de 24 de febrero de 1982.)

Artículo 291. Falsificación de billetes de lotería: títulos al portador.

“Los billetes de lotería son títulos al portador, y ello no tan sólo porque así se declare expresamente en el artículo 11 de la Instrucción General de Loterías de 23 de marzo de 1956, sino por la propia naturaleza del título, en el que el aleatorio crédito (o determinado una vez efectuado el sorteo) contra la Administración está subordinado a su tenencia, obrando éste, pues, como título de legitimación irremplazable, teniendo, además, según determina el artículo 4.º de la citada instrucción, la consideración de valores del Estado con protección penal contra los que los falsifiquen, emienden o adulteren.” (Sentencia de 21 de abril de 1982.)

Artículo 334. Quebrantamiento de la custodia: no es aplicable en caso de hallarse privado de libertad con carácter gubernativo.

“Tres son los elementos integrantes del delito que define y sanciona el artículo 334 del Código penal: el objetivo, constituido por el hecho de la evasión, fuga o autoliberación del preso o condenado; el subjetivo, representado por la voluntad de recuperar la libertad a sabiendas de la ilicitud de la decisión y del acto en el que se materializa y, por último, el normativo, representado por la exigencia de que la privación de libertad haya sido acordada, precisamente, en Sentencia o Auto de prisión”. Por lo que “en atención al último de los elementos citados, se ha venido entendiendo que no integra este delito la fuga de quien se halla privado de libertad con carácter gubernativo y si bien es incontrovertible el hecho de si deba considerarse cometido por quien se halle privado de libertad en virtud de lo ordenado, autorizado o ratificado por la Autoridad Judicial, dada la naturaleza de este delito, incluido en el Título del Código que regula los delitos contra la Administración de Justicia, lo que sí es doctrina pacífica, como no podía ser de otra manera, es que sí lo comete quien se halle en situación de prisión preventiva acordada en el correspondiente Auto.” (Sentencia de 22 de diciembre de 1981.)

Artículo 344. Tenencia de droga para el consumo propio.

Es sabido que el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo, de forma unánime y reiterada, que la tenencia de droga tóxica o estupefaciente para el consumo propio no es punible con base en el artículo 344 del Código penal. El motivo hay que encontrarlo en que el bien jurídico protegido en dicho precepto es la salud pública o colectiva, y no la individual. Por lo que el principio de autodeterminación personal debe primar frente a cualquier pretensión educadora, tuitiva o moralizante. En el relato de hechos se dice textualmente que el procesado “fue sorprendido y detenido por inspectores del Cuerpo General de Policía, en la Plaza de España de la ciudad de Melilla, cuando ocultos en su cuerpo bajo una faja tubular que vestía ceñida al bajo vientre y en unos vendajes efectuados en ambas piernas, llevaba setecientos gramos de hachís, que había adquirido en dicha ciudad, de persona no identificada, y pretendía trasladarla a la Península, para su propio consumo”. El Tribunal de Instancia, ateniéndose a los hechos probados, y seguramente que sirviéndose de un razonamiento semejante al expuesto, absolvió al procesado del delito contra la salud pública de que se le acusaba, no haciendo con ello más que desarrollar la doctrina unánimemente sostenida por el Tribunal Supremo cuando se llega a la conclusión de que la tenencia del hachís es para usos propios. Sin embargo, este planteamiento no es aceptado por el Tribunal Supremo en la presente sentencia al entender que la expresión que se incluye en el relato de hechos probados —“para su propio consumo”— contiene un juicio de valor, y

por ello es revisable en casación, “debiéndose determinar el ánimo tendencial, exigible por determinada clase de delitos y que opera como elemento subjetivo del injusto, de cuantas circunstancias concurren en el caso enjuiciado”. Por todo ello, concluye afirmando que “es evidente que la narración fáctica de la sentencia, al hacer constar que la cantidad de droga era poseída por el procesado “para su propio consumo”, contiene un juicio valorativo, que la Sala puede revisar, y de esta revisión se deduce que tal afirmación es equivocada, pues así se deriva dadas las circunstancias de la cantidad —“setecientos gramos de hachís”—, forma de poseerla —“oculta en su cuerpo bajo una faja tubular que vestía ceñida al bajo vientre y en unos vendajes efectuados en ambas piernas”— y propósito inmediato de “trasladarla de la ciudad de Melilla a la Península”. Todo ello lleva a casar la sentencia absolutoria, y a condenar al procesado por un delito de tenencia ilícita de drogas con la finalidad de tráfico. Permítaseme que plantee una duda: ¿se han respetado los hechos probados? (Sentencia de 27 de abril de 1982).

Artículo 344. Tráfico de drogas: no admite las formas imperfectas de ejecución.

