

**UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA**

**La reforma  
penal  
y penitenciaria**

**1980**



**CURSOS Y CONGRESOS  
DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA**

# La reforma penal y penitenciaria



1980

® Universidad de  
Santiago de Compostela

La edición de este volumen ha contado con la aportación económica del Ministerio para la Coordinación Legislativa.

**SECRETARIADO DE PUBLICACIONES DE LA  
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA**

D. L.: C - 660 - 1980

ISBN: 84-7191-203-1

---

Imprime: «La Voz de Galicia, S. A.» - División de Artes Gráficas. La Coruña

## *Presentación*

El cambio político habido en España pone en evidencia la necesidad de acomodar la legislación al nuevo sistema democrático. El Código Penal vigente difícilmente se adapta a este profundo cambio, político y social, que nos ha llevado a la Constitución de 1978 y a la Ley General Penitenciaria de 1979. Se hacía necesaria pues o una revisión profunda o una obra de nueva planta del Código Penal, tantas veces solicitada por la doctrina científica, que se acoplará a las nuevas leyes ya en vigor.

La Comisión a quien se encomendó la redacción de un Anteproyecto de Código Penal trazó en breve escrito “Las líneas generales de la reforma” en el que afirmó: “Redactar un nuevo Código penal es tarea que requiere largo tiempo de estudios preparatorios y de consultas a las Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados y a otras Corporaciones y Asociaciones”. Sin embargo, y quizá por necesidades políticas, la conveniencia de un nuevo Código Penal llevó a apresuramientos en su elaboración que cortaron los bue-

nos propósitos del texto que hemos recordado. La Comisión preparó el Anteproyecto de Código Penal y las Corporaciones citadas, por lo menos las Universitarias, no fueron consultadas; lo que motivó en algunos casos protestas firmes y en otros cierto malestar.

Al presentarse a las Cortes el “Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal” y su correspondiente publicación en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales”, se reavivaron las tensiones que llevaron a un numeroso grupo de Catedráticos y Profesores Agregados de Derecho Penal de la Universidad española a considerar la conveniencia de una reunión científica, al margen de orientaciones políticas, en la que se pudieran contrastar pareceres sobre la génesis del Proyecto y sobre su contenido. Unánimemente los reunidos eligieron la Universidad de Santiago de Compostela que ofreció inmediatamente su hospitalidad con apoyo de su Rector, Prof. Suárez Núñez, y con la valiosa aportación del Subsecretario de Universidades y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, Prof. Cobo del Rosal. Al contar con los medios materiales y morales de ayuda, se solicitó la colaboración de aquellos profesores que habían participado más de cerca en la elaboración de los nuevos textos legales con objeto de que expusieran sus trabajos en forma de ponencia, seguida de coloquio, al resto de los profesores; invitación que aceptaron sin reservas, lo que es de elogiar y agradecer muy sinceramente.

El presente volumen recoge las ponencias y las variadas comunicaciones que reflejan distintas posiciones ante tema tan candente; variedad digna de subrayar porque supone libertad absoluta en la manifesta-

ción de las diferentes y en ocasiones divergentes opiniones que se resumen en la relación de síntesis que figura al final de la publicación.

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Catedrático de Derecho Penal y  
Director del Instituto de Criminología  
de la Universidad de Santiago de Compostela



## SUMARIO

	Págs.
<i>Presentación.</i> Agustín Fernández Albor, Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela. . . . .	5
<i>Lista de Participantes.</i> . . . . .	13
<i>Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código Penal español.</i> Gonzalo Rodríguez Mourullo, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid. Ponente General de la ponencia especial redactora del Anteproyecto. . . . .	15
<i>La parte especial en el Proyecto de Código Penal.</i> Enrique Gimbernat Ordeig, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Alcalá de Henares. Ponente General de la ponencia especial redactora del Anteproyecto. . . . .	47
<i>La reforma del derecho penitenciario español.</i> Carlos García Valdés, Universidad de Alcalá de Henares. . . . .	59
<i>Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.</i> Marino Barbero Santos, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid. Ponente General de la Ponencia especial para la reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social. . . . .	93
<i>El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.</i> José Ortego Costales, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca. . . . .	135
<i>Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidas en la parte general del Proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de ésta.</i> José María Rodríguez Devesa, Cate-	

drático de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid. . . . .	151
<i>“El Proyecto de Código Penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales”</i> . José A. Sainz Cantero, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Granada. . . . .	167
<i>Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal</i> . José Cerezo Mir, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza. . . . .	199
<i>Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el Proyecto de Código Penal de 1980</i> . Agustín Fernández Albor, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela. . . . .	223
<i>“El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal”</i> . Indicaciones de política legislativa sobre la “Teoría de la culpabilidad”. Angel Torío López, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Valladolid. . . . .	247
<i>La capacidad sancionadora de la administración en el Proyecto de Código Penal</i> . José R. Casabó Ruiz, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Valencia. . . . .	271
<i>Un Proyecto regresivo en tema de aborto</i> . Gerardo Landrove Díaz, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Murcia. . . . .	301
<i>El Proyecto de Código Penal de 1980, víctima de estructuras mas que delito de omisión</i> . Antonio Beristain Ipiña, Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de San Sebastián. . . . .	321
<i>La prisión provisional en el derecho español</i> . Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho Penal y Víctor M. Moreno Catena, Prof. Ayudante de Derecho procesal de la Universidad de Sevilla. . . . .	339
<i>El Proyecto de Código Penal y el art. 38 de la Constitución</i> . Miguel Bajor Fernández, Profesor Agregado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. . . . .	433
<i>Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (Arts. 323 a 325 del Proyecto)</i> . Luis Rodríguez Ramos, Profesor Agregado de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. . . . .	467
<i>Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal de 1980</i> . Santiago Mir Puig, Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona. . . . .	485

<i>Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia.</i> Diego-Manuel Luzón Peña, Profesor Agregado de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca. . . .	513
<i>La consumación anticipada en el robo con violencia o intimidación.</i> Javier Boix Reig, Profesor Agregado de Derecho Penal en la Universidad de Valencia.. . . .	551
<i>Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal.</i> Gonzalo Quintero Olivares, Profesor Agregado de Derecho Penal en la Universidad de Valladolid.. . . .	569
<i>Relación de Síntesis.</i> . . . . .	589



## LISTA DE PARTICIPANTES

### UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

#### COLOQUIO SOBRE LA REFORMA PENAL Y PENITENCIARIA

Prof. Dr. José Ortego Costales (Salamanca)  
Prof. Dr. José María Rodríguez Devesa (Complutense Madrid)  
Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias (Coimbra)  
Prof. Dr. Juan Córdoba Roda (Central Barcelona)  
Prof. Dr. Marino Barbero Santos (Complutense Madrid)  
Prof. Dr. José Antonio Sáinz Cantero (Granada)  
Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (Autónoma Madrid)  
Prof. Dr. José Cerezo Mir (Zaragoza)  
Prof. Dr. Rodrigo Fabio Suárez Montes (Oviedo)  
Prof. Dr. Agustín Fernández Albor (Santiago)  
Prof. Dr. Angel Torío López (Valladolid)  
Prof. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig (Alcalá de Henares)  
Prof. Dr. José Ramón Casabó Ruiz (Valencia)  
Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz (Murcia)  
Prof. Dr. Antonio Beristain Ipiña (San Sebastián)  
Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde (Sevilla)  
Prof. Dr. Miguel Bajo Fernández (Autónoma Madrid)  
Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos (Complutense Madrid)  
Prof. Dr. Santiago Mir Puig (Autónoma Barcelona)  
Prof. Dr. Tomás Vives Antón (Valencia)  
Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña (Salamanca)  
Prof. Dr. Javier Boix Reig (Valencia)  
Prof. Dr. Gonzalo Quintero Olivares (Central Barcelona)  
Prof. Dr. Carlos García Valdés (Alcalá de Henares)

Dr. Luis González Guitián (Santiago)  
Dr. José Manuel Lorenzo Salgado (Santiago)  
D. Carlos Martínez Pérez (Santiago)  
D. Fidel del Río y Pardo (Santiago)  
D. Santiago Nogueira Gandásegui (Santiago)



# **GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid.

Ponente General de la ponencia especial redactora del Anteproyecto.



**Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código Penal español.**

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Si no he interpretado mal el encargo que en su día me formuló mi querido amigo y compañero el Prof. Fernández Albor, mi cometido en estos momentos se reduce a señalar, como posibles objetos de discusión, algunas de las innovaciones más sobresalientes que introduce en Parte General el Proyecto de Código Penal de 1980. Parto en mi exposición del texto del Proyecto tal como apareció publicado en el Boletín de las Cortes de 17 de Enero de 1980, que difiere en no pocos extremos del Anteproyecto que la Ponencia Especial nombrada en el seno de la Comisión General de Codificación había entregado en su momento al entonces Ministro de Justicia Landelino Lavilla Alsina. Por otra parte, como es obvio, todo cuanto se diga ahora ha de decirse con las reservas propias que impone todo Proyecto. Se sabe ya que varios grupos parlamentarios preparan enmiendas a varios artículos de los que hoy citaremos aquí y, por tanto, es posible que en el futuro Código aparezcan con una redacción distinta.

A efectos expositivos, me ocuparé en primer lugar de algunas de las novedades más importantes en la regulación del delito, para referirme luego a las reformas relativas al sistema de penas.

## II. EL DELITO

### 1. CONCEPCION: PRINCIPIOS BASICOS

En materia de criterios básicos relativos a la concepción del delito, me parece que las innovaciones más significativas afectan a la consagración del principio de culpabilidad, regulación del error y limitación de los delitos culposos.

#### A. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Ya en las líneas generales de la reforma se anticipó que ésta procuraría “dotar de la máxima vigencia al principio *ninguna* pena sin culpabilidad”, a cuyo fin se anunció que se suprimirían o corregirían “todos aquellos preceptos, tanto del Libro I como de los Libros II y III del vigente Código, que originan responsabilidad objetiva”.

De este modo, la reforma no hacía sino atender una fundada reivindicación de la moderna doctrina española, plasmada contundentemente en las Conclusiones de las II Jornadas de Catedráticos y Profesores Agregados de Derecho Penal, celebradas en Barcelona en mayo de 1974, cuyas Conclusiones fueron íntegramente ratificadas en las III Jornadas desarrolladas en mayo del año siguiente, precisamente en este mismo marco de la Universidad compostelana. En la segunda de tales conclusiones se dice: “Al principio de culpabilidad ha de concedérsele vigencia absoluta como informador de nuestra legislación penal”.

De acuerdo con este postulado, el principio de culpabilidad se consagra en el Título Preliminar del Proyecto, artículo 3<sup>o</sup>, como garantía básica de todo el ordenamiento penal:

“No hay pena sin culpabilidad. Cuando la pena

venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave solo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa”.

El primer texto de la Ponencia decía:

“Ninguna acción ni omisión es punible sin culpabilidad de su autor.

Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa”.

Este texto fue objeto de una enmienda del Prof. Cerezo que sugirió que el principio de culpabilidad debería formularse de este modo: “La culpabilidad constituye el fundamento y el límite máximo de la pena”.

Aunque algunos de los ponentes, entre ellos desde luego yo, compartíamos plenamente el criterio del enmendante, no se aceptó por la Ponencia la propuesta del Prof. Cerezo en cumplimiento del compromiso que habíamos adquirido en las líneas generales de la reforma de evitar la consagración a nivel legislativo de doctrinas o conceptos que desde el punto de vista dogmático resultan controvertibles y son, de hecho, en la actual literatura penal objeto de polémica. Como es sabido, en nuestra doctrina existe hoy un importante y autorizado sector doctrinal que, a partir de una duda epistemológica, aboga por la desaparición de la culpabilidad no sólo ya como fundamento, sino incluso como límite de la pena, tratando de conseguir las garantías que se atribuyen a la culpabilidad por otros medios. La Ponencia no quiso yugular legislativamente el desarrollo de tal dirección doctrinal, hoy todavía minoritaria. Por eso, en nombre de la Ponencia ofrecí un texto de compromiso —el que figura hoy en el Proyecto— que fue considerado aceptable por el enmendante Prof. Cerezo y resultó apro-

bado por la Sección 4<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación, en su reunión del día 26 de septiembre de 1978.

Pienso que es satisfactorio que el Prof. Luzón haya podido sostener ya en su reciente monografía sobre “Medición de la pena y substitivos penales” que la fórmula del artículo 3 “no impone en absoluto la concepción de que el fundamento de la pena es la culpabilidad entendida según la teoría normativa como reprochabilidad” ya que, a su juicio, la culpabilidad puede entenderse en el sentido de “*atribuibilidad* basada en la motivabilidad normal” (1). Esto quiere decir que el propósito de la Ponencia de no cerrar mediante una disposición legal la polémica hoy entablada en torno a la culpabilidad se ha cumplido. Personalmente creo que se puede sostener también, acaso con mejor base, que el Proyecto entiende la culpabilidad en el sentido de la doctrina normativa y la concibe como fundamento y límite de la pena. En primer lugar hay que decir que la culpabilidad aparece como elemento esencial del delito, y no como simple principio político-criminal limitador del *ius puniendi* del Estado. En efecto, el delito se define en el artículo 17 como acción dolosa o culposa penada por la Ley. Ahora bien, cómo, según el artículo 3 no hay pena sin culpabilidad, aunque los conceptos de dolo y culpa se interpreten en el sentido de la doctrina finalista, es obligado concluir que en la medida en que el delito es acción sancionada con pena, es también necesariamente acción culpable. En segundo lugar, en cuanto al contenido material de la culpabilidad el artículo 21 permite deducir que el Proyecto lo hace radicar en la reprochabilidad. El artículo 2<sup>o</sup> al operar con la distinción error invencible - error vencible, y más concreta-

---

(1) D.M. Luzón Peña, *Medición de la pena y substitivos penales*, (Madrid 1979), p. 44, nota 93.

mente todavía al decir, refiriéndose al error de tipo, “si el error fuese vencible, atendidas las circunstancias del hecho y la personalidad del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa”, presupone la posibilidad de actuar de otro modo (2). El artículo 1º, último párrafo, al establecer que el Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto cuando “la pena fuese notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y la culpabilidad del reo”, está evidenciando que para el Proyecto la gravedad de la pena debe guardar proporción con el contenido de injusto y grado de culpabilidad, tal como, por lo demás, sostiene ya el Prof. Casabó a la vista del vigente artículo 2. Finalmente, la adopción por parte del Proyecto del sistema dualista —penas y medidas de seguridad— implica reconocer, cuando menos, que la pena encuentra su límite en la culpabilidad. Si no fuese así, la existencia de las medidas de seguridad carecería de todo sentido. Lo que se comprende muy bien si se atiende a las razones que motivaron históricamente el nacimiento del sistema dualista.

La consagración legislativa del sistema dualista —que, por lo demás, aparece reconocido en el artículo 25.2 de la Constitución— es un obstáculo para la tesis que propugna la abolición de la culpabilidad como límite de la pena, y no se les oculta a los defensores de la misma que es así. El Prof. Luzón escribe en la monografía antes citada: “En efecto, si se rechaza, como aquí se ha hecho, la idea de retribución, la única explicación del mantenimiento de la doble vía, no ya en cuanto a los presupuestos sino en cuanto a los fi-

---

(2) Cfr. J. Cerezo Mir, *Coloquio internacional celebrado bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales de Santiago de Chile*, en *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXII (Enero-Abril 1973), p. 189.

nes de ambos medios, está en que las medidas de seguridad, estructuralmente —no sólo las que no requieren culpabilidad, sino en general, dado que su presupuesto no es el hecho, como tal, que el sujeto cometa, sino el estado peligroso en que se encuentre—, tienden exclusivamente a la prevención especial (sólo de modo absolutamente marginal y en algunos casos pueden servir de hecho a la prevención general, pero ese no es su fin), mientras que el fin de las penas no es solo la prevención especial, sino también la prevención general” (3). Pero si ya contamos con una institución —la pena— que, desligada de los límites de la culpabilidad, nos permite atender el fin de prevención especial, ¿para qué necesitamos introducir otra institución —la medida de seguridad— que tienda exclusivamente a la prevención especial?

No es este el momento de desarrollar el propio punto de vista sobre tema tan nuclear. Lo único que quería poner de relieve es que la formulación del artículo 3 no ciega la fructífera revisión a que en estos momentos está siendo sometida en nuestra más reciente doctrina la noción misma y las funciones de la culpabilidad. En todo caso, se entiende el artículo 3 como desean los defensores de la doctrina normativa de la culpabilidad o, por el contrario, como quieren quienes rechazan tal concepto, es indudable que dicha disposición viene a consagrar el principio de responsabilidad subjetiva, con el consiguiente destierro de la responsabilidad objetiva, y en la necesidad de eliminar ésta concuerdan plenamente unos y otros.