“La naturaleza del delito que se estudia repudia cualesquiera otros actos imperfectos de ejecución que no sean el de consumación, ya que todos los actos iniciales son consumativos en tanto en cuanto todos los verbos nucleares son constitutivos de situaciones anteriores al tráfico, es decir, que la consumación se anticipa y se concreta y materializa en las situaciones de peligro para los bienes jurídicos que se protegen y de ahí que no se admitan las formas imperfectas de frustración o tentativa”. (Sentencia de 24 de febrero de 1982.)

Artículo 431. Escándalo público: publicidad o trascendencia del suceso.

“En este aspecto la doctrina legal ha llevado una clara evolución, pues mientras la Sentencia de 29 de abril de 1974 (que cita otras muchas), mantiene que basta que haya publicidad (*notitia criminis*), cualquiera que sea la vía por la que ha llegado al público, incluso si esta publicidad ha sido producida como consecuencia de las actuaciones policiales o judiciales, en la Jurisprudencia más reciente (siguiendo la orientación de una solitaria Sentencia de 2 de noviembre de 1961), mantiene que el delito se produce cuando los actos homosexuales se manifiestan con desenfreno, ostentación y publicidad, inevitable, o fácilmente posible”. (Sentencia de 6 de marzo de 1982.)

Artículo 443. Persona agraviada: Se puede proceder de oficio en caso de que la víctima sea extranjera, mayor de edad, ignorante del idioma español.

“Que si bien en el artículo 443 del Código penal, el legislador exige para proceder por los delitos de violación y raptó la denuncia de la persona agraviada, es lo cierto que la declaración prestada por la ofendida mayor de edad ante la policía como más completa *notitia criminis*, que el aviso del taxista y su ratificación posterior por carta desde Alemania, constituyen o por lo menos equivalen a la denuncia exigida ... puesto que tales actos demuestran la voluntad de la víctima de que la justicia actúe y el proceso siga adelante, pues en otro caso le hubiera bastado otorgar su perdón; pero aunque así no fuera, tratándose de una mujer alemana en viaje de turismo y desconocedora casi por completo de nuestro idioma ... resulta evidente que se hallaba desvalida y desamparada en nuestro país, lo que según lo preceptuado en el artículo anteriormente citado, permiten al Juez de Instrucción proceder de oficio, como en efecto lo hizo.” (Sentencia de 27 de febrero de 1982.)

Artículo 453. Calumnia dirigida contra una persona jurídica.

“Que siendo el bien jurídico protegido en el delito de calumnia el honor en sus manifestaciones externas (...) es claro que las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de este delito de calumnia, por trascender a quienes las representan y dirigen (...). En tal sentido se alinea la doctrina más moderna, apoyada en la protección al honor de los grupos sociales, familiares y humanos con base (...) actualmente en la propia Constitución española de 1978, que en su artículo 18 garantiza de manera genérica el derecho al honor. Pero el argumento legal y jurídico de más peso es el de que así como las personas morales y jurídicas no son responsables criminalmente, no obstante, cuando delinquen, responde por ellas las personas físicas que las dirigen o gobiernan, es decir, aquéllas que tienen facultades de dirección, gestión, representación... Luego, *a sensu contrario*, cuando se les impute falsamente un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, si aquella imputación trasciende a los mismos órganos de gobierno, directivos o representativos, cuyo honor queda malparado, se infiere la necesidad legal y jurídica de concluir en que pueden ser aquellas personas jurídicas sujeto pasivo del delito de calumnia”. (Sentencia de 30 de abril de 1982.)

Artículo 504, número 3.º. Momento de la consumación.

“Por lo que respecta al segundo inciso del número 3.º del artículo 504 citado —“o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo”—, tanto este Tribunal, como la doctrina científica, en-

tienden que el susodicho delito de robo se consuma en el momento de la referida sustracción *in situ* de objetos o muebles cerrados o sellados aunque todavía la *efractio* no se haya realizado ni el agente o agentes se hayan apoderado del contenido de dichos objetos o muebles". (Sentencia de 2 de abril de 1982.)

Artículo 510, número 2.º. Sustracción de la llave legítima a su dueño: concepto normativo.

"El concepto 'sustraer' es un elemento normativo y por ende ha de interpretarse no en sentido puramente material sino técnico-jurídico, que engloba todo acceso a la posesión de la llave legítima sin o contra la voluntad de su dueño (...) o, lo que es igual, que quien la utiliza no esté autorizado por el propietario para ello". (Sentencia de 26 de marzo de 1982.)

Artículo 518. Alteración de términos o lindes: bien jurídico protegido.

"Que al paso que el bien jurídico protegido por el tipo delictivo del artículo 518 del Código penal es la arcaica, aunque permanente e inmutable *actio finium regundorum* del Derecho romano, y recogida en su esencia en nuestro Código civil en el artículo 384, el objeto material digno de protección está representado por el hito o mojón, como signo visible y ostensible de los linderos que enmarcan la propiedad, y cuya forma comisi-va viene reflejada en la alteración material de los mismos como punto de partida y la invasión u ocupación del terreno colindante para ser anexionado al propio". (Sentencia de 7 de diciembre de 1981.)

Artículo 529, número 1. Estafa: presentación de un talón de cuenta corriente sustraído falseando la firma del titular.

"El hecho de la sustracción de un talonario de cheques (...), falseando la firma del titular y presentándolo en la entidad bancaria correspondiente, para cobrar la cantidad con que el o los cheques se rellenaron, en propio beneficio, representa además de un delito de falsedad en documento mercantil, una estafa del artículo 529, núm. 1.º, del Código penal, porque hay uso de nombre fingido, apariencia de bienes o crédito de que se carece, y sobre todo de saldo en cuenta corriente, a nombre del titular verdadero. Y cualquiera de estas modalidades engañosas está encajada en el artículo 529-1.º del Código penal, con lo que automáticamente se excluye la aplicación del artículo 533". (Sentencia de 20 de marzo de 1982.)

Artículo 535. Apropiación indebida: no restitución dentro del plazo convenido de un vehículo de motor alquilado sin conductor.

“La restitución de automóviles alquilados sin conductor con posterioridad al término convenido carece de realce penal cuando la prolongación del uso supone una simple demora o dilatación breve con causa más o menos justificada que no supera esa categoría de “usos ilícitos, no dominicales” que no tienen una tipicidad reconocida; pero fuera de estos casos debe propiciarse la calificación delictiva, bien a través de la estafa del artículo 529, núm. 1.º, del Código cuando el sujeto —al concertar el arriendo— estaba animado del propósito de traspasar el plazo de devolución del vehículo sin abonar la contraprestación correspondiente a los días de demora, de modo que la fianza prestada no cumplía otra finalidad que la de hacer posible la entrega del automóvil, encubriendo con ella una solvencia inexistente, o se utilizaba de otras argucias o ficciones para obtener el vehículo sin ánimo o posibilidades de hacer frente a las responsabilidades del alquiler, o bien subsumiendo los hechos en el artículo 535 del texto penal cuando, sin artificio ni simulación intercedente, era patente el propósito o presumible la voluntad de incorporar el vehículo alquilado al patrimonio del arrendatario, atrayendo una u otra nominación penal la aplicación del artículo 528, con la diferencia, en el aspecto de la punibilidad, de atender al montante de los perjuicios en el primer caso y al valor del objeto en el segundo”. (Sentencia de 14 de abril de 1982.)

Artículo 546 bis b). Receptación habitual: concurso con la inducción a un delito de hurto. Concurso de leyes.

“En la declaración de hechos declarados como probados, se concretan los siguientes supuestos: a) Que el procesado-recurrente ‘sugirió y animó, bajo promesa de adquirir con retribución económica’ lo sustraído a los otros procesados, para que hicieran sustracciones; b) Que una vez aceptada esta proposición, la llevaron a efecto apoderándose de unos 3.000 kilogramos de lingotes de molderería, mediante ocultación de parte del cargamento entregado para su transporte, que fueron valorados a 6,68 pesetas el kilogramo; c) Que las cantidades sustraídas fueron comercializadas por el recurrente, chatarrero mayorista con almacén abierto al público. Estos tres supuestos distinguen dos actividades o conductas tipificadas independientemente, una de ellas como hurto por inducción. y la otra constitutiva del delito de receptación habitual por ejecución directa, lo que obliga a apreciar la existencia de dos infracciones delictivas, sancionables, si no con la normativa de un concurso real, como propone cierto sector doctrinal, sí al menos mediante la institución del concurso de leyes, sin ir en contra del principio *non bis in idem*, que es el fundamento que tiene la doctrina de esta Sala para introducir los condicionamientos negativos en el encubrimiento con ánimo de lucro —que el autor

de la receptación no sea autor o cómplice del delito encubierto—, considerando estas diferentes fases de la actividad delictiva tipificadas por separado como una sola acción”. (Sentencia de 29 de enero de 1982.)

Artículo 546 bis b). Receptación: habitualidad, presunción de iure.

“El delito de receptación ... reclama, como agravante específica, la habitualidad en el párrafo último de este mismo artículo, con presunción de *iure* ... siendo necesario para que la habitualidad tenga la operatividad agravatoria, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, que las cosas que sean objeto de receptación tengan cierta relación o conexidad homogénea o analógica con las que son objeto de comercio o industria en los establecimientos que el mismo artículo menciona”. (Sentencia de 19 de noviembre de 1981.)

Artículo 8, número 2.º. Minoría de edad penal: recurso de revisión.

“Resultando inconcuso que al tiempo de realizar tal hecho, se hallaba exento de responsabilidad penal por ser menor de dieciséis años, circunstancia que impone y exige declarar la nulidad de la repetida Sentencia, dictada con manifiesta e involuntaria infracción del artículo 8, núm. 2, del Código penal, en razón de haberse conocido con posterioridad al fallo el hecho cabal y exacto de su nacimiento y que es la circunstancia básica de la plena responsabilidad penal del condenado, acogiendo en su virtud el recurso de revisión examinado promovido por el Ministerio Fiscal”. (Sentencia de 30 de noviembre de 1981.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria: presupuestos.