Con el fin de evitar la responsabilidad objetiva, el Proyecto suprimió aquellos Preceptos de la parte general del Código vigente que se inspiran en el principio del *versari in re illicita*, como los artículos 1-3º, 8-8º, 9-4º, y 50, y derogó o reformó disposiciones de

(3) D.M. Luzón Peña, *Medición de la pena*, cit. p. 48.

la parte especial tales como las contenidas en los artículos 348, 411, último párrafo, 483, 488, último párrafo, inciso final. Y más allá de estas modificaciones concretas, sentó el principio rector, llamado a operar como general y vinculante criterio interpretativo, de que cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa.

#### *B. REGULACION DEL ERROR*

La regulación expresa que el Proyecto ofrece del error contribuye asimismo a potenciar el principio de la culpabilidad y evitar la responsabilidad objetiva.

El Proyecto, aún sin emplear estas denominaciones, acoge en el artículo 20 la distinción entre error de tipo y error de prohibición, cuya terminología ya no es ajena a la más moderna doctrina jurisprudencial. Como se sabe, en esta materia lo discutible es el tratamiento que ha de dispensarse al error de prohibición vencible. Así como todos concuerdan en que el error de tipo vencible engendra, en su caso, una responsabilidad culposa, respecto al error de prohibición vencible hay quienes sostienen ese mismo tratamiento y quienes, por el contrario, defienden la necesidad de un tratamiento dispar, concretamente una atenuación de la pena prevista para el delito doloso.

Consciente de esta disparidad de criterios sobre el tratamiento penal del error de prohibición vencible, la Ponencia ofreció al pleno de la Sección 4ª de la Comisión General de Codificación una fórmula alternativa para que fuese la propia Sección la que decidiese, optando ésta por unanimidad, en su reunión del día 21 de septiembre de 1978, por la fórmula de la atenuación de la pena señalada al delito doloso, que aparece en el artículo 2º, último párrafo del Proyecto.

De este modo, en alguna medida, el carácter específico que antaño se otorgaba al error de Derecho, y que iba desde la total irrelevancia hasta la distinción entre error de Derecho penal, irrelevante, y error de Derecho extrapenal, equiparable al error de hecho, se traslada al error de prohibición.

Los finalistas, por obvias razones, pusieron particular énfasis en subrayar la diferencia entre la estructura del delito culposo y los supuestos de error de prohibición vencible. Así observará Welzel: “En la comisión culposa de un hecho es irrelevante para la punibilidad el contenido de la decisión de realizar el hecho; más aún, en la mayoría de los casos no es desaprobable penalmente o está incluso dirigida a resultados deseables. Lo único que sucede es que su ejecución es defectuosa, porque lesiona el cuidado requerido en el ámbito de relación: el autor debería haber considerado, independientemente de su voluntad de realización, otras consecuencias no deseables y dirigida su conducta de acuerdo con ello. Por el contrario, el reproche por error de prohibición culpable se refiere al contenido de la decisión, que se dirigió a algo jurídicamente prohibido y lo que se reprocha es una decisión antijurídica-culpable. Si el ordenamiento jurídico —añade Welzel— declara inadmisiblemente socialmente, es decir, antijurídica una determinada acción dolosa (aborto, coacción, secuestro, prevaricación del abogado, etc.) parte del supuesto de que el ciudadano puede realizar, por principio, esta valoración ético-social (a través de un examen de conciencia, reflexión o averiguación) y que cuando, a pesar de ello, efectúa la acción dolosa porque estima que se da una situación excepcional justificante (por ejemplo, estado de necesidad), se ha asegurado que existe realmente” (4).

---

(4) H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed. (Berlin 1969), p. 163.

Hay en el artículo 20 del Proyecto evidentemente un importante argumento a favor de la doctrina finalista, pero creo que tampoco este precepto zanja definitivamente la polémica cuestión. En primer lugar, porque el tratamiento que el Proyecto dispensa al error de prohibición vencible ni es privativo de los finalistas, ni coincide enteramente con el que éstos propugnan. En efecto, el Proyecto establece una atenuación *obligatoria* y no meramente facultativa de la pena señalada para el delito doloso. En segundo lugar, porque una posición al respecto solo se puede adoptar después de un análisis conjunto del sistema del Proyecto que permita determinar cómo concibe éste lo injusto, ya que la doctrina finalista de la acción, pese a su denominación, no es una doctrina sobre la acción, sino, como acertadamente advirtió el Prof. Suárez Montes, una doctrina sobre lo injusto (5).

### C. LA LIMITACION DE LOS DELITOS CULPOSOS

Frente a los delitos culposos se abrió la alternativa de conservar el criterio de *numerus apertus* mediante el mantenimiento de las cláusulas genéricas actuales o, por el contrario, consagrar el sistema de la exclusiva tipificación específica. En la Ponencia hubo discrepancia de pareceres por lo que se acordó someter dicha alternativa al Pleno de la Sección, el cual, en su reunión del día 21 de septiembre de 1978, se inclinó por mayoría por la segunda solución, que es la que aparece recogida en el artículo 18: “Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

A favor del actual sistema está, sin duda, el buen juego que dió en la práctica judicial. Pero existen también en contra importantes razones. Por un lado, la

---

(5) R.F. Suárez Montes, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo* (Madrid 1963), p. 11.

indeterminación que comporta, no deseable desde el punto de vista de la certeza jurídica. Por otro, el cambio político-criminal en cuanto al ámbito de los delitos culposos. La cláusula genérica es, desde luego, el sistema congruente con la premisa, de la que partió nuestro legislador histórico, de que, en principio y por regla general, son punibles también en su comisión culposa todos los delitos. Pero el Proyecto parte precisamente, en aras del principio político-criminal de intervención mínima, de la premisa inversa: por regla general y en principio los delitos no son punibles en su perpetración culposa. Y siendo así, parece más acorde con la base de partida elegida, el sistema de la tipificación específica a título excepcional.

## 2. GRADOS DE EJECUCION

Por lo que se refiere al *iter criminis* las modificaciones más destacables son: la declaración expresa de la impunidad, por regla general, de los actos preparatorios, así como de la conspiración, proposición y provocación para delinquir; la supresión de la distinción entre tentativa y frustración; nueva regulación del delito imposible y de la evitación voluntaria de consumir el delito, después de iniciada la ejecución.

### A. ACTOS PREPARATORIOS

Con la primera de las modificaciones señaladas el Proyecto reanuda la tradición liberal que encarnaron los Códigos de 1848, 1870 y 1932 y se aparta del autoritarismo que representaron la reforma de 1850 y el Código de 1928 y continúa representando el vigente, todavía de modo más exarcebado al castigar a la conspiración, proposición y provocación para delinquir no con pena inferior, como hacía el Código de 1928, sino con la misma pena de la tentativa, a pesar de que

en aquéllas faltan, por definición, actos de ejecución del hecho constitutivo de delito que han de darse siempre, en cambio, para que surja la tentativa. Si como dijo Jiménez de Asúa, la posición adoptada por los distintos Códigos penales españoles respecto a la punición de la conspiración, proposición y provocación para delinquir fue como el termómetro que medía el calor de las convicciones liberales, la reforma que estamos comentando debe valorarse como una manifestación más del propósito de eliminar los rasgos autoritarios propios del régimen político precedente (6).

#### B. TENTATIVA-FRUSTRACION

Más discutible resulta la supresión de la distinción entre tentativa y frustración. Se trata ciertamente de una distinción con gran arraigo en nuestra legislación. Pero esto sólo no justifica su mantenimiento. La distinción, teóricamente fácil de trazar, origina graves dificultades en la práctica, que el Tribunal Supremo no ha cesado de denunciar. Por otra parte, el Código de 1848 parece haber acogido un concepto subjetivo de delito frustrado —hay delito frustrado cuando el sujeto ha hecho todo lo que él creía necesario para consumar el delito—, mientras el Código de 1870 introdujo el concepto objetivo hoy vigente. La virtualidad del concepto subjetivo no llegó, sin embargo, a desaparecer nunca, bien porque algunos comentaristas tan autorizados como Silvela lo consideraron preferible o bien porque otros ilustres penalistas, como el P. Montes, consideraron que el concepto objetivo introducido por el Código de 1870 era prácticamente inviable lo que obligaba a retornar inevitablemente a un

---

(6) Vid. G. Rodríguez Mourullo, *La punición de los actos preparatorios*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* (1968), pp. 277 y ss.

entendimiento subjetivo de la frustración. “Es difícil comprender —escribió el P. Montes— cómo no llega a consumarse un homicidio, por ejemplo, habiendo ejecutado el delincuente *todos los actos necesarios* para que resultase la muerte de la víctima. Si no resultó, es indudable que algo faltó que hacer, y en este caso no hay más que tentativa. Nos parece, pues —concluye el P. Montes— más exacto afirmar que el delito frustrado consiste en haber realizado el delincuente todos los actos que  *juzgó necesarios y suficientes* para lograr su fin; y este concepto nos servirá de clave para dar solución a los problemas relacionados con las causas de la frustración” (7). Esta duplicidad de conceptos del delito frustrado, que todavía hoy tiene que andar aclarando el Tribunal Supremo, no contribuyó a clarificar la institución.

La distinción tentativa-frustración había perdido mucha de su trascendencia desde que la reforma de 1932 había convertido la rebaja de pena obligatoria para la primera en meramente facultativa.

La Ponencia estimó que si los Tribunales venían quejándose de las dificultades prácticas que entrañaba la distinción y no existían razones dogmáticas ni de justicia material que obligasen a conservarla, convenía prescindir de ella. A este respecto, se tuvo en cuenta que tanto la tentativa como la frustración coinciden en la no producción del resultado y las dos son portadoras del mismo desvalor de acción. La única diferencia es que la frustración, al implicar la práctica de todos los actos ejecutivos y estar, por ello, más próxima de la consumación, puede entrañar un *plus* de peligro respecto a la simple tentativa, como ya expusiera Carrara. Ahora bien, dado que en ambos casos falta la producción del resultado y el desvalor de

---

(7) P.J. Montes, *Derecho penal español I* (Madrid 1917), p. 201.

acción es el mismo, ese posible *plus* de peligro no justifica una pena distinta en grado, pudiendo ser apreciado dentro de los márgenes de la pena prevista para los casos en que, pese a haberse practicado actos ejecutivos, no se produjo el resultado por causas independientes de la voluntad del agente, que es lo que establece el artículo 73 del Proyecto.

Todas estas razones explican que Carrara, que se había preocupado de distinguir con particular esmero el delito frustrado de la tentativa de delito y había sostenido que aquel entraña un *plus* de peligro, no tuvo luego inconveniente en elogiar al Código penal alemán por haber prescindido de tal distinción.

### C. TENTATIVA IMPOSIBLE

En el Proyecto la tentativa imposible está donde debe estar, en el capítulo de los grados de ejecución, al lado de la tentativa idónea, y no como en el Código vigente, escamoteada entre las reglas de aplicación de penas, y sus límites se perfilan con mayor nitidez al mencionar expresamente las dos grandes fuentes de las que puede dimanar la imposibilidad de producción: falta de idoneidad de los medios empleados y ausencia de objeto. No se han comprendido los supuestos de inidoneidad de autor por estimar que, tanto desde el punto de vista dogmático como políptico-criminal, suscitan una problemática distinta.

El Proyecto recoge, por lo demás, la doctrina jurisprudencial conforme a la cual la tentativa imposible no es una figura degradada de la tentativa idónea, sino una entidad propia si bien equiparada en la penalidad (8). Punto de vista que todavía se refuerza en el Proyecto. En efecto, el párrafo 2º del artículo 25 se

---

(8) Vid. G. Rodríguez Mourullo, *Delito imposible y tentativa de delito*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* (1971), pp. 369 y ss.

refiere a supuestos no comprendidos en el 1º, habla de “la pena correspondiente a la tentativa” como dando a entender que la tentativa del párrafo 1º es otra cosa y, por último refleja esa diferencia en la penalidad, al permitir la rebaja en grado de la pena señalada para la tentativa.

#### D. EVITACION VOLUNTARIA DE CONSUMAR EL DELITO:

A la vista del texto vigente la doctrina dominante viene sosteniendo que tanto el desistimiento como el arrepentimiento aparecen configurados como características negativas de los respectivos conceptos de tentativa y frustración. Esto quiere decir que cuando media desistimiento o arrepentimiento no *existe* ni tentativa ni frustración. De ahí dedujo Rodríguez Muñoz la imposibilidad de atribuir en nuestro Derecho vigente al desistimiento y arrepentimiento la naturaleza de causa *personal* de exclusión de la pena. “Si se admitiera la expresión —escribió Rodríguez Muñoz— podríamos decir que el desistimiento representa un tercer límite (lateral) del concepto de tentativa. El límite mínimo la constituye el principio de ejecución (diferencia con los meros actos preparatorios); el máximo, la no realización por el agente de todos los actos (diferencia con la frustración)... Ahora bien, si el sujeto desiste —se preguntaba Rodríguez Muñoz— ¿qué es lo que se produce jurídico-penalmente?. La misma consecuencia, v.gr. —respondía— que si no se da el límite mínimo. Por tanto —concluía— no estamos ante una causa personal de exclusión de la pena, sino ante una ausencia de antijuricidad tipificada... la tentativa objetivamente *no existe*” (9).

A este punto de vista se ha adherido prácticamente la totalidad de la doctrina española y también la jurisdicción.

(9) J.A. Rodríguez Muñoz, *Nota* al *Tratado* de E. Mezger, II, 3ª ed. (Madrid 1957), p. 271.

prudencia. Así dice la sentencia de 2 de diciembre de 1976 (A-5233) que el apartado 3º del artículo 3 del Código penal configura al desistimiento “como un elemento negativo de la *existencia* de la tentativa”.

Esto crea graves problemas a nivel de participación. El carácter personal del desistimiento y del arrepentimiento puede salvar las cosas cuando se trata del concurso de varias personas en régimen de coautoría. La tentativa subsistirá respecto de aquellos coautores que personalmente no hayan desistido. Pero las cosas cambian cuando se trata de meros partícipes —inductores, cooperadores necesarios, cómplices—, ya que la participación es intervención en hecho ajeno y rige para ella, por tanto, el principio de la accesoriedad. Si el autor principal desiste, la tentativa no existe objetivamente y, por tanto, no será posible castigar a los partícipes, que no han desistido y persisten en su criminal propósito, como partícipes de una tentativa que no existe.

En la literatura más reciente Muñoz Conde se ha apartado de la doctrina dominante, advirtiendo que la tesis de Rodríguez Muñoz da “una importancia excesiva a algo en sí tan secundario, o por lo menos no tan decisivo, como es la distinta forma de redacción utilizada por el legislador para definir un concepto jurídico” y desconoce “que los distintos elementos recogidos en una norma penal exceden de lo que se entiende por tipo en sentido estricto” (10), lo cual es cierto, como lo demuestra el hecho de que a veces la disposición legal que regula un determinado delito no se limita a describir la materia de prohibición (tipo), sino que contiene también causas de justificación específicas, condiciones objetivas de punibilidad, requisitos de perseguibilidad, etc.

(10) F. Muñoz Conde, *El desistimiento voluntario de consumar el delito* (Barcelona 1972), p. 45.

Por esta vía argumental quiere llegar Muñoz Conde a la conclusión de que el desistimiento es un elemento de la punibilidad de la tentativa, interpretación que evitaría los inconvenientes antes apuntados, que derivan de la consideración del desistimiento como característica negativa del tipo.

La tesis de Muñoz Conde encuentra serios obstáculos ante el texto vigente, pero, en cambio, el párrafo tercero del artículo 25 del Proyecto ofrece un buen apoyo para atribuir al desistimiento la naturaleza de causa personal de exclusión de la pena, evitando, así, las dificultades que suscita la actual definición de la tentativa.

### 3. AUTORIA Y PARTICIPACION

En el marco de la autoría y participación las reformas más destacables son, a mi juicio, la supresión del encubrimiento-participación, el reconocimiento expreso de la autoría mediata, la nueva regulación de la responsabilidad por los delitos cometidos a través de la imprenta y demás medios de publicidad y la introducción de una cláusula general relativa a las actuaciones en nombre de otro.

#### A. SUPRESION DEL ENCUBRIMIENTO-PARTICIPACION

La supresión del encubrimiento-participación es reclamada por nuestra mejor doctrina. Los comentaristas califican a esta forma de participación de *impropia*, porque impropio es ciertamente considerar al encubridos partícipe del delito ya previamente ejecutado por otro. La Ley de 9 de mayo de 1950 estableció un tratamiento dual para el encubrimiento: algunas modalidades permanecieron en el artículo 17, configuradas como formas de participación, y otras pasaron a constituir el delito autónomo de encubri-

miento con ánimo de lucro y receptación previsto en el artículo 546 bis a-f (11). El criterio conforme al cual se operó este fraccionamiento no es afortunado. En efecto, se reservó la categoría de forma de participación precisamente para aquellos comportamientos respecto a los que la mayoría de legislaciones y comentaristas coinciden en que deben ser considerados como delitos autónomos contra la Administración de Justicia (favorecimiento real y personal), y, en cambio, se configuró como delito autónomo la receptación, que es de todas las modalidades de encubrimiento, la que se presta mejor a ser concebida como participación impropia dada la identidad sustancial del bien jurídico lesionado tanto por el autor del delito base como por el receptor y porque éste no hace, en definitiva, sino prolongar el ataque a ese bien iniciado por el autor del hecho principal.