“Modernamente y al compás de la evolución de la doctrina y de los tiempos, se viene afirmando que la esencia y raíz de la imprudencia es la desatención de actuar de las personas que provoca un descontrol de la conciencia y de la voluntad con que actúa, así como del campo, los objetos y las personas sobre las que recae aquella actividad. Esta desatención es base de la imprudencia temeraria, cuando se incurre en imprevisiones de lo que era fácil, asequible y vulgar de prever, y que eran exigibles a cualquier persona. Con tal conducta se infringen los deberes objetivos de cuidado, y se crea un riesgo previsible, evitable y atribuible al sujeto con actuación negligente; un resultado lesivo y constitutivo de delito y una relación de causalidad, inmediata, directa y eficaz entre el hecho humano, con negligencia grave, y el mal efectivo y concreto, sin interferencia decisiva de elementos extraños”. (Sentencia de 19 de diciembre de 1981.)

Artículo 565. Imprudencia: un mayor grado de conocimiento fundamenta la exigibilidad de una conducta más cuidadosa.

“Que para poder exculpar al agente en esta clase de delitos (culposos) es necesario demostrar, dada la naturaleza eminentemente subjetiva del juicio de culpabilidad, que éste obró, no sólo con la diligencia ordinaria que le sería exigible a cualquier persona en circunstancias análogas, sino con las debidas al caso concreto, puesto que los mayores conocimientos y poderes poseídos por el sujeto individual aumenten indudablemente la posibilidad y evitabilidad del resultado antijurídico y por tanto fundamenta la exigibilidad de una conducta más cuidadosa, ya que a quien más puede y sabe, cabe exigirle la puesta en funcionamiento de todas sus potencialidades para evitar que su actuación pueda dañar al prójimo, consideración que por otra parte aparece como fundamento de la figura agravada de la llamada imprudencia profesional, acogida en el párrafo 5.º del artículo 565 de nuestro vigente Código penal y que pone de relieve cómo el legislador patrio tuvo en cuenta las facultades subjetivas del agente combinando acertadamente ambos criterios, porque si en el juicio referente a si el autor ha respetado la medida media de cuidado que se estima necesaria para la evitación del resultado, puede aplicarse solamente un criterio objetivo, ello no parece suficiente para situar los límites naturales y éticos de la exigibilidad, sino que para un mayor acierto y justicia del juicio a emitir, deben ser asimismo consideradas las circunstancias subjetivas del agente que éste poseía y no utilizó”. (Sentencia de 2 de noviembre de 1981.)

Artículo 565. Proyección al campo del delito culposo de la doctrina de las acciones libres en la causa.

“Es doctrina reiteradísima de esta Sala que si a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas, el conductor de un vehículo de motor causa un resultado dañoso, su conducta ha de estimarse necesariamente constitutiva de imprudencia temeraria siquiera, para ello, sea necesario proyectar al campo culposo la doctrina de las *actio libera in causa*, pues el solo hecho de conducir en ese estado entraña una conducta temeraria, ya que una hemoconcentración de alcohol del dos por mil c. c. de sangre, produce inevitablemente retardo en las reacciones, dispersa la atención, produce incoordinación e incapacita para conducir automóviles”. (Sentencia de 9 de marzo de 1982.)

Artículo 565. Responsabilidad a título de imprudencia: el acto inicial puede ser malicioso.

“Durante muchos años este Tribunal, por una parte, aplicaba la doctrina sintetizada en la frase “*causa causae est causa causanti*” exten-

diéndola incluso al problema de la culpabilidad, y, por otra parte, estimaba que no podía haber delito culposo en tanto en cuanto el acto inicial no fuera lícito, aplicando, por consiguiente, la que algunos denominan *funesta* teoría del *versari in re illicita* ... habiendo llevado ambas teorías a que este Tribunal, en la década de los cincuenta, tratando de eludir estos condicionamientos y de aplicar soluciones culposas, considerara acto lícito el empujar a una persona que se hallaba en el borde del rellano de una escalera, el lanzar contra un hijo pequeño un pesado cayado de pastor o el separar a puntapiés a dos personas enzarzadas en riña. Pero, posteriormente, este Tribunal, además de separarse, en muchas ocasiones de la doctrina de la *conditio sine qua non* y regirse por las de la causalidad eficiente o de la causación adecuada, exigiendo que el resultado sea la consecuencia natural del comportamiento del agente y de su acción, ha admitido ... que, siendo el acto inicial no sólo voluntario sino malicioso, es decir, hallándose patente la ilicitud inicial, puede, sin embargo, entenderse concurrente una hipótesis de infracción culposa, siempre y cuando, claro está, por una parte, se detecte la presencia tanto del elemento normativo —infracción del deber objetivo de cuidado— como del elemento psicológico —imprevisibilidad de lo que era previsible, prevenible y evitable—, y, por otra, la discordancia o divergencia entre lo querido por el agente y el resultado sea de tal magnitud que se produzca una desviación intencional y una disociación tan abismal entre lo deseado y lo obtenido que no sea posible atribuir dicho resultado el agente y a su intención sin incurrir en exasperación de la causalidad y en aplicación inmoderada de la doctrina *versarista*". (Sentencia de 13 de abril de 1982.)

Artículo 565. Concurrencia de culpa en la víctima: exención de responsabilidad o atenuación del grado de imprudencia.

"En casos excepcionales, cuando la culpa de la víctima es de tal gravedad, que su inserción en la relación causal, hace que el resultado sea consecuencia indeclinable de la misma, apareciendo la del inculpado, como manifiestamente irrelevante, en cuyo caso queda totalmente exonerado de responsabilidad. Otras veces degrada la gravedad de la infracción culposa, que de temeraria puede pasar a simple, con o sin infracción de reglamentos. Finalmente, puede influir moderando el "quantum" de la indemnización en correlación directa con la intensidad de la culpa del propio ofendido en el resultado final". (Sentencia de 31 de marzo de 1982).

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE JUNIO DE 1982 SOBRE FALSIFICACION DE RECETAS MEDICAS ORDINARIAS

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982 da un tratamiento nuevo a la falsificación de recetas médicas ordinarias (no de la Seguridad Social o Beneficencia, ni las relativas a estupefacientes) al considerarlas documentos oficiales en gran parte de los supuestos y estimar, consecuentemente, que su falsificación está incluida en el tipo del artículo 303 del Código penal.

Hasta llegar a tal resolución se ha recorrido un camino largo.

1.—Jurisprudencia tradicional.

a) Siempre ha entendido el Tribunal Supremo que las recetas de la Seguridad Social (y de Beneficencia) y las necesarias para el despacho de estupefacientes eran documentos oficiales.

Aquellas, porque debían ser extendidas en “modelo oficial” determinado reglamentariamente (Sentencias de 13 de enero 58 y 4 junio 59 y, recientemente, de 23 de noviembre 1978, 15 junio 79 y 7 abril 1981).

Estas, las de estupefacientes, porque, además de la exigencia de modelo, autenticaban el hecho de que el producto hubiera sido prescrito precisamente por facultativo. Así lo entendió la Sentencia de 20 abril 1961, apoyándose en el Decreto de 29 agosto 1935 y en la Orden del día 31 siguiente, reguladores de la dispensación de estupefacientes.

Esta Orden, en cuanto ahora importa, contiene dos normas básicas. En su punto 3.º establece que “se mantiene la prohibición más absoluta de despachar productos estupefacientes que no sean solicitados mediante receta médica declarada oficial”, y en el 15 ordena que “el farmacéutico al despachar el medicamento se quedará con la hoja correspondiente...”. Esto es, la regulación de la receta “oficial” para estupefacientes se construye sobre dos bases: la exigencia de una forma que haga constancia del acto profesional del médico (prescripción del medicamento), y la exigencia de unos requisitos reveladores del acto profesional del farmacéutico (despacho del preparado). Y todo ello para hacer efectivo el control de los estupefacientes por parte del Estado.

Estas disposiciones administrativas han sido puestas al día por Decreto de 6 octubre 1977.

b) Por el contrario, la jurisprudencia ha venido considerando que todas las recetas no son más que papeles en las que el médico reseña el medicamento a fin de que pueda ser conocido y despachado en la Oficina de Farmacia.

No son, pues, más que simples documentos privados, y, en consecuencia, su falsificación sólo será conducta típica cuando concurren los requisitos del artículo 306 —perjuicio de tercero o ánimo de causárselo— (Sentencias de 25 junio 53 y 22 diciembre 55).

2.—Estando así las cosas, a finales de los años setenta ocurrió en España un hecho que se había observado en Europa diez años antes: las falsificaciones masivas de recetas ordinarias para la obtención en farmacias de preparados en cuya composición hubiera estupefacientes. En España se elegían productos con pequeñas cantidades de tales sustancias por lo que no estaban comprendidas en la legislación de 1935, y, sobre todo, se buscaban anfetaminas dada la gran tolerancia respecto a ellas que siempre ha habido en nuestro país.

Las legislaciones comparadas reaccionaron con prontitud frente a la falsificación de recetas. El informe Pelletier subraya que la Ley Francesa de 31 diciembre 1970 impone penas “de dos a diez años a los que... se hacen librar los productos por medio de recetas falsas o de complacencia”. Casi todos los países europeos suscribieron en Viena el Convenio de 1971, comprometiéndose a establecer en sus legislaciones internas exigencias estrictas para las recetas que hayan de servir de medio para la obtención de ciertos medicamentos.

Las falsificaciones comenzaron a ser intolerables en España en los últimos años setenta porque las Brigadas de Estupefacientes lograron importantes éxitos en el descubrimiento de redes de tráfico y porque se emplearon con acierto los medios necesarios para cortar los robos en farmacias. Los consumidores y, sobre todo, los revendedores abrieron este camino de falsificar recetas para lograr los medicamentos deseados.