Atendiendo a todas estas observaciones críticas formuladas por nuestra doctrina antes y después de la Ley de 9 de mayo de 1950, el Proyecto reduce en su artículo 31 el círculo de personas responsables a las dos categorías de autores y cómplices, tipificando como delitos autónomos al favorecimiento real y personal en el Título de delitos contra la Administración de Justicia (artículo 515 a 517).

#### B. AUTORIA MEDIATA

Una enmienda del Prof. Cerezo, que no fue aceptada, dió lugar, sin embargo, a que en la sesión del Pleno de la Sección 4<sup>a</sup> de la Comisión de Codificación celebrada el día 3 de Octubre de 1978, tras intervenciones, entre otros, de los Profesores Córdoba y Torró, la Ponencia modificase el texto relativo a quienes

---

(11) Vid. C. Cándido Conde - Pumpido Ferreiro, *Encubrimiento y receptación* (Barcelona 1955), pp. 111 y ss.

se consideran autores y ofreciese la redacción que aparece recogida ahora en el artículo 32 del Proyecto.

La modificación afectó al párrafo inicial de dicho artículo que dice así: “Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro, del que se sirven como instrumento, se consideran autores”.

La estructura misma de este párrafo inicial está subrayando el carácter de norma extensiva que tienen los tres apartados del artículo 32 y que los autores en sentido estricto no son los que se mencionan en el primero de esos apartados, sino quienes realizan el hecho constitutivo del delito descrito en la respectiva norma incriminadora de la parte especial del Código, tal como habíamos sostenido en el año 1966 el Prof. Gimbernat y yo mismo.

Por lo demás, el Proyecto, como se deduce de la simple lectura del párrafo inicial del artículo 32, confiere de modo expreso carta de naturaleza a la autoría mediata cuya admisibilidad y posible apoyo legal resulta hoy harto discutible, pese a la innegable necesidad político-criminal y dogmática de dar cabida a dicha forma de autoría (12).

Las modificaciones que introduce el artículo 32 del Proyecto fueron ya objeto de comentario por parte del Prof. Cerezo en reciente publicación, de todos conocida, lo que me exime de extenderme más (13).

---

(12) Vid. G. Rodríguez Mourullo, *El autor mediato en Derecho penal español*, en *Anuario de derecho penal y Ciencias penales* (1969), pp. 461 y ss.

(13) J. Cerezo Mir, *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (1979), pp. 567 y ss.

C. RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE LA IMPRENTA Y OTROS MEDIOS DE PUBLICIDAD

El Proyecto prescinde de la responsabilidad en cascada que a propósito de los delitos cometidos a través de la imprenta y otros medios de publicidad establece el vigente artículo 15.

Como indicó el Prof. Antón, “la doctrina particular sobre responsabilidad en los delitos publicitarios está gobernada por dos fines: *limitación* y *efectividad*” (14). *Limitación*, porque de tales delitos, a tenor del artículo 13, sólo responden los *autores* aunque luego resulte discutible el alcance que haya de atribuir a este término. Limitación que obedece al propósito de no coartar la libertad de expresión. *Efectividad*, porque, en virtud de la escalinata prevista en el artículo 15, la responsabilidad acaba haciéndose recaer siempre en alguien.

Este obligado escalonamiento puede originar una responsabilidad objetiva, no sólo ya en el sentido de hacer responsable a quien actuó sin culpabilidad, sino incluso en el sentido más grave de que, en su virtud, puede terminar respondiendo quien ni siquiera tuvo intervención objetiva alguna en el hecho. El texto legal del artículo 15 está conduciendo a estas conclusiones en su aplicación práctica, sin perjuicio de que en la literatura más reciente el Prof. Vives Antón, en una espléndida monografía, haya mantenido la sugerente tesis de que “la sustitución de responsabilidades solamente tiene lugar entre aquellas personas de las incluidas en el artículo 15 que sean previamente autores conforme a los artículos 13 y 14” (15).

(14) J. Antón Oneca, *Derecho penal. Parte General* (Madrid 1949), p. 452.

(15) T.S. Vives Antón, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal* (Madrid 1977), p. 106.

El Proyecto conserva la *limitación* —sólo responden los autores— pero prescinde de la responsabilidad en cascada, si bien, por razones de *efectividad*, además de a los autores reales hace responder conjuntamente a los directores de la empresa editora, emisora o difusora, de la publicación o programa y los de la empresa impresora o grabadora, siempre que conocieren el contenido de lo impreso, grabado, emitido, publicado o difundido.

Con esta apelación al conocimiento de lo impreso, grabado, emitido, publicado o difundido pretendió el Proyecto salvar el principio de culpabilidad, pero en todo caso la responsabilidad conjunta y simultánea que establece es desmesurada e inconveniente desde el punto de vista de la libertad de expresión, porque está llamada a favorecer el establecimiento de una censura interna en el seno de los distintos medios de difusión.

#### D. ACTUACIONES EN NOMBRE DE OTRO

El artículo 35 del Proyecto, relativo a las actuaciones en nombre de otro, cuya redacción se inspira en el artículo 14 de la nueva parte general del Código penal alemán, que entró en vigor el 1 de enero de 1975, viene a colmar una importante laguna legal, repetidamente denunciada por nuestra moderna doctrina (16). Como es sabido cuando las condiciones para ser sujeto activo se dan en la persona representada (v.gr. en el artículo 520, el quebrado es una sociedad anónima), pero no en el agente (v.gr. consejero delegado que actuó en nombre y representación de la sociedad anónima) la conclusión obligada, en virtud del principio de legalidad, es la atipicidad del comportamiento con la consiguiente, y no deseable, impunidad, salvo que la propia figura del delito contemplase específicamente

(16) Vid. G. Rodríguez Mourullo, *Presente y futuro del delito fiscal* (Madrid 1974), pp. 68 y ss.

el supuesto, como en los vigentes artículos 319 (delito fiscal) y 499 bis (delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo).

El Proyecto resuelve el problema con carácter general mediante la disposición del artículo 35.

#### 4. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

En cuanto a la unidad y pluralidad de delitos la innovación más importante es la regulación expresa del delito continuado.

Como es sabido, el delito continuado es hoy una figura de creación jurisprudencial. Desde el momento en que la doctrina del Tribunal Supremo, superando la concepción pietista, viene entendiendo que el delito continuado debe apreciarse también en aquellos casos en que resulta perjudicial para el reo, que saldría más beneficiado estimando, conforme a las disposiciones legales, un concurso de delitos, nos hallamos en tales supuestos ante una creación jurisprudencial que, más allá de la ley, agrava la responsabilidad penal y es, por tanto, contraria a las garantías que derivan del principio de legalidad.

La Ponencia consideró que las razones que llevaron al Tribunal Supremo a crear jurisprudencialmente la institución del delito continuado son atendibles y precisamente por ello el Proyecto trata de corregir la actual situación de falta de base legal mediante el reconocimiento expreso de dicha figura, que aparece regulada en el artículo 86, precepto que pretende abarcar también al denominado delito-masa (17).

El Proyecto concibe en términos muy generosos al delito continuado. Comprende en él los dos grandes

---

(17) Vid. G. Landrove Díaz, *Los fraudes colectivos* (Barcelona 1978), y M.T. Castiñeira, *El delito continuado* (Barcelona 1977).

supuestos que había diseñado en su monografía el Prof. Antón: unidad de designio (ejecución de un plan preconcebido) e identidad de ocasión (aprovechamiento de idéntica ocasión) (18). Prescinde, como ya ha hecho la jurisprudencia más reciente, de la unidad de sujeto pasivo (pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos) y no requiere que el precepto infringido sea el mismo, admitiendo, en línea con la reforma italiana de 1974, que puede existir delito continuado cuando se infringen preceptos penales distintos, pero semejantes (19).

### III. LA PENA

Al igual que no ha querido cerrar la polémica actual sobre la culpabilidad, el Proyecto no quiso tampoco cortar la discusión sobre la pena que se ha avivado en los últimos tiempos. Una discusión que aunque pretende revestirse con ropajes modernos ni es nueva ni original. Alf Ross, acaso el más autorizado representante del realismo escandinavo, contemplando la polémica desde su atalaya de filósofo del Derecho, ha advertido que causa estupefacción comprobar cómo la discusión ha permanecido estático-estereotipada desde hace dos mil años, repitiéndose hasta la náusea —son palabras textuales— el mismo esquema y los mismos argumentos. “Teorías filosófico-morales y religiosas sobre la culpabilidad, sobre el libre albedrío y sobre la expiación parecen haber sido decisivas —escribe Ross— para la elección entre retribución y prevención, y en el grupo de las teorías de la prevención la elección parece depender de ideas más o menos

---

(18) J. Antón Oneca, *Delito continuado*, separata de *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. VI (Barcelona 1954), p. 11.

(19) Vid. G. Vasalli, *La riforma penale del 1974* (Milano 1975), pp. 60 y ss.

fundadas sobre hechos psicológicos y sociales y se tiene la impresión de que las diversas teorías se suplantaban las unas a las otras como las modas” (20).

La verdad es que volvemos a estar ahora si libre albedrío sí o libre albedrío no, como en los tiempos del primer escrito de Ferri (21), sin analizar previamente a fondo todos los perjuicios que explican el nacimiento del malentendido, tan difundido entre nosotros los penalistas, de que exigir que el reo hubiese podido actuar diversamente de como ha actuado significa necesariamente postular una libertad metafísica del querer independiente de la causalidad.

Pero no es este el momento de plantearnos el tema de los fines de la pena ni de exponer nuestros respectivos puntos de vista sobre la cuestión.

Quería poner de relieve únicamente que fue propósito de la Ponencia, cuyos miembros profesamos concepciones dispares de la pena, ser respetuosos con todas las que contienden y no excluir expresamente a nivel legislativo a ninguna de ellas. Se podrá sostener, como ya sostuvo el Prof. Luzón a la vista del Anteproyecto y avanzando en la línea trazada por el Prof. Gimbernat (22) una teoría preventiva de la pena, y se podrá también defender otra concepción distinta, como la que postuló de cara a la reforma de nuestra legislación penal el Prof. Barbero Santos: “La retribución por el hecho culpablemente cometido supone una proporción o límite exigido por la justicia. En cuanto tal, debe constituir el fundamento de la pena.

---

(20) A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena* (trad. B. Bendixen y P.L. Lucchini) (Milano 1972), pp. 64-65.

(21) E. Ferri, *Teoria dell' imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze 1878.

(22) E. Gimbernat, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Estudios de Derecho penal* (Madrid 1976), p. 57.

Dentro de ese límite, fin fundamental a tener en cuenta es la resocialización del autor” (23).

Que el Proyecto no haya querido decidir legislativamente la actual polémica sobre la pena, no significa, como es obvio, que ofrezca la misma base para sostener con idéntico fundamento cualquier teoría sobre la misma. Es tarea de la doctrina determinar cuál de ellas resulta mejor fundada. Y desde este punto de vista, como acontecía respecto al principio de culpabilidad, existen una serie de datos que ninguna interpretación podrá ignorar.

En primer lugar el anuncio que ya se formuló en las líneas generales de la reforma: “la reforma se emprendió —se dijo entonces— con la firme convicción de que la pena cominada debe ser proporcional al hecho cometido y su ejecución deberá orientarse a finalidades preventivas, en particular la readaptación social del condenado”.

En esta fórmula, que tiene la ambigüedad propia de toda fórmula de compromiso, hay, sin embargo, algunos puntos firmes. Se consagra, por de pronto, el principio de proporcionalidad. Y no sólo ésto. Se señala expresamente el punto de referencia de esa proporcionalidad, que es, según se dice, el *hecho cometido*, lo que, a mi juicio, tiene una particular significación, mientras las finalidades preventivas, y en concreto, la de prevención especial se citan a propósito de la ejecución.

En segundo lugar, más allá de esta declaración de principios contenida en las líneas generales de la reforma, me parece que hay que reconocer, como dato innegable, que la pena, tal como la entiende el Proyecto, es un mal, es decir, una privación de bienes

---

(23) M. Barbero Santos, *Política y Derecho penal en España* (Madrid 1977), p. 128.

que, como tal, produce inevitablemente al condenado que la sufre una aflicción, que deviene particularmente dura en las penas privativas de libertad.

A mi juicio es muy interesante que el Prof. Luzón, desde su concepción preventiva de la pena, haya reconocido expresamente que ésta tiene el carácter de un mal con contenido aflictivo: “Por último el hecho de que la pena reviste en el Código penal el carácter de un mal, es decir, de una privación o restricción de derechos, impuesta además coactivamente, tampoco es un argumento a favor de la retribución, puesto que la prevención general explica perfectamente que la pena tenga que ser un mal en el sentido expuesto. No se trata, pues, de que mediante un mal —la pena— se compense o equilibre otro mal —el delito—, ni de que aquel mal sea el pago merecido por éste, sino de que para la intimidación general evidentemente hay que amenazar un mal, por ejemplo, privación de libertad, sin que éste tenga que tener mayor contenido aflictivo ni otras restricciones de derechos que las que imprescindiblemente lleve consigo la ejecución de la pena en cuestión” (24).

Digo que es interesante este reconocimiento del Prof. Luzón sobre el contenido de la pena —un mal cuya ejecución produce aflicción—, porque con cierta frecuencia se nos ofrecen exposiciones defendiendo una concepción preventiva de la pena en las que se silencia el carácter y contenido de ésta. Que nadie piense que con repetir la bella frase de Schultz —que es, sin duda, todo un hallazgo literario— de que “penar no es un acontecimiento metafísico ni la realización de la moralidad, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres”, está todo dicho sobre la pena. Tal afirma-

---

(24) D.M. Luzón Peña, *Medición de la pena*, cit. p. 25.

ción es rigurosamente cierta, pero cada vez que la repetimos dejamos sin contestar la pregunta verdaderamente fundamental de qué es la pena. Una amarga necesidad es, en el fondo, todo el Derecho como tal, y con la misma legitimación que los penalistas decimos que la pena es una amarga necesidad, pueden decir los fiscalistas que una amarga necesidad son también los impuestos. Y cuando se dice que la pena es una institución para conseguir fines racionales, a saber, evitar en lo posible la comisión de delitos, estamos señalando seguramente *para qué* sirve la pena, pero continuamos sin responder la pregunta verdaderamente fundamental de qué es la pena. También las bonificaciones que las Compañías de Seguros establecen para los automovilistas asegurados que no se ven implicados en siniestros, tiene como fin evitar en lo posible la comisión de imprudencias, y, sin embargo, tales bonificaciones son un premio y no una pena.

Por eso decía que, frente a tanta imprecisión como hoy padecemos en esta materia, resulta muy clarificador el reconocimiento de que la pena es mal que comporta una aflicción. Porque del mismo modo que se dice que el principio de culpabilidad da una imagen del delincuente —persona éticamente mala que *podía* hacer el bien y, sin embargo, hace el mal— que puede conducir a que se le castigue con buena conciencia en vez de ver en él a un infeliz marginado del que la sociedad debe ocuparse como lo hace de los subnormales o de los inválidos, así también sostener que la pena no está ahí para desarrollar un punto de vista sobre la justicia y subrayar que es una triste necesidad para conseguir el fin de evitar en lo posible la comisión de delitos, poniendo en sordina su carácter de mal y su inevitable contenido aflictivo, puede llevar igualmente a que se abuse de la pena asimismo con buena conciencia, sobre todo si se piensa que, como reza el afo-

rismo, *necessitas legem non habet*, la necesidad no tiene ley, es decir, límite. Sería un grave error pensar que con la abolición de la pena retributiva, ajustada a la culpabilidad, se ha asegurado ya para los marginados un porvenir sin preocupaciones. Hay quien piensa —y cito de nuevo literalmente a Alf Ross— que “cuando el Derecho penal se basa en el criterio de tratar a los ciudadanos como enfermos sin responsabilidad, se abren perspectivas que, antes que un paraíso para los delincuentes, dejan entrever el poder mecánico e ilimitado de un Estado totalitario” (25), aunque las intenciones de quienes defienden tal criterio sean precisamente de signo contrario a tal clase de Estado. En cualquier caso debemos reconocer, cualquiera que sea nuestra concepción de la pena, que el grave fenómeno del Derecho injusto no puede ser solventado —como oportunamente advierte el Prof. Córdoba— desde la esfera de la culpabilidad y de la pena (26), sino desde perspectivas que trascienden estas categorías.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que para el Proyecto la pena es un mal proporcionado a la gravedad del hecho cometido. La exposición de motivos la califica expresamente de castigo. No hacía falta esta expresada calificación, porque este carácter se deduce, al igual que en el Derecho vigente, de las normas que incriminan los delitos en particular, que repiten una y otra vez “el que haga esto o lo otro será *castigado* con tal pena”, y de la coexistencia, al lado de la pena, de la medida de seguridad.