Se iniciaron muchos procesos penales por tales conductos, que fueron estimadas por el Juez de Instrucción al procesar y por el Fiscal al calificar como falsedades en documentos oficiales. Las Audiencias, casi en unanimidad, absolvían, siguiendo aquellas antiguas sentencias del Tribunal Supremo que nunca consideraron documentos oficiales las recetas ordinarias. Y el Fiscal, después de algunas vacilaciones, comenzó a interponer recursos de casación por no aplicación del artículo 303.

3.—Por primera vez se resolvió uno de estos recursos en Sentencia de 22 de enero de 1981, conservadora en apariencia, pero con innovaciones esenciales al ser la primera que condenaba por falsificación de recetas ordinarias.

Sigue la línea trazada por la jurisprudencia anterior de que estas recetas son documentos privados, y, sin ello, es conservadora. Pero da una interpretación avanzada al requisito del perjuicio de tercero o ánimo de causárselo, pues, utilizando la idea —muy decantada ya— de que el perjuicio exigido por el tipo puede recaer sobre intereses morales y no sólo materiales, estima que existe un potencial perjuicio espiritual para el médico cuya firma se finge en la receta ya que se supone que ha prescrito medicamentos sin previa visita ni consulta al enfermo, perjudicando con ello su prestigio, nombre profesional y actuación facultativa.

Esta Sentencia recoge el sentir social —manifestado incluso en la prensa diaria de todas las ideologías— de poner freno a la epidemia de falsificaciones de recetas ordinarias, y lo hace atada por el cauce estrecho marcado por la jurisprudencia anterior. Se había alcanzado un punto de apoyo decisivo, pero no bastaba.

a) No fue suficiente en los meses siguientes porque los recursos ya interpuestos defendían la idea del documento oficial y el Tribunal Supremo hubo de desestimar alguno al sostener, con gran fuerza, su postura del documento privado y no poder aceptar esta tesis, mantenida "in voce" por el Fiscal, al haber sido interpuesto el recurso por no aplicación del artículo 303 (Sentencia de 30 septiembre 1981).

b) No fue, tampoco, bastante aquel punto de apoyo en los casos en los que se fingía la firma de un médico no existente porque en ellos no había, ni siquiera en potencia, perjuicio para nadie (Sentencia de 27 febrero 1982).

Ello planteó en el ámbito procesal la necesidad de probar la existencia del médico cuya firma se falseaba, mediante certificado del Colegio profesional e incluso argumentando notoriedad cuando era un médico muy conocido.

Y originó también cuestiones de fondo, como la de discutir si, no existiendo el médico pero sí la Institución (Hospital, Cátedra, etc.) que aparecía en el membrete de la receta falsa, podía estimarse perjuicio para tal Centro y llenar así el requisito del artículo 306. Quedan recursos de casación pendientes en lo que este problema está planteado.

Tales cuestiones de fondo son esenciales porque en esos supuestos en que se finge la firma de un médico no existente, quien pretendía obtener los medicamentos, lo lograba con igual facilidad que quien falsificaba la firma de un médico real, y, sin embargo, su conducta quedaba fuera del tipo. Realmente la cuestión era mucho más profunda: al estar forzado el Tribunal Supremo por sus antiguas sentencias, al seguir considerando las recetas ordinarias como documentos privados, en sentencias mucho más modernas dictadas en un momento social radicalmente distinto, había tenido que desplazar el centro de gravedad del problema. La perspectiva exacta era que al falsificar una receta ordinaria para obtener ciertos medicamentos se está atacando la confianza que todos tenemos en que tales productos hayan sido prescritos por un médico a través del cual el Estado ejerce el control sobre ellos, línea argumental que conduce necesariamente a estimar la receta como documento oficial. En esas tres sentencias citadas, el Tribunal Supremo se ve obligado a estimar que tales falsificaciones lesionaban la confianza que todos tenemos en que la firma que aparentemente es de una persona —profesional de la medicina— realmente sea suya, camino que lleva a la consideración obvia de la receta como documento privado.

4.—Mientras todo esto ocurría, en tanto iba construyéndose poco a poco la jurisprudencia, España ratificaba, por Instrumento de 16 agosto 1976, aquel Convenio de Viena de 21 febrero 1971, que fue desarrollado por Orden del Ministerio de la Gobernación de 11 abril 1977.