A partir de esta plataforma mínima cada uno puede deducir las conclusiones que estime más convenientes.

---

(25) A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit. p. 202.

(26) J. Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena* (Barcelona 1977), p. 29.

Por lo demás, es obvio que la pena, como toda institución jurídica, debe estar sometida al principio de utilidad, de tal manera que la imposición o ejecución de una pena que no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y resulta contraproducente desde la perspectiva de la prevención especial, pierde toda razón de ser. Por eso en la exposición de motivos del Proyecto se advierte que: “Concebir la pena como castigo proporcional a la gravedad del hecho cometido no significa que la sanción correspondiente haya de imponerse y ejecutarse en todo caso. Se puede renunciar a la ejecución o incluso a la imposición misma de la pena, si ésta no es indispensable desde el punto de vista de la prevención general, y no está indicada desde la perspectiva de la prevención especial. Y por las mismas razones puede ser sustituida en su caso por otra de menor gravedad. En estas líneas, además de conservar la remisión condicional, se crean nuevas instituciones individualizadoras, como son la suspensión del fallo y las formas sustitutivas de la pena de prisión”.

### *1. EL SISTEMA DE PENAS*

Finalmente, y para cubrir todos los epígrafes del esquema en su día repartido, dos palabras sobre el sistema de penas.

Desaparece, de acuerdo con el mandato constitucional, la pena de muerte. La abolición de esta pena había sido propuesta en la conclusión 4 de nuestras segundas Jornadas, celebradas, como hemos recordado anteriormente, en Barcelona, en mayo de 1974.

Las penas privativas de libertad se reducen a dos: prisión y arresto de fin de semana.

Se ha prescindido de la clasificación del Derecho vigente —arrestos, presidios, prisiones, reclusiones— y se instaura una pena de prisión única, que va de seis meses a veinte años, con excepciones que alcanzan los 25 y 35 años. Este último límite no figuraba en el Anteproyecto y fue introducido por el Gobierno. La Ponencia procuró mantenerse por regla general en el límite de los 20 años, que fue el sugerido en la conclusión 7ª de nuestras III Jornadas, celebradas aquí, en Santiago, en mayo de 1975.

La unificación de la pena de prisión está plenamente justificada, porque la antigua diferencia entre unas y otras penas privativas de libertad se había perdido en la práctica y porque desde el punto de vista político-criminal no es, en absoluto, deseable sobreañadir a la privación de libertad mayores contenidos afflictivos o efectos infamantes especiales.

El Proyecto se ha enfrentado con el problema de las penas privativas de libertad de corta duración, cuya abolición había propugnado ya el Primer Congreso Internacional de Prisiones celebrado en Londres en 1872 y cuyo efecto criminógeno denunció von Liszt en el Programa de Marburgo. El Proyecto prescinde de la prisión inferior a los seis meses y propone reemplazarla por el arresto de fin de semana y la multa, regulada ésta según el denominado sistema escandinavo, tal como recomendó la Conclusión 4ª de nuestras III Jornadas. Hay hechos que por su naturaleza repudian la pena pecuniaria y que por su gravedad impiden operar con la prisión superior a seis meses. Para estos hechos puede resultar apropiado el arresto de fin de semana, cumplido con seriedad y en régimen de aislamiento celular. Por eso y porque se le dieron garantías de que se adaptarían, en su caso, los lugares adecuados para su cumplimiento, la Ponencia se decidió a introducirlo como pena. El Proyecto del Gobierno al

admitir la posibilidad de cumplimiento en el propio domicilio del arrestado (artículo 42) ha trivializado por completo esta pena y ha dado a entender que no se cuenta ni se va a contar en el futuro inmediato con lugares apropiados. La pena tal como queda en el Proyecto resulta inadmisibile y si, en verdad, no van a adaptarse los lugares necesarios para su cumplimiento más vale suprimirla y ensayar otras soluciones. El arresto de fin de semana puede condicionar que el futuro Código penal nazca con taras mortales.



## **ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG**

**Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Alcalá de Henares.  
Ponente General de la ponencia especial redactora del Anteproyecto**



**La parte especial en el Proyecto de Código Penal.**

## I. INTRODUCCION

En esta exposición de la Parte Especial del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal voy a examinar, dentro de las reformas que a mí me parecen más importantes, en primer lugar aquellas que obedecen a razones exclusivamente técnicas y en las que permanece inalterada, por consiguiente, la perspectiva politicocriminal; en segundo lugar me ocuparé de otro grupo de innovaciones que responden a un cambio de orientación politicocriminal: cambio que unas veces ha llevado a criminalizar conductas hasta ahora impunes y que otras ha producido —frente al Derecho vigente— la despenalización o, al menos, la atenuación de determinados comportamientos; por último, y precisamente porque ahí no ha tenido lugar reforma alguna, a pesar de que en mi opinión era politicocriminalmente ineludible, voy a examinar críticamente la regulación del aborto en el Proyecto.

## II. REFORMAS DE CARACTER TECNICO QUE NO OBEDECEN A UNA MODIFICACION DE CRITERIOS POLITICOCRIMINALES

1. El Código Penal vigente determina la gravedad y, con ello, la distinta sanción de las lesiones fundamentalmente en base al criterio del tiempo que éstas han

tardado en curar: más de 90 días, más de 30 días hasta 90, más de 15 días hasta 30, hasta 15 días. Este sistema, aparte de sustraer de hecho al juez la decisión sobre el tipo de lesiones a aplicar —que lo fija de forma prácticamente inapelable el dictamen médico—, presenta obstáculos muchas veces insalvables para poder referir el dolo al resultado producido (¿cómo fundamentar que el autor quería causar unas heridas que iban a tardar 31 y no 30 días en curar?).

Para superar los problemas que plantea la regulación actual, el Proyecto ha preferido acudir a otros procedimientos —lesiones producidas con torturas, empleo de armas— como criterios determinantes de la gravedad de los ataques a la integridad física.

2. En el hurto, en la estafa, en la apropiación indebida y en otros delitos contra la propiedad el Derecho vigente gradúa la pena de acuerdo con el método de las cuantías: más de 600.000 pesetas, más de 150.000 hasta 600.000, etc., con lo que se reproducen, también en este grupo de delitos, problemas de constatación del dolo análogos a los que —como acabamos de ver— presenta la regulación de las lesiones.

El Proyecto trata de acabar con esta criticable situación actual prescindiendo, en lo posible, de las cuantías y acudiendo a otros criterios para graduar las penas.

3. Los arts. 528 y ss. del Código Penal español tipifican la estafa con un casuismo tan extenso como insuficiente; insuficiente porque, a pesar de las numerosas modalidades de estafas descritas en el vigente texto legal, en última instancia el legislador ha tenido que acudir a dos cláusulas analógicas (art. 529 nº primero in fine, art. 533) ante el justificado temor de que pudieran quedar al margen del Derecho Penal

comportamientos fraudulentos merecedores de sanción. El Proyecto ha preferido renunciar en gran medida al casuismo y ofrece una definición abstracta de la estafa en la que se consagran los puntos de vista que —influída por la magistral monografía de Antón— ha mantenido en las últimas décadas la jurisprudencia del Tribunal Supremo: “Cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero” (art. 255 párrafo primero).

4. En el año 1950 el legislador español extrae del art. 17 del Código Penal el llamado encubrimiento lucrativo o receptación para llevarlo a la Parte Especial, manteniendo en dicho precepto de la Parte General únicamente el favorecimiento personal y real. Ahora, en 1980, el Proyecto traslada también esta última forma de encubrimiento, como delito contra la Administración de Justicia, al Libro II (arts. 515 y ss.); con ello esas conductas dejan de ser consideradas una mera forma de participación post delictum y, al convertirse en hechos punibles autónomos, desaparecen los obstáculos que existían para castigar la participación en el favorecimiento y la tentativa de este delito.

5. La Ley 82/1978, de 28 de diciembre, había dispersado los delitos de terrorismo, derogando los arts. 260 y ss. del Código Penal. Se ignoraba, con ello, que el fenómeno terrorista exige muchas veces, tanto desde el punto de vista material como desde el procesal, una regulación unitaria; ello explica que desde diciembre de 1978 haya sido necesario volver a reagrupar lo que previa —e irracionalmente desde un punto de vista de técnica legislativa— se había separado y explica también que, por carecer el terrorismo de una sección propia, en la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, se

haya estado a punto de descriminalizar inadvertidamente la apología del terrorismo —siendo así que es delictiva la de otros hechos menos graves—, pudiendo ser salvado el error a última hora en el Senado.

El Proyecto parte de que no es lo mismo un asesinato, unas lesiones o unos daños comunes que unos terroristas, de que, por consiguiente, estos últimos exigen en ocasiones una regulación específica (por ejemplo, en lo que se refiere a la punibilidad de los actos preparatorios) y de que, por todo ello, se impone la vuelta a la situación anterior a diciembre de 1978 reintroduciendo una sección independiente dedicada al terrorismo.

### III. REFORMAS QUE OBEDECEN A UNA MODIFICACION DE CRITERIOS POLITICOCRIMINALES

Hasta aquí he examinado diversos delitos que han pasado a ser regulados de otra manera en el Proyecto, no porque se haya producido un cambio de orientación políticocriminal, sino simplemente porque, partiendo de la idea de que esos hechos debían seguir siendo sancionados en lo fundamental como hasta ahora, se ha estimado que el texto vigente presentaba defectos exclusivamente técnicos que había que corregir. Paso ahora a exponer otro grupo de innovaciones del Proyecto: todas ellas tienen en común que han de ser reconducidas a una modificación de puntos de vista políticocriminales, si bien unas veces dicha modificación ha llevado a la criminalización de conductas hasta ahora impunes y otras a la supresión o atenuación de determinados hechos actualmente delictivos.

## 1. NUEVOS DELITOS

a) La protección de los secretos y de la intimidad en los arts. 497 y ss. del Código Penal —referida casi exclusivamente a los secretos documentales— deja al margen del Derecho Penal otros ataques (al menos tan merecedores de castigo como los actualmente tipificados) contra los mismos bienes jurídicos que se realizan con instrumentos —algunos de ellos de invención relativamente reciente— y de formas que no consisten en el mero apoderamiento de papeles del tipo principal del art. 497.

Estas lagunas de punibilidad son cubiertas ahora en el Proyecto por el Capítulo VI (“Del descubrimiento y revelación de secretos y de los atentados a la intimidad personal y familiar”) del Título II del Libro II que criminaliza entre otros, como nuevas conductas delictivas, al que, “para descubrir los secretos o la intimidad de otro sin su consentimiento, ... utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha o grabación del sonido o de la imagen” (art. 196 párrafo primero), y al que, “fuera de los casos permitidos por la ley, utilizando aparatos o artificios técnicos, escuchare o grabare las conversaciones privadas de otro” (art. 198).

b) El Proyecto castiga, en su art. 323, a “los que, en la explotación de una industria o en el ejercicio de otra actividad y con infracción de las normas reglamentarias, provoquen emanaciones en la atmósfera, o viertan en los ríos, aguas interiores o territoriales sustancias que puedan perjudicar gravemente a las personas, a los animales, bosques o plantaciones útiles”, y en el art. 325 a “quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos urbanos, clandestinos o sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización obtenida para evitar la nocivi-

dad o molestias del vertedero o depósito”. Lo que se pretende con estos delitos ecológicos es tipificar conductas de mero riesgo de difícil o imposible subsunción hasta ahora en los preceptos en vigor y que entrarán en concurso con los correspondientes delitos de resultado en el caso de que, como consecuencia de los hechos allí previstos, se produzcan muertes, lesiones o daños.

c) Como última manifestación de la tendencia criminalizadora del Proyecto quiero llamar la atención sobre los nuevos “delitos contra el orden socio-económico” del Título VIII del Libro II, cuya incorporación al Proyecto se explica en gran medida por el impacto que ha producido la obra de Miguel Bajo. De entre los tipos recogidos en el Título VIII —dirigido fundamentalmente a la llamada delincuencia de “cuello blanco”— destaco los delitos urbanísticos de los arts. 382 y ss. con los que se pretende encontrar una alternativa al fracaso del Derecho administrativo para contener la especulación que ha destrozado las ciudades y el paisaje españoles. Estos delitos, como los ecológicos, están destinados a combatir una explotación distinta de la del hombre por el hombre: la explotación de la Naturaleza por el hombre que en medida creciente, y como ha señalado el disidente germano-oriental Rudolf Bahro, actúa de una forma tal que parece como si las actuales generaciones pensaran que son las últimas que van a vivir sobre la tierra dejando para las futuras un planeta carente de recursos e inhabitable.

## 2. TENDENCIAS DESCRIMINALIZADORAS

a) El art. 428 del Código Penal que declara la irrelevancia del consentimiento en las lesiones permite de-

fender la tesis (la posición opuesta también se mantiene en la doctrina española) de que la esterilización de otra persona con su consentimiento es una conducta subsumible en el art. 418 y punible, por consiguiente, con la de pena de reclusión menor (de 12 años y 1 día a 20 años).

Frente a esta situación, lo previsto en el art. 177 del Proyecto (“Salvo en los supuestos en que expresamente se establezca otra cosa, las lesiones castigadas en este título que sean producidas con el consentimiento del ofendido, sólo se sancionarán cuando se estimen socialmente reprobables, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la señalada para las lesiones de que se trate”) supone una regulación muy progresista y original del consentimiento, pues éste excluye de pena si la conducta no se estima socialmente reprochable y, aunque lo sea, en cualquier caso el consentimiento sigue desplegando efectos atenuantes.

b) Es cierto que en algunas ocasiones: por ejemplo, al elevar el límite de la edad de la víctima en el estupro engañoso de los 16 a los 18 años y al volver a tipificar (dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares) el incesto entre adultos, el texto del Proyecto representa un endurecimiento frente al Código Penal. No obstante, me voy a ocupar de los delitos contra la libertad sexual (Título III del Libro II del Proyecto) dentro de este apartado de mi exposición dedicado a las tendencias descriminalizadoras porque opino que, en un balance final, el Proyecto es moderadamente más liberal que el Derecho vigente. Aunque el Título III no siempre respeta el principio de que el Derecho penal sólo debe intervenir en materia sexual cuando la víctima sea un menor o cuando se emplee violencia o intimidación, a pesar de ello la

nueva tipificación del escándalo público (art. 208: “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otro actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores o mayores de edad, cuando en este último caso se produzca escándalo”; art. 209: “El que por cualquier medio publique, difunda o exhiba material pornográfico entre personas menores o mayores de edad, cuando en este último caso se ejecuten los actos con escándalo”) va a amenazar la libertad de expresión menos de lo que lo hacen los vigentes arts. 431 y 432 del Código Penal, del mismo modo que, por citar otro ejemplo, es preferible el tratamiento penal de la prostitución en el Proyecto —aunque tipifique el comportamiento de quien, mediante engaño, favorece la prostitución de otra persona, incluso cuando ésta es mayor de edad— que no en el Derecho vigente que indiscriminadamente castiga cualquier conducta de tercería.

c) En materia de drogas el Proyecto, al derogar la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, extrae definitivamente al toxicómano del campo del Derecho Penal y, por lo que se refiere al tráfico de estupefacientes, distingue entre drogas duras y blandas, aplicando al que comercia con estas últimas una pena prácticamente simbólica: arresto de fin de semana o multa.

#### IV. EL ABORTO EN EL PROYECTO

Para finalizar voy a hablar del aborto en el Proyecto, lamentando no poder incluirlo dentro del apartado de las tendencias descriminalizadoras. Tanto en la Ponencia encargada de redactar el Anteproyecto como en la Sección 4<sup>a</sup> de Derecho penal y penitenciario de la Comisión General de Codificación se discutieron dos posibles alternativas: la de despenalizar sin limita-

ciones el aborto practicado durante los tres primeros meses del embarazo y la de excluir la responsabilidad criminal únicamente en los supuestos de indicaciones médica, ética y eugenésica, triunfando finalmente esta última solución que fue la que se incorporó al Anteproyecto. El Proyecto gubernamental, sin embargo, se ha apartado en este punto del texto base y no recoge ninguna indicación específica para el aborto.

Porque ya me he ocupado en otras ocasiones del aborto en Derecho penal, defendiendo la llamada solución del plazo, no me parece necesario ni oportuno volver a exponer aquí detalladamente cuáles son los argumentos que hablan a favor de descriminalizar la interrupción del embarazo practicado durante las primeras semanas de gestación. Únicamente quiero indicar que el texto del Proyecto es rechazable, no sólo por su clasismo y porque empuja a las mujeres que, sin tener acceso ni a las clínicas de lujo ni a las extranjeras, interrumpen un embarazo indeseado a una clandestinidad llena de riesgos para su vida y su salud, sino también porque dentro de una Sociedad pluralista como lo es la española actual, donde las opiniones están profundamente divididas en la cuestión de si el aborto es o no un comportamiento censurable, me parece que —independientemente de las razones de fondo— no es legítimo zanjar la cuestión por el procedimiento de que los que mantienen una determinada tesis decidan degradar a la categoría de delincuentes a los millones de españolas y de españoles que no comparten esa opinión.

## V. CONCLUSION

No quiero terminar esta esquemática exposición sin agradecer muy cordialmente a mi querido amigo y

compañero, Agustín Fernández Albor, su amabilidad al pensar en mí como uno de los ponentes de este “Coloquio sobre la Reforma Penal y Penitenciaria”, sin manifestar públicamente —aún discrepando en muchos extremos del fondo y de la forma de elaboración del Proyecto— que me siento orgulloso de haber intervenido en un texto mucho más progresista e incomparablemente mejor técnicamente que el vigente Código, y sin, finalmente, expresar mi admiración por el profesor Rodríguez Devesa que, en nombre de los principios del Estado de Derecho, viene combatiendo denodadamente —lo ha vuelto a hacer en este “Coloquio”— la reforma: mi admiración, porque es ahora cuando se pone de manifiesto el enorme esfuerzo que tuvo que desplegar para mantener bajo control, durante los 40 años de dictadura franquista, su desbordante pasión por la democracia.



**CARLOS GARCIA VALDES**

Universidad de Alcalá de Henares



### **La reforma del derecho penitenciario español\***

(\*) El presente trabajo constituye la Ponencia, ampliada, que fue desarrollada por el autor el día 12 de abril de 1980 dentro del Coloquio para la Reforma Penal y Penitenciaria que tuvo lugar en Santiago de Compostela.

## I. LA REFORMA MATERIAL

El Ministerio de Justicia, especialmente atento a los problemas penitenciarios, ha iniciado todo un plan encaminado a conseguir la reforma y el mejoramiento de las Instituciones Penitenciarias.

Este plan de reforma, que tiene como objetivo primordial la reinserción social de los internos, según indica el art. 25.2 de la Constitución, abarca tres líneas bien diferenciadas.

A) La primera, referente a las instalaciones, con un programa de inversiones, que, aprobado por el Consejo de Ministros asciende a 10.580.291.852,00 pesetas, programado hasta 1980, ha cumplido su segunda anualidad de acuerdo con las necesidades previstas y dentro del ritmo de construcciones establecido desde su iniciación.

El Plan parte de los estudios previos del "Programa de Necesidades", aprobado por el Gobierno en noviembre de 1975 y tiene en cuenta los estudios ya realizados que afectan a la vejez de los Establecimientos Penitenciarios, su situación dentro de los núcleos urbanos, su escasa o nula funcionalidad interior, la falta de espacios para el desarrollo de una normal y eficaz labor penitenciaria, su emplazamiento dentro del territorio nacional y otros factores que han dado como

consecuencia, dentro de las limitaciones crediticias, la redacción de un programa definitivo de actuación.

El denominador común de todos los centros penitenciarios es construcción hoy día en España, está basado en dos ideas fundamentales: la construcción en horizontal y la celda como dormitorio individual.

La posibilidad de disponer de grandes extensiones de terreno permite construir con un sentido de horizontalidad.

Los nuevos edificios son de planta baja, o, a lo más, de dos plantas, con amplias dependencias y locales de relación, con patios y lugares para deportes.

La celda se considera como unidad módulo. Estas tienen una superficie de unos  $10,50 \text{ m}^2$ , con alturas que van de  $2,70$  a  $3$  metros. Las ventanas están a la altura normal, es decir, con un antepecho de  $90$  centímetros sobre el pavimento y cuentan con aberturas no inferiores a  $1,20 \text{ m}^2$ . Están dotadas de servicios sanitarios —inodoro y lavabo—, encerrados en un pequeño espacio, con luz y ventilación directa. La luz artificial es suministrada por tres puntos: uno en el techo, que puede ser manipulado por el funcionario; y otros dos que son del dominio del interno: uno, colocado en el local de aseo, y otro, encima de la mesa, que con su silla o banqueta sirve al interno para leer, estudiar o escribir. Se completa la celda con una instalación de calefacción por el sistema de agua caliente central, persianas gradulux para el oscurecimiento durante las horas de descanso, y colores claros en las pinturas de paredes y techo. También dispone cada dormitorio individual de un enchufe para la máquina de afeitar y un panel en donde el interno, sin estropear las paredes, puede fijar las fotografías y cuadros que desee.

Las puertas, en todo caso, serán de seguridad, con herrajes de colgar y cierres especiales. Irán dotadas de una mirilla telescópica de gran angular, que permita la observación interior, sin ángulos muertos.

El mobiliario lo constituirá una cama de 0,80 m. de ancho provista de equipo necesario, armario, que puede ser empotrado, con baldas o colgadores y una mesa empotrada y, finalmente, una silla o taburete.

Los espacios que se han exigido para la construcción de los nuevos Centros son amplios, sanos, relativamente alejados de los núcleos urbanos, con zonas ajardinadas de aislamiento y con superficie interior suficiente entre los muros de cerramiento que permita una construcción desahogada.

Se ha conseguido con estas superficies, siempre superiores a los 70.000 m<sup>2</sup>, dotar a los Centros de pabellones o edificaciones que permitan al desarrollo total y efectivo de una vida completa, en donde el invierno va a tener ocupadas todas y cada una de las horas del día.

En todas las construcciones se ha prestado especial atención a las actividades que desarrolla el individuo dentro del Centro. Se parte del presupuesto que sus horas se van a repartir entre el descanso, el trabajo, el tratamiento, la educación y el estudio, las actividades recreativas y deportivas e incluso las religiosas.

Los talleres son amplios, ventilados y de acuerdo con las normas del Ministerio de Industria. Figuran en zonas que no están en contacto con dormitorios y otras salas. Cuentan con dispositivos de seguridad y contra incendios.

En cuanto se refiere a la actividad cultural, se ha tenido muy en cuenta el número de aulas, salas de lectura y bibliotecas. En todas las construcciones que se realizan figura un gran salón de actos preparado de

manera especial para proyecciones cinematográficas, conciertos, etc.

Las actividades deportivas podrán ejercitarse en pistas polideportivas y siempre con un local para gimnasio cubierto. En donde se dispone de terreno suficiente se han previsto campos de fútbol, como en Ocaña, Alicante, Nanclares de la Oca, etc. De igual modo se ha prestado atención a las piscinas, que unos Centros serán cubiertas, y descubiertas en otros lugares más cálidos.

En todos los Centros figuran pequeñas capillas para el culto.

Ni que decir tiene que en todos los edificios que se están construyendo se busca fundamentalmente el lograr una perfecta clasificación. A tal efecto, se ha previsto el aislamiento de los menores respecto de los adultos, y dentro de estos últimos, una separación entre los adultos normales de los nocivos.

También ha sido objeto de especial atención todo lo relativo al aspecto sanitario de los Establecimientos. Todos ellos contarán con una enfermería, dormitorios de aislamiento, sala general, consultorios, despachos médicos, rayos X, botiquín, farmacia, etc.

Por lo que se refiere a las Secciones Abiertas, está previsto que en los modernos Complejos existan, extramuros, edificaciones de este tipo. Hoy figuran ya construidas, de nueva planta y en funcionamiento las de Mirasierra, Castillejos, Mujeres de Barcelona, Santa Cruz de Tenerife, Alcalá de Henares, Burgos, Valencia y Yeserías (Madrid) y se hallan construidas, pero aún sin funcionar, las de Alicante, Murcia y Lérida.

Un repaso a cuanto se está haciendo puede condensarse en los siguientes datos:

*a) Obras ya construidas y en fase de entrada en funcionamiento en 1980.*

Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha (Ciudad Real), con capacidad para 260 internos. Su presupuesto ascendió a 599.754.887 pesetas. Centro de máxima seguridad (cerrado). En funcionamiento desde el verano de 1979.

Centro Penitenciario de Cuenca, terminado y próximo a entrar en servicio. Capacidad para 70 reclusos. Su coste asciende a 92.025.442 pesetas. Centro para preventivos.

Centro Penitenciario de Lugo, en construcción. Capacidad para 326 internos, y con presupuesto de 365.690.073 pesetas. Tiene las características de Establecimiento para preventivos y de cumplimiento para penados de la región.

Centro Penitenciario de Ocaña, con capacidad para 500 internos, de régimen ordinario o de segundo grado, su importe se eleva a la cifra de 360.058.445 pesetas. Se ha construido sobre una superficie de más de 80.000 m<sup>2</sup>, lo que ha permitido conseguir amplias instalaciones deportivas, incluso campo de fútbol. Su entrada en servicio está prevista para este año.

Centro Penitenciario de Murcia, con un presupuesto de 344.075.059 pesetas y capacidad para 400 reclusos, que vendrá a sustituir a la actual prisión preventiva, situada en una de las principales avenidas de la capital. Se levanta sobre una amplia superficie, dotada de todos los servicios, y su puesta en funcionamiento está prevista para este año.

Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, en Vitoria, que se construye sobre una superficie de 80.000 m<sup>2</sup>. Su capacidad es de 500 internos, con zonas destinadas a preventivos y de cumplimiento. Su coste se

eleva a 394.183.148 pesetas y su entrada en servicio está programada para mediados del presente año.

Centro Penitenciario de Arrecife de Lanzarote, destinado a albergar sólo a preventivos, con capacidad para 53 internos y que vendrá a sustituir a la vieja prisión enclavada en la capital, que no reúne las mínimas condiciones. La inversión se eleva a 82.154.902 pesetas. Las obras van muy adelantadas y se espera su puesta en funcionamiento en este año.

Centro Penitenciario de Alicante, que se construye sobre una superficie de 180.000 m<sup>2</sup> y con capacidad para 400 reclusos. Sustituirá al actual Centro de preventivos y cumplimiento situado, prácticamente, en el centro de la capital, que acusa una nula funcionalidad. Su presupuesto se eleva a 457.306.272 pesetas. Su entrada en servicio está prevista también para este año.

Centro Penitenciario de Lérida, con un presupuesto de 431.423.667 pesetas, con capacidad para 500 internos, que se levanta sobre una superficie de más de 80.000 m<sup>2</sup>. Está destinado a penados de segundo grado o régimen semiabierto para los reclusos de la región catalana. Su puesta en servicio se espera para el presente año.

Centro Penitenciario de Puerto de Santa María (Cádiz), cuyas obras se han iniciado recientemente, sustituirá al viejo y conocido penal enclavado en el centro del núcleo urbano y con capacidad para 500 reclusos, todos ellos en régimen de cumplimiento de penas, con departamentos de seguridad. La superficie disponible es de 140.000 m<sup>2</sup> y su presupuesto se eleva a la cantidad de 861.331.437 pesetas. Las obras se llevan a un ritmo acelerado, y es de esperar que el Centro pueda entrar en servicio a finales del año en curso.

Centro Penitenciario de Las Palmas, también de iniciación reciente, sobre un solar de 140.000 m<sup>2</sup>, con capacidad para 350 internos y un presupuesto de inversión de 972.557.829 pesetas. Sustituirá a la actual prisión preventiva, de escasa capacidad y deficientes servicios. Su entrada en servicio está prevista para finales del año en curso.

Centro Penitenciario de Cáceres, con un presupuesto de 452.070.288 pesetas y capacidad para 300 internos, se destina a penados en segundo grado o régimen semiabierto, será construido sobre un solar de 70.000 m<sup>2</sup>. Su entrada en servicio está prevista para este año.

Centro Penitenciario de Albacete, tendrá la característica de los Establecimientos para preventivos, si bien se han reservado zonas para tránsitos, es decir, para descanso en las conducciones de reclusos de unas regiones a otras y un departamento para cumplimiento de penas de corta duración. Las obras han dado comienzo y el presupuesto asciende a la cantidad de 302.265.294 pesetas. Su terminación está prevista para este año.

Todas estas construcciones se complementan con un número determinado de viviendas con su garaje y jardín, para funcionarios casados. Se ha previsto también amplias zonas ajardinadas, club social, aulas para hijos de funcionarios e instalaciones deportivas, además de residencias para funcionarios solteros.

*b) Obras que se iniciaron en 1979.*

Constituyó, sin duda, la más grave preocupación para mi Dirección General de Instituciones Penitenciarias la subsistencia de la vieja prisión de la calle Entenza de Barcelona. El nuevo Centro barcelonés figura en cabeza del programa de necesidades penitenciarias aunque justo es reconocer que aún no ha sido po-

sible acometer su construcción por falta de los terrenos apropiados. A tal efecto conviene decir que se han realizado numerosas visitas y diligencias para resolver el problema, pero hasta ahora, lamentablemente, sin resultados positivos.

De igual forma, entre las edificaciones que se acometieron en el mencionado año figuran los nuevos Centros para Jaén, Melilla, Alcalá de Henares, Ibiza, Avila, Cádiz y Alicante (Centro Asistencial Psiquiátrico).

Actualmente se realizan obras de reparaciones y modernización en los Centros de Barcelona, Alcalá de Henares, Burgos, Cáceres, Granada, Huelva, Carabanchel, Málaga, Ocaña, Oviedo, Santa Cruz de Tenerife, El Dueso, Sevilla, Badajoz, Bilbao, Córdoba, Tuel, Cartagena, Ceuta, Puerto de Santa María, Segovia y otros Establecimientos.

En conclusión: la infraestructura que presenta la red de Centros Penitenciarios exige, para un futuro inmediato, una planificación totalmente diferente, máxime si tenemos en cuenta las reformas legislativas y, sobre todo, los nuevos planteamientos de que parte la Ley General Penitenciaria.

Los más recientes estudios del Gabinete de Arquitectura del Centro Directivo están hechos sobre la base de que, en los próximos años, el volumen de la población reclusa sobrepasará los 30.000 internos, siendo los penados, aproximadamente, las tres cuartas partes de los mismos, y distribuyéndose así: 45 por 100 en Centros abiertos; 40 por 100 en semiabiertos; 10 por 100 en régimen cerrado y 5 por 100 en máxima seguridad.

B) La segunda, encaminada a lograr el mejoramiento del personal penitenciario, de la que da fe la Ley 36/77 de 23 de mayo, sobre Ordenación de los Cuer-

pos Especiales Penitenciarios y de creación del Cuerpo de Ayudantes, y el Real Decreto 3261/77, de 1 de diciembre, por el que se determinan los niveles de titulación y edad para la jubilación forzosa en los diversos Cuerpos, así como la delimitación de funciones de los Cuerpos Especiales y el sistema de selección y nombramiento de funcionarios en prácticas. En otro aspecto es digno de destacarse el beneficioso efecto que el Real Decreto-Ley 27/1978, de 21 de agosto, ha supuesto al modificar la disposición primera del Real Decreto-Ley 22/77 de 30 de marzo, permitiendo el nombramiento de funcionarios de empleo interino del Cuerpo de Ayudantes, en las vacantes existentes, durante el plazo máximo de cinco años, así como la supresión en las prisiones de mujeres de las Cruzadas Evangélicas que han sido sustituidas por funcionarias profesionales.

De otro lado y para asegurar la preparación y formación específica del personal penitenciario, por acuerdo del Ministerio de Educación y Ciencia, a instancia de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, los Diplomados Superiores en Criminología podrán presentarse a las oposiciones del Cuerpo Especial.

C) Y la tercera, dirigida a conseguir la revisión del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, efectuado ya por el Real Decreto 2273/77 de 29 de julio, que ha supuesto una reforma sustancial y profunda partiendo de las Reglas Mínimas elaboradas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, fechado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, hasta tanto se promulgara la Ley General Penitenciaria.

Se propugna un sistema penitenciario flexible, progresivo y humano que cuenta con la posibilidad de la colaboración voluntaria de los internos y de la sociedad en general. No se ignora el marco actual en que va a tener su desarrollo. En este sentido los redactores han sido conscientes de que en la problemática actual la prisión se concibe como un mal necesario y que la misma pena privativa de libertad lleva en su esencia contradicciones insolubles. Por otro lado, no se olvida que en la génesis del fenómeno delincuencia son factores condicionantes las estructuras sociales y los regímenes políticos. A la necesidad de coordinar los objetivos de prevención especial y general que demanda el sistema de la justicia penal, se le añade el presupuesto del máximo respeto a la personalidad de los reclusos en la aplicación de las ciencias de la conducta. Se estima compatible la idea de la sanción privativa de libertad con la de tratamiento en cuanto que éste se concibe como actividad dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción de los penados mediante la utilización de métodos científicos. Se proscriben toda clase de malos tratos, sin que ello suponga la abdicación del empleo de medios coercitivos y disciplinarios, absolutamente indispensables para el mantenimiento del orden y de la disciplina de los establecimientos. Y todo ello dentro del más estricto respecto al principio de legalidad.

## II. LA REFORMA LEGISLATIVA

Los rasgos fundamentales de la Ley General Penitenciaria son los siguientes según resumen acertado de Bueno Arus:

### 1. La finalidad de las penas y medidas de privación

de libertad es la reeducación y reinserción social de los sentenciados (art. 1).