El punto 1 de la Orden define por vez primera en nuestro Ordena-

miento la receta médica como "el documento extendido por los facultativos en los que se prescriba la medicación que debe administrarse al paciente y que ha de dispensarse por la oficina de farmacia". Esto es, como el documento que incorpora dos actos profesionales, el de la prescripción, del médico y de la dispensación del farmacéutico, poniendo exigencias a cada uno de ellos.

a) En cuanto incorpora un acto médico de prescripción de medicamentos, la receta ha de cumplir dos series de requisitos. Unos relativos al impreso (en el que "obligatoriamente deberán figurar los siguientes datos...", según el punto 2). Otros, encaminados a delimitar el contenido mismo del acto y que son considerados como requisitos de validez, tratándose, pues, de verdadera forma "ad solemnitatem", entre los que destacan la constancia nítida del facultativo "prescriptor", autorizante de la orden de despacho, esencia del acto médico incorporado a la receta, distinto de otras posibles conductas del facultativo, cuya documentación no es "propiamente" receta (puntos 3, 4 y 5). Incluso se establece un plazo de caducidad para la misma (punto 7).

b) En cuanto la receta contiene un acto farmacéutico de dispensación, en cuanto lo "avala", la Orden mencionada, exige, básicamente, que las recetas queden en poder de la oficina de farmacia con el fin de evitar que se despache más de una vez el mismo medicamento, habiendo regladas especiales para los tratamientos de cierta duración (punto 6).

Todas estas exigencias son obligatorias con relación a los medicamentos y especialidades farmacéuticas "que pertenezcan a los grupos terapéuticos que se indican en el Anexo de esta Orden" (punto 8), lo que así se hará constar en los envases (punto 9).

La simple lectura de esta Orden Ministerial revela que su contenido coincide con el de la Orden de 31 agosto 35 (que ésta, en su punto 10, deja vigente). Es una normativa más elaborada y de técnica más perfecta, pero esencialmente idéntica a la de aquella Orden relativa a estupefacientes. Dicho en otras palabras, las exigencias que la Orden de 1935 puso para la prescripción y despacho de estupefacientes, ésta de 1977 las establece para muchos más medicamentos, de hecho para todos aquéllos cuyo consumo pueda suponer algún peligro.

5.—Siendo esto así, la consecuencia en el campo penal se desprende por sí misma: las mismas razones que siempre tuvo el Tribunal Supremo para considerar documentos oficiales a las recetas de estupefacientes existen ahora para estimar que lo son las recetas orginarias de los medicamentos contenidos en el Anexo de la Orden de 1977. Esta norma administrativa ha convertido en documentos oficiales esas recetas que antes sólo lo eran privados.

Esta argumentación había que hacerla llegar al Tribunal Supremo, y así se hizo en recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia de Valladolid de 11 marzo 81, resuelto ahora por la de aquel Alto Tribunal de 11 junio 82, que lo estima en sus términos.

La Sentencia transcribe la definición de receta contenida en la Orden de 1977 y sintetiza ésta en cuanto hace obligatoria la receta para el despacho de los medicamentos contenidos en el anejo y en cuanto impone

al farmacéutico el deber de quedarse con la receta una vez dispensado el preparado, alcanzando entonces el núcleo del problema en su tercer considerando: "claro resulta, que si bien las recetas en las que se prescriben medicamentos para cuya dispensación por las oficinas de farmacia no sean obligatorias en cuanto que tanto pueden despacharse con receta como sin ella, tienen el carácter de documento privado, en cambio, cuando se trata de recetas obligatoriamente exigibles para la dispensación de los medicamentos por tratarse de los comprendidos en alguno de los grupos del anexo de la mentada Orden, ha de reputarse documento oficial en cuanto que viene normativamente regulada toda su trayectoria desde el momento de su expedición hasta su último destino, siendo la "ratio legis" de ello, el habilitar el medio de control oficial de algo de tanto valor y trascendencia humana como es la salud".

Es una sentencia que cambia de raíz la anterior postura del Tribunal Supremo para resolver de frente lo que se plantea en casación: la falsificación de recetas de gran parte de los medicamentos (el Anexo contiene casi todos) lesiona la confianza que todos tenemos en que el Estado controla tales productos (aun con poca dosis de estupefacientes, incluso las anfetaminas), en suma, que ejerce un control sobre la salud. Haber sostenido antes el hipotético perjuicio moral a un médico fue una solución de emergencia, decisiva en su momento, que queda ahora para las recetas relativas a todos los demás medicamentos. Esta sentencia, por fin, llega al núcleo de la cuestión recogiendo el verdadero sentir de la sociedad.