2. La actividad penitenciaria ha de ejercitarse respetando el principio de legalidad (art. 2).

3. La actividad penitenciaria se ha de ejercer respetando la personalidad humana de los internos y sus derechos e intereses no afectados por la condena, sean civiles, políticos, sociales, económicos o culturales. Así, por ejemplo, la reclusión no ha de suponer la interrupción de las prestaciones de la Seguridad Social adquiridas antes de su ingreso en prisión (art. 3).

4. Los establecimientos se clasifican en: preventivos, de cumplimiento y especiales (hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación social). Se potenciarán las prisiones abiertas (hasta aproximadamente el 45 por 100 de los penados) y las cerradas tendrán el carácter de excepcionales, para los penados de peligrosidad extrema o casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto (arts. 7-12).

5. La clasificación y separación de los reclusos, atendiendo a su sexo, edad, condición de preventivo o penado, primario o reincidente, salud, etc., es fundamental para el funcionamiento del sistema (art. 16).

6. Se prefiere la celda individual, recurriéndose a las dependencias colectivas sólo en caso de insuficiencia temporal de aquéllas (art. 19).

7. Se suprime el uniforme de los penados, que tienen derecho a vestir sus propias prendas (art. 20).

8. El trabajo se considera un derecho y un deber del interno, y se regirá por el principio de equiparación con el trabajo libre, en cuanto a remuneración, jornada y seguridad social, además de ser formativo y digno. Los productos del trabajo de los internos tendrán carácter preferente en las adjudicaciones de suministros y obras de las Administraciones Públicas.

Se estimulará la formación de cooperativas de reclusos trabajadores. Tendrán derecho a la prestación por desempleo los liberados que se inscriban en las Oficinas de Empleo dentro de los quince días siguientes a su excarcelación (arts. 26-35).

9. La asistencia sanitaria se prestará en las mejores condiciones para cuidar de la salud física y mental de los internos y vigilar las condiciones de higiene y salubridad del establecimiento, pudiendo ser asistidos en Centros hospitalarios libres en caso necesario (arts. 36-40).

10. El régimen disciplinario se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada. Las infracciones se establecerán en el Reglamento y las sanciones en la propia Ley, siendo la sanción de mayor gravedad (cuyo uso se limita) el aislamiento en celda (la cual tendrá las mismas características que las restantes del establecimiento) hasta catorce días, en caso de reincidencia hasta veintiuno, y, en caso de acumulación de infracciones, hasta un máximo insuperable de cuarenta y dos días consecutivos. La imposición de una sanción requiere previa audiencia y defensa del interesado y cabe recurso contra la misma, recurso cuya interposición suspenderá la efectividad de la sanción, salvo caso de indisciplina grave. Se prohíben los malos tratos y se permiten las medidas coercitivas para impedir actos de evasión o violencia de los internos sólo dirigidas exclusivamente al restablecimiento de la normalidad (arts. 41-45).

11. Se regulan los permisos de salida en forma análoga a la prevista en las Circulares de 21 de Abril y 4 de Octubre de 1978 (arts. 47-48).

12. Las comunicaciones y visitas, quejas y recursos, instrucción y educación y asistencia religiosa (libre), se regulan en la forma acostumbrada (arts. 51-58).

13. Se regula de manera especialmente minuciosa el tratamiento penitenciario encaminado a la reeducación y reinserción social de los penados, haciendo del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley, así como de subvenir a sus necesidades, desarrollando en él una actitud de respeto a sí mismo y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, el prójimo y la sociedad en general. El tratamiento será científico, individualizado y de carácter dinámico. Se establece el sistema de individualización en grados, con absoluta flexibilidad, correspondiendo la clasificación inicial y las progresiones y regresiones posteriores a la evolución de la personalidad del sujeto y no a otros factores. El régimen penitenciario se subordina al tratamiento, y no al revés (arts. 59-72).

14. Se procurará la plena reintegración social de los liberados, rechazando que los antecedentes penales puedan ser causa de discriminación social o jurídica (art. 73). La asistencia social a internos, familiares y liberados correrá a cargo de una *Comisión de Asistencia Social*, en la que participarán representantes de diversos grupos y sectores sociales (art. 74), y de un Cuerpo de Asistentes Sociales, de nueva creación, por ley especial.

15. Como órgano superior de control de la actividad penitenciaria y garantía de los derechos de los internos se instituye la figura *del juez de vigilancia* de la ejecución de las penas, a quien corresponde, entre otros cometidos, resolver sobre la libertad condicional, las reducciones de pena ordinarias y extraordinarias, aprobar las sanciones de aislamiento superior a catorce días, resolver los recursos de los internos, proveer sobre las quejas de los mismos, autorizar los permisos de salida en determinados casos y realizar vi-

sitas periódicas a los establecimientos penitenciarios (arts. 76-78).

Hasta tanto se aprobó la tan deseada Ley General Penitenciaria fue preciso atajar en los últimos años todo un movimiento de insurrección carcelaria que, como se sabe, ha dejado destrozados más de una treintena de Establecimientos. Las medidas tomadas para combatir la rebelión de los reclusos y encauzar la Reforma Penitenciaria han consistido, fundamentalmente, en tres tipos de acciones: Por un lado, la concesión de reivindicaciones reiteradamente solicitadas; por otro, el aseguramiento progresivo de una ordenada convivencia, indispensable para la Reforma, en el interior de los Establecimientos; y la tercera, dirigida a cubrir los vacíos producidos por el desajuste entre la realidad circundante y las normas vigentes.

Todas las medidas a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior están contenidas en las Ordenes Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 13 de abril y 4 de octubre, que deroga otra de 21 de abril; 29 y 31 de mayo, 6 de junio y 24 de julio; y las de 31 de julio, 1 de septiembre, 16 de noviembre y 29 de diciembre de 1978.

En la primera se abarca una serie de cuestiones regimentales, que van desde la mayor flexibilidad en las comunicaciones y visitas vis a vis de los internos, supresión de la censura para libros, prensa o revistas de libre circulación en el territorio nacional y autorización al uso de transistores y cassettes pedagógicos, a la implantación del régimen de cogestión en el establecimiento, en lo que hace referencia a cine, juegos recreativos, deportes, limpieza y alimentación, así como la fijación de los horarios de televisión, economato y escuela, pasando por la supresión de imaginarias durante la noche, despenalización de las huelgas de hambre y las autolesiones llevadas a cabo de forma

pacífica, tolerancia respecto al aspecto físico de los internos, autorización a utilizar el dinero de libre circulación exterior, provisión a los Centros de ropa de cama, dotación de platos y cubierto completo y concesión de botellines de cerveza durante las comidas.

En la misma Circular se hace referencia, asimismo, a determinados aspectos referentes a los funcionarios, entre ellos, la flexibilidad en su uniformidad y aspecto externo, horario laboral y dotación de instalaciones dignas y se indicaba ya, de manera decidida, el apoyo de la Dirección General a la aspiración al asociacionismo profesional de los mismos.

La segunda Orden Circular, que deroga otra anterior sobre el mismo tema, de fecha 21 de abril, viene a establecer un ambicioso y matizado plan de concesión de permisos de salida a los internos, que servirá para el acercamiento con el mundo libre y posterior inserción social de aquéllos.

Y así, no sólo se otorgan permisos en supuestos de fallecimiento o enfermedad grave de familiares, por matrimonio y nacimiento de hijos de reclusas, sino que, previa autorización judicial, también alcanzan a los presos preventivos, destinándose la parte principal de la norma legal a explicar el método de conceder permisos de salida regulares a penados de duración ordinaria de veinticuatro, cuarenta y ocho horas o siete días y de fines de semana, con mención de los requisitos necesarios para obtenerlos fundados tanto en criterios objetivos (grado de tratamiento penitenciario y distancia del punto de destino) como subjetivos (conducta observada y necesidades familiares y profesionales), obtención de garantías referidas al aviso familiar, para entregar en su presencia al interno, o la exigencia del billete de ida y vuelta para el trayecto y estar en posesión del dinero adecuado; licencias temporales que operan de manera automática en los Centros

abiertos y para todos los días festivos y fines de semana, especialmente.

La política de concesión de toda una serie de oportunidades a los reclusos, desconocidas por su intensidad hasta la fecha, se completa con el acuerdo del Patronato de Nuestra Señora de la Merced, de 9 de Mayo, a propuesta de la Dirección General, y a los solos efectos de redención de penas por el trabajo y libertad condicional, de invalidar las anotaciones de faltas disciplinarias derivadas de motines, plantes y actos de destrucción de los establecimientos, llevados a cabo con anterioridad al 31 de Marzo.

Con las del segundo grupo se van amarrando cabos respecto al orden disciplinario y sentando seguras bases de actuación del personal penitenciario.

Por la primera de las mencionadas —la de 29 de Mayo—, se declaran excepcionales las excarcelaciones hospitalarias en casos de autolesiones de reclusos, procurándose, como regla general, la asistencia sanitaria por el personal y medios de que disponga cada Centro Penitenciario, reclamándose, en su caso, la cooperación de los médicos forenses y acudiéndose a la contratación de los servicios facultativos complementarios, caso de que no disponga el establecimiento del personal suficiente.

En el caso de ser dados de alta los internos y devueltos a su Centro respectivo por los establecimientos hospitalarios y obtenerse aquéllos en retornar de inmediato a los mismos, se procederá de manera que tal deseo no sea permitido, mientras la situación clínica del recluso no sufra alteraciones; de igual forma, se recuerda a las Juntas de Régimen de los distintos Centros que, aunque sigan quedando sin correctivo disciplinario aquellas huelgas de hambre, autolesiones o ingestión de cuerpos extraños que efectúen los in-

ternos de manera pacífica, la sanción proporcionada siempre a la falta recobra su vigencia cuando tales conductas se acompañan de probados y graves insultos o vejaciones a funcionarios y personal facultativo, amenazas y coacciones al resto de los internos o destrozo en las instalaciones.

Nadie podrá decir que la razonable medida adoptada es injustificada, pues se produce después de numerosos casos (hospitales de Segovia y Mora de Cádiz) de inaceptables actitudes, antes referidas, que determinaron considerable alarma y rechazo social de muchas localidades, habiéndose comprobado además, en reiteradas ocasiones, la nula necesidad clínica de tales salidas del establecimiento penitenciario, ahora muy limitadas y restringidas.

En la siguiente Circular, de 31 de Mayo, se establecían criterios de actuación de los funcionarios y se advertía sobre el régimen de cogestión establecido el pasado 13 de Abril.

Así, partiendo de la prohibición absoluta de malos tratos a los reclusos, se recordaba al personal de vigilancia que en supuestos de graves alteraciones de la convivencia, indisciplina manifiesta o negativa al cumplimiento de órdenes legales, el Reglamento permite emplear “la coacción material dirigida exclusivamente al restablecimiento de la normalidad”, a la vez que proclamaba como toda falta disciplinaria lleva consigo el proporcionado y razonable castigo y se advertía acerca de la diferencia entre régimen de cogestión y otro de autogestión, por parte exclusiva de los reclusos, que pretendían imponer su solo deseo en el interior de los establecimientos, siendo cortada tal situación, pues es incompatible con la alta misión social atribuida a los funcionarios, únicos llamados a dirigir los Centros de Detención y de Cumplimiento.

La de 6 de Junio, recordaba a los funcionarios la obligación de practicar periódicas e intensas requizas y cacheos, con el apoyo y colaboración de la Fuerza Pública, si fuera preciso, en orden a la seguridad de los recintos penitenciarios para realizar los fines de custodia que legalmente tienen atribuidos.

En último lugar, la Circular de 24 de Julio regula la normativa del régimen interior de nuestras prisiones, en orden a poner al alcance de las Juntas de Régimen de los establecimientos todos los medios legales posibles para evitar la transmisión epistolar de consignas de prisión a prisión, libre correspondencia desde los Centros de cartas y misivas firmadas por meras siglas, generosas comunicaciones orales con personas extrañas al círculo legal o familiar y excesos injustificables en la interpretación de las normas que rigen la cogestión, cuanto a la excesiva liberalidad regimental de que disfrutaban, no sólo los internos más peligrosos, sino la población reclusa en su práctica totalidad.

En tres apartados se divide la normativa adoptada. En el primero de los mismos se establece el régimen celular en departamentos especiales habilitados al efecto, en casos de imposibilidad material de cumplir el aislamiento en el Centro donde se cometió la falta disciplinaria, y todo ello con base legal en los artículos 525 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 25 y 50 del Reglamento de los Servicios de Prisiones; este régimen "de vida mixta", en la terminología penitenciaria, consiste en la limitación de las actividades en común de los reclusos, así como en un mayor control y vigilancia sobre los mismos, y conlleva la restricción de comunicaciones a las familiares, prohibición de visitas vis a vis, supresión de permisos de salida del establecimiento y censura de correspondencia.

El segundo apartado, destinado con carácter general a todos los reclusos, recoge, entre otras medidas, la

muy fundamental de ordenar interceptar y censurar las cartas remitidas de prisión a prisión, vehículo inequívoco y comprobado de transmisión de consignas, así como retener la correspondencia firmada por siglas o por otros métodos que impiden conocer la identidad de quien la envía, extremándose también el control en los cacheos de paquetes enviados desde el exterior, para comprobar que no contienen objetos prohibidos.

En último término, el tercer apartado matiza el régimen de cogestión implantado desde el pasado mes de abril, corrige los abusos observados, declara no negociable lo que es norma reglamentaria y faculta a los Directores de los Centros Penitenciarios, en los casos de situación conflictiva generalizada, a suspenderlo mientras la alteración perdure.

Con las últimas se pretende, como con la de 31 de Julio, dotar a los establecimientos de los medios disponibles y necesarios para hacer frente, con el menor riesgo posible para funcionarios e internos, a casos de conflictos individualizados protagonizados por estos últimos.

La de 1 de Septiembre, pensada ya para situaciones de normalidad, sobre la enseñanza en los establecimientos penitenciarios, adaptada a las modernas orientaciones dictadas por el Ministerio de Educación y Ciencia, inicia la reforma del vigente sistema escolar en nuestros Centros, con el propósito de llegar a establecer una auténtica educación permanente de adultos que, en su día, permita a los reclusos responder a las exigencias de participación responsable y promoción social y comunitaria.

Por la de 16 de Noviembre, sobre ejercicio del voto de los internos en el Referendum Constitucional del 6 de Diciembre, se dispuso para los que se encontraren

en tercer grado, en régimen de prisión abierta, la salida a votar personalmente ante la mesa electoral que les correspondiera si se encuentra en la misma localidad que el establecimiento, y, en los demás casos, y no estando inhabilitados para el derecho de sufragio lo pudieran llevar a cabo por correo conforme a la regla 11 del artículo 22 del Real Decreto 2120/1978.

Finalmente, por la del 19 de Diciembre, en materia de educación, a la vista del aceptable nivel de normalización alcanzado en los últimos meses, en línea con la del 1 de Septiembre, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 27, 1 de la Constitución, 2º, 2 de la Ley General de Educación y 118, 2º del vigente Reglamento de Prisiones, así como las conclusiones elaboradas en la Asamblea Nacional de Profesores de E.G.B. de Instituciones Penitenciarias, las especiales características del alumnado de nuestros Centros y el presupuesto de que la educación sólo es posible en libertad, se dictan normas sobre asistencia a las clases, libremente aceptada por parte de los internos y consecuentemente avalada por los informes técnicos de los respectivos Equipos de Observación y Tratamiento de los Establecimientos, a fin de la obtención del Certificado de Escolaridad, necesario para ingresar en el mundo laboral, y que comprende la superación de los dos primeros ciclos de la Educación Permanente de Adultos; sobre su valoración a efectos de concesión de permisos especiales, progresiones de grado, comunicaciones y acortamientos de pena; organización de cursillos monográficos en función de las aficiones y preferencias de los internos y su evaluación final, y dispensa a los Profesores de E.G.B. del uso del uniforme reglamentario durante el desempeño de su función profesional.

### III. INVERSIONES PARA FORMACION LABORAL..

Dentro del plan de Reforma Penitenciaria, durante los años 1978-1979 se proyectó la instalación de varias Escuelas-Talleres y Granjas-Escuelas en diversos Centros Penitenciarios.

Su localización, así como sus cometidos son los siguientes:

Centro Penitenciario de Carabanchel (Madrid).  
Escuela-Taller de Máquinas Herramientas.  
Importe: 15.049.400 pts.

Centro Penitenciario de Carabanchel (Madrid).  
Sección de Composición e Impresión OFF-SET  
Importe: 12.635.709 pts.

Centro Penitenciario de Carabanchel (Madrid).  
Instalación Eléctrica de Fuerza y Alumbrado en Carpintería y Almacenes.  
Importe: 2.450.183 pts.

Centro Penitenciario de Teruel  
Escuela-Taller de Artes Gráficas  
Importe: 22.121.024 pts.

Centro Penitenciario de Teruel  
Escuela-Taller de Automovilismo  
Importe: 10.411.419 pts.

Centro Penitenciario de Vigo  
Escuela-Taller de Artes Gráficas  
Importe: 20.409.264 pts.

Centro Penitenciario de Vigo  
Escuela-Taller de Soldadura Eléctrica y Oxiacetilénica  
Pendiente de adjudicación.

Centro Penitenciario de El Dueso (Santander)  
Escuela-Taller de Máquinas Herramientas  
Importe: 21.379.697 pts.

Centro Penitenciario de El Dueso (Santander)  
Escuela-Taller de Electricidad y Electrónica  
Importe: 20.501.018 pts.

Centro Penitenciario de Lérida  
Escuela-Taller de Artes Gráficas  
Importe: 22.121.024 pts.

Centro Penitenciario de Lérida  
Escuela-Taller de Automovilismo  
Importe: 10.411.419 pts.

Actual Centro Penitenciario de Cumplimiento de Ocaña (Toledo)  
Escuela-Taller de Máquinas Herramientas  
Importe: 17.959.254 pts.

Centro Penitenciario de Ocaña (Toledo)  
Escuela-Taller de Electricidad y Electrónica  
Importe: 17.138.107 pts.

Nuevo Centro Penitenciario de Ocaña (Toledo)  
Escuela-Taller de Máquinas Herramientas  
Importe: 8.238.993 pts.

Nuevo Centro Penitenciario de Ocaña (Toledo)  
Escuela-Taller de Carpintería  
Importe: 4.160.765 pts.

Centro Penitenciario de El Dueso-Santoña (Santander)  
Reparación y Acondicionamiento del Almacén General  
y nuevas oficinas, aseos y aulas y cercados del terreno  
de talleres  
Inversión: 12.045.165 pts.

Centro Penitenciario de El Dueso-Santoña (Santander)  
Escuela-Taller de Carpintería  
Importe: 13.981.606 pts.

Centro Penitenciario de Cumplimiento de Hombres  
de Alcalá de Henares  
Escuela-Taller de Carpintería  
Inversión: 2.204.370,90 pts.

Centro Penitenciario de Zamora  
Instalación de riego para la Granja-Escuela  
Importe: 2.618.001,67 pts.

Centro Penitenciario de El Dueso (Santander)  
Granja-Escuela de ganado vacuno  
Importe: 7.986.516,60 pts.

Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha  
Instalación de riego por aspersión para la Granja-Es-  
cuela  
Importe: 9.399.898,36 pts.

Centro Penitenciario de Zamora  
Granja-Escuela de ganado vacuno  
Importe: 4.978.579,47 pts.

En el año 1980 se terminó otro grupo de Escuelas-Talleres y Escuelas-Granjas repartidas entre los siguientes Centros Penitenciarios: Alicante, Murcia, Ocaña, Nanclares de la Oca (Alava), Herrera de la Mancha, Jerez de la Frontera, Valencia, Madrid (Carabanchel), Lugo, Cuenca, Madrid Mujeres (Yeserías), Zamora, Burgos y El Dueso-Santoña, con un importe total de inversión de 303.000.000 ptas., obtenido durante mi gestión.

#### IV. POBLACION RECLUSA.

##### 1. POBLACION RECLUSA

La población reclusa en España al 31 de diciembre de 1978 se elevó a 10.101 hombres y 362 mujeres, lo que hace un total de 10.463 internos en los Establecimientos Penitenciarios.

Si se comparan estas cifras con las de 1966, que se establece como base, vemos que dicha población, al finalizar el período anual representa el 97,19%, lo que indica una disminución del 2,81% respecto a la de dicho año. No obstante, con relación a iguales fechas de 1977 (9.392 internos), aumentó en cifras absolutas en 1.071, lo que equivale a un 11,40%.

De la simple observación se deduce que una vez superadas las incidencias dimanantes de la aplicación de las medidas de gracia de los años 1975 a 1977, los índices de población encarcelada empiezan, lógicamente, a tomar mayor volumen.

Si analizamos las cifras de población reclusa a lo largo de los meses del año 1978 la cota máxima se produce en el mes de abril, seguida de la habida en noviembre. El descenso del mes de diciembre, que suele producirse todos los años por estas fechas, ha sido moderado, sobre todo si se compara con el habido por iguales fechas en el pasado 1977.

##### 2. POBLACION RECLUSA Y NUMERO DE HABITANTES.

Teniendo en cuenta la población española, estimada al 31 de diciembre en 36.927.000 habitantes aproximadamente, y comparándola con los 10.463 reclusos, arroja un coeficiente del 28,83 por cada cien mil habitantes.

Del análisis comparativo con los coeficientes de población reclusa por 100.000 habitantes, con los tres últimos años, se deduce la existencia de un incremento real de la población reclusa, cuyas causas han de buscarse en el progresivo aumento de la delincuencia más que en el crecimiento demográfico, ya que si así fuera los referidos coeficientes permanecerían casi constantes y la variación apreciada de los mismos es considerable.

### *3. CLASIFICACION DE LA POBLACION RECLUSA*

De las 10.463 personas que albergaban nuestros Centros Penitenciarios en diciembre de 1978, el 93,74% lo estaban por razón de delitos, el 0,11% por faltas; el 3,74% por aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, y el 2,41% por infracciones de carácter administrativo.

De las cuatro situaciones citadas, es significativo el consignar que el número de condenados es, en todas ellas, inferior al de preventivos:

—De los 9.808 reclusos por razón de delito, el 41,38% estaban condenados, el 58,26% procesados y el 0,36% detenidos.

—De los 11 reclusos por faltas el 45,46% estaban condenados y el 54,54% procesados.

—De los 392 reclusos por aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, el 43,62% tenían medida de seguridad aplicada y el 56,38% estaban internados preventivamente.

—De los 252 reclusos por infracciones de tipo administrativo el 29,76% estaban sancionados y el 70,24% con expediente en tramitación.

#### 4. POBLACION PENAL

El número total de penados al 31 de diciembre de 1978 ascendía a 4.064 (3.971 hombres y 93 mujeres) que representan un 38,84% sobre el total de población interna.

El mayor porcentaje de éstos lo arrojaban los que extinguían penas por delitos contra la propiedad: el 65,13% en hombres, seguido, a bastante distancia, por el correspondiente a los delitos contra las personas, el 13,97%. En las mujeres, como es habitual, se invierten los términos: el mayor porcentaje corresponde a los delitos contra las personas, el 50,54%, seguido —a menos distancia—, por los delitos contra la propiedad, el 21,50%. El tercer y cuarto puesto, en hombres, lo ocupan los porcentajes correspondientes a los delitos contra la honestidad, el 8,04%, y contra la salud pública, el 7,65%. Por el contrario, en mujeres, el tercer y cuarto puesto lo ocupan los delitos contra la salud pública, el 18,27% y contra la honestidad, el 4,31%. En cuanto a los del total, como vienen influidos por el número aplastante de hombres, casi 43 veces más que en mujeres, sus porcentajes repiten la estructura de los hombres.

Por lo que respecta a las *diferencias* en el total de penados, se ha observado que los mismos han aumentado respecto a la misma fecha del año anterior, en 324 internos, lo que supone en términos relativos el incremento del 8,66%. Si excluimos los penados por comisión de delitos contra la Administración de Justicia y faltas, podemos afirmar que en los apartados de delitos contra la seguridad del Estado, falsedades, seguridad de tráfico, salud pública, contra las personas, contra la honestidad y otros varios el aumento ha sido la tónica general.

*Por razón de edad*, en los penados se evidencia que

la máxima frecuencia aparece en el intervalo de los 21 a los 25 años, tanto en mujeres como en hombres.

*La suma de porcentajes de reincidentes y multi-reincidentes*, de penados varones, se elevó el 58,57%, cifra claramente superior a la de los primarios, el 41,43%, mientras que en las mujeres se invierten los términos. En el total, los reincidentes y multirreincidentes arrojan el 57,41%, porcentaje ligeramente inferior a los de igual fecha del año anterior.

Las cifras absolutas de *reincidentes* en el año 1978 ha disminuido un 30,30% respecto al año 1966, y, por el contrario, ha aumentado en un 2,77% respecto al año precedente. No obstante, *la proporción de reincidentes, respecto a la totalidad de población penada*, ha disminuido en comparación a los años 1976 y 1977.

En cuanto a la *distribución de los penados, según el grado de tratamiento penitenciario*, es la siguiente:

Primer grado.....	854, el 21,01%
Segundo grado.....	1.334, el 32,83%
Tercer grado.....	964, el 23,72%
Sin clasificar.....	912, el 22,44%

##### 5. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO

Los penados existentes al finalizar el año, por comisión de delitos contra la seguridad del Estado, ascendía a 74 (11 más que en igual período del año anterior). El porcentaje observado denota una disminución del 66,06% respecto de 1966, y un aumento del 17,46% respecto de 1977.

## *6. INTERNADOS POR APLICACION DE LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL*

La población reclusa, por aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, al 31 de diciembre de 1978 ha descendido a cotas extraordinarias bajas, disminuyendo el 71,76% con respecto al año 1966, y en un 62,74% con relación al año anterior.

De las 392 personas sometidas a dicha Ley, 364 eran hombres y 28 mujeres. Estaban sancionados 171 (el 55,55% reincidentes): 160 hombres y 11 mujeres.

Las medidas aplicadas eran: 86, predelictuales; 84, postdelictuales, y 1 por infracción de carácter administrativo.

La edad de máxima frecuencia en los peligrosos sociales se encuentra en el intervalo de los 21 a los 25 años.

## *7. INFRACCIONES DE CARACTER ADMINISTRATIVO*

De los 252 internos existentes por infracciones de carácter administrativo, al 31 de diciembre, 227 eran hombres y 25 mujeres. Estaban sancionados 75 y pendientes de aplicación de sanción 177.

En 74 internos la causa de su permanencia en prisión era el contrabando y defraudación, en 155 la emigración ilegal, y en 23 el impago de multa.

Respecto de igual fecha del año anterior (329 internos) se aprecia una disminución del 23,50%.

## *8. POBLACION RECLUSA EXTRANJERA*

La población de reclusos extranjeros, al 31 de diciembre de 1978, ascendía a 1.379 (1.307 hombres y 72 mujeres). Representa sobre el total de población

(10,463) un 13,17% en hombres y el 19,88% en mujeres).

La clasificación de población reclusa extranjera era: 1.141 internos por delitos y faltas; 9 por aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social; 184 por infracciones de tipo administrativo, y 45 en tránsito para expulsión del territorio nacional.

Comparando estas cifras con las de igual fecha del año 1966, se aprecia un aumento del 377,80%, y un 4,31% respecto a 1977, lo que evidencia que la población internada de origen extranjero sigue manteniendo una tendencia creciente.

#### *9. RECLUSOS INGRESADOS EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS, PROCEDENTES DE LIBERTAD, DURANTE 1978*

Los reclusos ingresados en los Centros Penitenciarios durante el año 1978, procedentes de libertad, ascendieron a 41.229 (38.567 hombres y 2.662 mujeres).

Por el tipo de infracción fueron:

	HOMBRES	MUJERES
Por delitos contra la seguridad del Estado	1.040	88
Por restantes delitos y faltas	33.944	2.010
Por Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social	1.699	243
Por infracciones de carácter administrativo	1.884	321
Totales	38.567	2.662

Del examen del cuadro anterior se desprende que la máxima participación corresponde a "los restantes delitos y faltas", 33.944 hombres, que representa el

88,01% de los ingresados, y 2.010 mujeres, que equivale al 75,50% de las ingresadas.

La máxima frecuencia de edades está observada en el intervalo de los 16 a 20 años en los varones(12.662), con el 32,83%, y en el intervalo de los 21 a 25 años en las mujeres (801), con el 30,09%.

#### V. EVOLUCION DE LA POBLACION RECLUSA EN LOS ULTIMOS VEINTE AÑOS

1959.....	V	13.689	
	H	1.537.....	15.226
1960.....	V	13.606	
	H	1.596.....	15.202
*1961.....	V	13.527	
	H	1.375.....	14.902
1962.....	V	12.643	
	H	1.092.....	13.735
*1963.....	V	10.635	
	H	760.....	11.395
*1964.....	V	10.365	
	H	761.....	11.126
*1965.....	V	9.921	
	H	701.....	10.622
*1966.....	V	10.205	
	H	560.....	10.765
1967.....	V	10.448	
	H	481.....	10.929
1968.....	V	11.623	
	H	553.....	12.176
1969.....	V	12.196	
	H	626.....	12.822
1970.....	V	13.266	
	H	624.....	13.890

*1971.....	V	11.058	
	H	540.....	11.598
1972.....	V	12.472	
	H	637.....	13.109
1973.....	V	13.573	
	H	684.....	14.257
1974.....	V	14.099	
	H	665.....	14.764
*1975.....	V	8.090	
	H	350.....	8.440
*1976.....	V	9.576	
	H	361.....	9.937
*1977.....	V	9.037	
	H	355.....	9.392
1978.....	V	10.101	
	H	362.....	10.463
1979.....	V	13.194	
	H	433.....	13.627
Al 23 de marzo de 1980:	V	15.677	
	H	525.....	16.202

(\*) Años en los que se ha decretado indulto, amnistía o medida de gracia con carácter general.

VI. POBLACION PENITENCIARIA COMPARADA EN DIVERSOS PAISES

Núm. Orden	PAISES	Habitantes (miles)	AÑO	Población reclusa	FECHA	Coefficiente por 100.000 habitantes
1	HOLANDA	13.897	1973	3.127	1-1-78	22,50
2	PORTUGAL	8.560	1973	2.140	1-1-75	25,00
3	IRLANDA	3.030	1973	1.205	3-4-78	39,77
4	JAPON	114.370	1977	49.050	1-1-78	42,88
5	NORUEGA	4.035	1977	1.774	1-5-78	43,96
6	ESPAÑA	36.927	1978	16.410	1-5-80	44,44
7	DINAMARCA	5.100	1977	2.747	1-1-78	53,86
8	FRANCIA	53.000	1977	28.936	1-1-74	54,60
9	SUIZA	6.300	1977	3.655	1-2-78	58,01
10	BRASIL	101.710	1973	60.703	1-1-74	59,68
11	ITALIA	56.634	1977	34.278	1-4-78	60,50
12	BELGICA	9.837	1967	6.328	1-5-78	64,33
13	AUSTRALIA	13.130	1974	9.061	1-1-74	69,01
14	ALEMANIA FEDERAL	61.389	1977	49.754	1-1-77	81,05
15	INGLATERRA	55.930	1973	48.857	1-12-76	87,37
16	CANADA	22.799	1975	19.922	1975	87,69
17	GRECIA	9.167	1976	8.759	1-1-77	95,55
18	AUSTRALIA	7.500	1977	8.037	1-6-78	107,16
19	FINLANDIA	4.720	1976	5.095	1-1-76	107,94
20	SUECIA	8.200	1977	9.901	1-12-76	120,74
21	U.S.A.	204.335	1977	209.316	1-1-78	146,48

Datos referidos al 1<sup>o</sup> de Mayo de 1980

## **MARINO BARBERO SANTOS**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid.

Ponente General de la Ponencia especial para la reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social



**Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.**

Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y, en gran parte, la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal (1).

He acudido a Lardizábal para iniciar mi exposición porque difícilmente podría expresarse con mayor galanura y sobriedad de lenguaje la doble idea de la importancia suma que una buena legislación penal tiene para la ordenación de la vida comunitaria, y de las no leves dificultades que la tarea de elaborarla entraña. Que no en vano Lardizábal es el único penalista que figura en el Catálogo de Autoridades de la Lengua, y escuchar sus expresiones constituye un auténtico regalo literario (2), amén de que por ser el iniciador en el orbe jurídico-penal hispano de la época moderna, muchas de sus reflexiones siguen teniendo plena actualidad.

Por lo demás, la cita me permite asimismo recordar ante esta magna asamblea de colegas que se afana por

---

(1) Lardizábal Manuel: *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1916, Prólogo.

(2) Cfr. Antón Oneca, José: *El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, Madrid, 1967 (Separata de la "Revista de Estudios Penitenciarios", nº 174), p. 32.

cuestiones político-criminales, que dentro tan sólo de dos años se cumplirá el segundo centenario de la impresión por Joachin Ibarra, en Madrid, de la más notable obra patria de este carácter, el *“Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma”*, a cuyo autor los penalistas hispanos tenemos el deber de rendir en tal ocasión el merecido homenaje al que me permito convocar.

La generalizada aspiración a poseer leyes criminales buenas es en nuestro país particularmente apremiante, por disponer de una ordenación punitiva en franco desacuerdo con las exigencias ético-culturales imperantes en el momento histórico en que está en vigor.

Es cierto que del sistema punitivo español han desaparecido algunas de las aristas más hirientes que presentaba en la fase final del anterior régimen, de las cuales me ocupé *in extenso* en la Ponencia que sostuve en las II Jornadas Españolas de Profesores Numerarios de Derecho Penal (3). Pero no es menos evidente que las aristas suprimidas a partir del 20 de diciembre de 1975 afectaban sobre todo a la impronta severa y totalitaria que, en la versión de 1973 del viejo Código Penal de 1848, produjeron las concepciones caracterizadoras del “Nuevo Estado” surgido de la Guerra Civil (4).