LUIS MARÍA DELGADO LÓPEZ

BIBLIOGRAFIA

REVISTA DE LIBROS

- Informe General de las actividades desarrolladas en las Instituciones Penitenciarias españolas durante el año 1979*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Imprenta Talleres Penitenciarios, Alcalá de Henares, 1980, 320 págs.
- La reforma del Derecho penal*. Edición a cargo de Santiago Mir, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, 322 págs.
- La reforma penal y penitenciaria*. Presentación de Agustín Fernández Albor, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1980, 604 págs.
- Ley Orgánica General Penitenciaria. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales. Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980, 279 págs.
- Los delitos económicos en la legislación de los países occidentales*. Presentación de José María Stampa Braun, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, 142 págs.
- Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Colección Estudios Penales, núm. 3. Departamento de Derecho Penal. Universidad de Granada, 1980, 108 págs.
- Emilio OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Coedición del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid y la Editorial Civitas, Madrid, 1980, 487 págs.
- El Proyecto de Código Penal* (Ciclo de conferencias sobre el Proyecto de Código penal patrocinadas por el Ilustre Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho de Barcelona celebrado del 27 de febrero al 24 de abril de 1980). Presentación de Juan Córdoba Roda, Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1980, 288 págs.
- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Cuadernos de Documentación. Apéndice. Contiene «Notas sobre el Proyecto de Código Penal», por Carlos García Valdés, y un apéndice documental compuesto por la «Memoria explicativa del tetxo Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal» y por el «Texto del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal» (Separata).
- Manolo REVUELTA, *Sumario 22/79. Herrera de la Mancha. Una historia ejemplar*, las ediciones de La Piqueta y Quemedá Ediciones, Madrid, 1980, 192 páginas.
- José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial. Suplemento a la séptima edición. Reformas hasta el 31 de diciembre de 1979*, Gráficas Carasa, Madrid, 1980, 140 págs.
- José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial. Octava edición*, Gráficas Carasa, Madrid, 1980, 1342 págs.
- Enrique RUIZ VADILLO, *El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Cuadernos de Documentación, núm. 13, Instituto Nacional de Prospectiva. Con la colaboración de la Secretaría de Estado para el Desarrollo Cons-

- titucional y el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, 160 págs.
- Rafael SÁNCHEZ SUÁREZ, *La Objeción de Conciencia*, Cuadernos de Documentación, núm. 20, Instituto Nacional de Prospectiva. Con la colaboración de la Secretaría de Estado para el Desarrollo Constitucional y el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, 74 págs.
- Rosa SERRANO GARCÍA, *Ley de Reforma de la Legislación de Menores*, Cuadernos de Documentación, núm. 24, Instituto Nacional de Prospectiva. Con la colaboración de la Secretaría de Estado para el Desarrollo Constitucional y el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, 116 págs.
- José Enrique SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistía*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, 301 págs.
- José María STAMPA BRAUN y Enrique BACIGALUPO, *La reforma del Derecho penal económico español. (Informe sobre el título VIII del Proyecto de Código penal de 1980)*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, 78 págs.
- Günter STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*. (Versión castellana de Enrique Bacigalupo con la colaboración de Agustín Zugaldía Espinar). Con un estudio preliminar de Enrique Bacigalupo sobre el tema «Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano». Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, 127 págs.
- Jesús VALENCIANO ALMOYNA, *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80*. Gráficas JECSA, Madrid, 1980, 246 págs.
- Juan José ZAPATER FERRER, *La circunstancia de desprecio de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Colección de Estudios Sene Minor, número 2. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia, Valencia, 1980, 96 págs.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXV AÑO 1982

Páginas

TOMO XXXV - FASCICULO III - SEPTIEMBRE-DICIEMBRE

SECCION DOCTRINAL

<i>La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español</i> , por José Cerezo Mir	561
<i>Prolegómenos al estudio del Derecho penal en China Imperial</i> , por el doctor Israel Drapkin S.	581
<i>Las codificaciones sobre procedimiento penal en el Cantón de Friburgo</i> , por el profesor doctor François Clerc	599
<i>Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España</i> , por Alfonso Serrano Gómez ...	609
<i>Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980</i> , por José Luis Diez Ripollés ...	627
<i>Ley penal en el espacio: problemas que plantea el corredor internacional de Puigcerdá a Llívia, enclave español en Francia</i> , por el doctor Juan Felipe Higuera-Guimerá	651
<i>Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español</i> , por Jesús María Silva Sánchez	663
<i>La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código penal colombiano</i> , por Jorge Enrique Valencia M.	693

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial ...</i>	705
---	-----

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	719
B) Circulares y consultas de la Fiscalía del T. S.	723

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Antón	735
<i>Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982, sobre falsificación de recetas médicas ordinarias</i>	751

REVISTA DE LIBROS	757
---------------------------------	-----

	<u>Páginas</u>
<i>Las codificaciones sobre procedimiento penal en el Cantón de Friburgo, por el profesor doctor François Clerc</i>	599
<i>Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España, por Alfonso Serrano Gómez</i>	609
<i>Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980, por José Luis Díez Ripollés</i>	627
<i>Ley penal en el espacio: problemas que plantea el corredor internacional de Puigcerdá a Llívia, enclave español en Francia, por el doctor Juan Felipe Higuera-Guimerá</i>	651
<i>Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español, por Jesús María Silva Sánchez</i>	663
<i>La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código penal colombiano, por Jorge Enrique Valencia M.</i>	693

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial</i>	705
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	719
B) Circulares y consultas de la Fiscalía del T. S.	723

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal, por Luis Felipe Antón</i>	735
<i>Comentario a la Sentencia del Tribunal Suupremo de 11 de junio de 1982, sobre falsificación de recetas médicas ordinarias</i>	751

REVISTA DE LIBROS	757
---------------------------------	-----

**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**