La supresión no se extendió, pues, hasta las propias raíces del texto penal fundamental de 1973. Pero promulgado hace más de un siglo el Código que sirve de fundamento al vigente, en unas condiciones socio-culturales tan dispares de las actuales, la necesidad de una reforma del mismo es, en este ámbito, no menos

---

(3) Barbero Santos, Marino: *Postulados políticos-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma*, en “Sistema”, 1975, pp. 99 y ss.

(4) Barbero Santos, Marino: *Política y Derecho Penal en España*, Madrid, 1977, pp. 99 y ss.

urgente. Entendiendo el término reforma, como ya en Barcelona manifesté, no en el sentido de arreglo o reparación de algo, sino en el significado de rehacer o deshacer algo. Nuestro Derecho punitivo debe ser re- hecho, renovado, es decir, sustituido por otro más sensible a los principios del Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, de acuerdo con la solemne definición del artículo 1º de la Constitución.

El anuncio, por tanto, realizado el 23 de octubre de 1977 por el ministro de Justicia en Plasencia, con ocasión de la Clausura del Primer Coloquio Regional Español de la *Association Internationale de Droit Pénal*, de que junto a una reforma parcial, de carácter urgente, se proyectaba llevar a cabo “una reforma total y en profundidad de todo el sistema punitivo, que había de tener en cuenta no sólo el nuevo orden político, sino también los avances que ofrecen hoy la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria” (5), fue recibido con expectación y aplauso.

Consecuente con este propósito, el Ministerio de Justicia designó el 25 de abril de 1978 una Ponencia especial para la redacción de un Anteproyecto de Código penal que, de acuerdo con uno de sus miembros (6), “llevó a cabo su trabajo con gran rapidez” —con excesiva rapidez para una obra tan importante—, como lo prueba el hecho de que el 31 de diciembre del mismo año ya había terminado definitivamente la Parte General y dado fin al primer Borrador de la Par-

---

(5) Lavilla Alsina, Landelino: *Discurso de Clausura del Primer Coloquio Regional Español de la Association Internationale de Droit Pénal*, en “Revue Internationale de Droit Pénal”, 1978, nº 1, p. LI.

(6) Gimbernat Ordeig, Enrique: *Introducción a la Parte General del Derecho Español*, Madrid, 1979, p. 22.

te Especial, que pocas semanas más tarde quedaba ultimada.

Superado el trámite del informe de la Sección 4<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación (7), el Anteproyecto en su paso a Proyecto ha sufrido alteraciones debidas a personas cuyos nombres y cualificaciones no se han dado a conocer.

El resultado es un conjunto de 686 artículos, más una disposición derogatoria, siete transitorias y una final. Número llamativamente elevado si se le compara con el que presentan otros Códigos europeos modernos y en oposición a una de las aspiraciones máximas del Derecho Penal contemporáneo a una reducción radical de las figuras delictivas: proceso denominado de descriminalización (8). En su favor puede, no obstante, alegarse que el aumento se debe, en parte, a haber acogido preceptos de leyes penales especiales derogadas.

De estos 686 artículos, 24 (integrantes del título VI del libro I) se ocupan de las medidas de seguridad, que por segunda vez, la primera acaeció en 1928 (9), aparecen con este nombre en un Código español. Y si respecto al denominado "Código gubernativo" las medidas de seguridad constituyéron, según Antón Oneca, su mayor innovación (10), respecto del título

---

(7) Trámite al que, a pesar de haberse de forma reiterada solicitado, el Presidente de la Sección 4<sup>a</sup>, Sr. Díaz Palos, no sometió, incomprensiblemente, a la Ponencia Especial sobre la Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

(8) Cfr., entre otros, el excelente volumen *The decriminalization. La décriminalisation*, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milán, 1975.

(9) El capítulo III, del título III, del libro I, se intitulaba "De las medidas de seguridad y sus clases".

(10) Antón Oneca, José: *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, p. 66. Vide también Barbero Santos: *Política y Derecho Penal en España*, 1977, cit., pp. 53 y ss.

VI del libro I del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal puede asimismo asegurarse que representa una de sus dos o tres novedades de mayor trascendencia (11).

Antes de analizarlas parece oportuno informar acerca de la gestación del citado título.

Pocos días después de nombrada la Ponencia especial para la elaboración de un Anteproyecto de Código penal, el Ministerio de Justicia designaba, el 12 de mayo de 1978, una segunda Ponencia especial para la Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social (12), la cual debía presentar, antes del 12 de junio siguiente, un esquema o líneas generales del trabajo encomendado.

En este esquema ya se manifestó, entre otros puntos, lo siguiente:

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (LPRS) reguladora, de acuerdo con su denominación, de la peligrosidad social —al igual que su antecedente inmediato, la ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agos-

---

(11) Por regular la peligrosidad post-delictual y sus consecuencias, las medidas de seguridad. Y asimismo sus relaciones con las penas. Se ha partido, pues, del sistema de la doble vía. Y ello, porque con independencia del problema metafísico de la libertad del hombre, existe una razón práctica. La conveniencia, de acuerdo con los datos de la experiencia, de tratar a la generalidad de los sujetos como si fuesen libres y, a otros, como si fuesen causalmente determinados. Véase Pagliaro, Antonio: *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, en "Riv. it. di diritto e procedura penale", 1979, pp. 1202 y ss. Barbero Santos: *La reforma penal española en la transición a la democracia*, en "Revue Intern. de Droit Penal", 1978, pp. 60 y ss.

(12) Estaba formada por el Magistrado Dr. José M<sup>a</sup> Morenilla Rodríguez y por el Catedrático de Derecho Penal Dr. Marino Barbero Santos, con el carácter, el último, de Ponente General. El texto íntegro de la Ponencia se ha publicado en Argentina: Barbero Santos - Morenilla Rodríguez: *La ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: su reforma*, en "Doctrina Penal", Buenos Aires, 1979, pp. 217 y ss.

to de 1933—, no limita su aplicación a una pragmática defensa de la sociedad, sino que tiene el ambicioso propósito de servir con los medios más eficaces a la plena reintegración de los hombres y de las mujeres que, voluntariamente o no, hubieran podido quedar marginados de una vida ordenada y normal, según la propia Exposición de Motivos.

Para el cumplimiento de estos fines se previó la creación de establecimientos especiales y la dotación de personal idóneo que, no obstante la intención de los legisladores, no llegaron a tener realidad. La inexistencia de los primeros tuvo que ser suplida con unos centros especialmente destinados al cumplimiento de medidas o con otros, penitenciarios, habilitados para esa finalidad, dependientes ambos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con el resultado de que, en la práctica, las medidas de seguridad y rehabilitación social se ejecutan de manera análoga, cuando no idéntica, a las penas. Esta situación resulta aún más deplorable en los casos, muy numerosos, de supuestos legales de estado peligroso tipificados como delictivos en la legislación penal, porque entonces los sujetos son doblemente enjuiciados y asimismo doblemente sancionados con penas y con medidas de seguridad, de naturaleza y finalidad distinta, pero que se cumplen de la misma manera. La carencia de personal idóneo ni siquiera defectuosamente pudo ser suplida: el servicio de Libertad Vigilada o la Policía, v.gr., a quienes en la práctica se ha acudido, poco tienen que ver con los Delegados del Juez en su día previstos.

Desde otra perspectiva, la LPRS ha tenido desde sus orígenes la enemiga de quienes no comparten —no compartimos— el criterio legal de imponer unas medidas de seguridad privativas o restrictivas de derechos individuales basadas en la peligrosidad social de quie-

nes no han llegado a cometer hechos tipificados como delictivos (13). Esta orientación legislativa española constituye una excepción en el Derecho comparado y, por la inexistencia de medios resocializadores, significa en realidad una punición de conductas “pre-delictivas”.

Las estadísticas relativas a la peligrosidad social muestran una aplicación de medidas de seguridad de incidencia escasa, si no en términos absolutos, sí en comparación con la gran amplitud de supuestos legales de estado peligroso. Por otro lado, las mismas estadísticas muestran un aumento de la conflictividad social en áreas cubiertas por la LPRS, especialmente respecto de conductas socialmente desviadas caracterizadas por su agresividad y gratuidad, o por su tendencia a la autodestrucción por el uso ilegítimo de sustancias estupefacientes o el abuso del alcohol. Ambos indicadores revelan, de una parte, la discordancia de la LPRS con la realidad sociológica y, por otra, su ineficacia como medio jurídico de prevención del delito o de política criminal.

Se manifestaba, por último, que las anteriores consideraciones evidenciaban la necesidad de plantearse el problema de la subsistencia de la Ley. Y que de los tres caminos posibles: su reforma; su derogación pura y simple, y su posible desaparición en el marco de la gran reforma en preparación del entero sistema punitivo español, la Ponencia, en un primer análisis, estimaba más satisfactoria la vía de resolver los problemas que plantea la peligrosidad en el ámbito de la reforma penal y de la protección social. Ya que entendíamos que en el Código penal había de

---

(13) Barbero Santos, Marino: *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán*, en “Estudios de Criminología y Derecho Penal”, Valladolid, 1972, p. 56.

darse regulación apropiada tanto a supuestos, hoy de peligrosidad predelictual, que se estime necesario mantener —transformados en delitos— para la tutela de los valores sociales antes mencionados, como a los de peligrosidad postdelictual. Asimismo el Código había de dar acogida a medidas previstas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que puedan servir, en un plano absolutamente prioritario, a fines de socialización (14). La peligrosidad criminal exige un tratamiento armónico con la culpabilidad: al igual que lo exigen sus consecuencias respectivas: las medidas de seguridad y las penas. La materia de la peligrosidad —angular en el Derecho penal contemporáneo, por constituir el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad—, ha de integrarse en el Código penal. Como consecuencia de lo cual se abogaba porque el laborar futuro de la Ponencia especial sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social se desarrollase en estrecha relación con la encargada de preparar el Anteproyecto de Código penal. Sugerencia que fue aceptada.

Con fecha 3 de agosto de 1978 la Ponencia encargada de redactar el Anteproyecto de Código Penal remitió a la Sección 4<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación el Borrador del Libro I (15), de la que el Dr. Morenilla y quien les habla dispusimos en la segunda quincena de septiembre, al retorno, en lo que a mí afecta, de una estada en Alemania y Holanda con el fin, precisamente, de preparar nuestra Ponencia (16).

(14) Por socialización entendíamos no otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar.

(15) El título VI, del Libro I del citado Borrador se publica en Addenda n<sup>o</sup> 1 de esta Relación.

(16) Entre quienes me facilitaron la tarea, deseo citar expresamente, y agradecer su colaboración, a los profesores Dr. Hirsch, Dra. Kaufmann y Dr. Oehler. A los Drs. Sturm y von Buelow, letrados del Ministerio

Los redactores del Borrador de Código Penal sabían que la Ponencia Especial sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social iba a presentar en su día un texto articulado del título VI del libro I. Quizá por ello no aspiraron al “perfeccionismo” en la versión que de este título, transmitieron el citado día 3 de agosto.

En tal versión, dividida tan sólo en dos capítulos, no se establecía, por ejemplo, que presupuesto de la medida de seguridad es la determinación del estado peligroso del sujeto del delito. Ni que esta determinación debe hacerla, precisamente, el órgano judicial que conoce del delito enjuiciado. Ni se acogía el fundamental postulado de la proporcionalidad de la medida con la gravedad tanto del hecho cometido como del que se teme que el sujeto pueda cometer. Ni se mencionaban, entre las medidas, el centro de deshabitación, el especial para deficientes mentales, la custodia familiar, la asistencia vigilada por delegados del juez de vigilancia, o la privación del derecho a portar armas.

Tampoco se establecía de forma circunstanciada las eventuales medidas a imponer a cada supuesto de estado peligroso. Ni se facultaba al órgano judicial a imponer todas, algunas o alguna de las medidas de seguridad previstas para cada supuesto. Ni se hacía mención de la medida cautelar de internamiento o de tratamiento ambulatorio del sujeto sometido a proceso penal por delito. Ni se regulaban los efectos del quebrantamiento de una medida de seguridad, etc. Tampoco se estructuraba, y esta era una de las omisiones más graves, el sistema vicarial, es decir, las posibilidades de sustituir las penas y las medidas, y los efectos de esta sustitución, ya que el Borrador partía

---

Federal de Justicia y a los Dres. Rotthaus y Sra. Rosenberg, Directores, respectivamente, del Justizvollzugsanstalt de Geselkirchen y de la Vande-Hoeven-Klinik de Utrecht.

de un sistema dualista rígido. Todo lo cual con mayor o menor fortuna ha sido acogido por el Proyecto.

El Borrador preveía, por el contrario, medidas de seguridad para el supuesto de tentativa inidónea que, por serlo, evidencia la torpeza y, por tanto, la escasa peligrosidad del autor. Consideraba circunstancia agravante la habitualidad y la profesionalidad, que por constituir supuestos de estado peligroso daban lugar al mismo tiempo a la imposición de medidas de seguridad. Incluía entre las medidas de seguridad la pérdida de la nacionalidad española y la incautación a favor del Estado del dinero, efectos o instrumentos del delito, que puede ser una pena o una medida accesorias, pero no una medida de seguridad, etc. Todo lo cual ha desaparecido del Proyecto.

Al haber aceptado la Ponencia para la redacción de un Anteproyecto de Código penal todas estas sugerencias, es lógico que los inspiradores de ellas juzguemos que el Proyecto ha mejorado de forma notable respecto del Borrador, salvo mejor opinión contraria.

Existe algún punto todavía en que la regulación del Proyecto no parece por entero satisfactoria. Me limitaré a mencionar los principales.

Por el grave contenido aflictivo de la medida de seguridad constituye una exigencia de seguridad jurídica la imposición al juzgador de la obligación de declarar en la sentencia la peligrosidad del sujeto del delito, incluyéndola en alguno de los supuestos de estado peligroso legalmente previstos.

Al Proyecto, sin embargo, le basta una simple resolución del tribunal para poder imponer una medida de seguridad; prescinde de enumerar los factores configuradores de la peligrosidad; confunde —o, al menos, parece confundir— el hecho delictivo con el estado peligroso al referirse a “un hecho previsto como

delito, cuya comisión revele la peligrosidad criminal del autor”); se satisface con la mera probabilidad de que el sujeto cometa nuevos hechos delictivos, sin exigir que esta probabilidad sea relevante, y no ha estimado necesario el consentimiento del sujeto para la imposición de ciertas medidas de seguridad.

El Proyecto ha acogido el importante principio de la proporcionalidad, por entero novedoso en el Derecho vigente, por lo que merece plácemes. Pero no ha aceptado otro principio no menos importante y asimismo desconocido en nuestro derecho, también sugerido por la Ponencia especial sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, y que deriva de aquel: el de la intervención mínima indispensable para prevenir la comisión de infracciones penales (17). Ambos son reflejo de los postulados fundamentales del Estado social y democrático de Derecho. Y no se alcanzan las razones que hayan llevado a la exclusión del último.

El Proyecto no sólo ha rebajado la mayoría de edad penal a quince años (18), sino que, perdida la ecuanimidad ante el fantasma de la “delincuencia” infantil, es decir, de la delincuencia de niños de 14 o menos años, ha estructurado un engendro jurídico. Prescindo de los errores sintácticos del precepto, para detenerme en la cuestión de fondo. El artículo 149 viola de forma flagrante los principios sobre los que, según el propio Proyecto, se basa el derecho de medidas. De acuerdo con el artículo 131 sólo se podrán imponer medidas de seguridad a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revele la peligrosidad criminal del autor. Pues bien,

---

(17) Jescheck: *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, Berlin, 1978 (3<sup>a</sup> ed.), p. 651.

(18) Lo que preocupa seriamente dentro y fuera del país. Muy en particular, según me manifiesta su Secretario General, Dr. Cannat, este hecho inquieta a la *Association Mondiales des Amis de l'Enfance*.

respecto de los menores de 15 años basta para imponerles una medida de seguridad, que puede durar 10 años, que su rebeldía (!) los haga incompatibles con el tratamiento asignado a los mismos por los Tribunales (¿de Menores?). O, con otras palabras, que precisamente respecto de los niños el presupuesto de la imposición de una muy grave medida de seguridad no es la peligrosidad, sino la rebeldía. Término ambiguo que el legislador no explica en qué consiste.

No es ésta, empero, la única ocasión en que el Proyecto viola los principios de los que proclama partir. Esto ocurre múltiples veces. Mencionaremos otra, importante, que afecta al objeto de nuestra exposición.

De acuerdo con la Memoria Explicativa el fundamento de las medidas de seguridad “es la peligrosidad postdelictual y es este único enlace con la infracción penal el que hace que tales medidas se incluyan en el Código Penal”. A mayor abundamiento el artículo 133 del Proyecto establece taxativamente —como ya dos veces hemos recordado—, que “Las medidas de seguridad guardarán proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer”.

Sobre este supuesto no deja de resultar sorprendente que en la propia Memoria Explicativa se manifieste que, en relación a las medidas de seguridad, tal vez la mayor novedad sean las tres medidas que se dedican a Asociaciones y Sociedades, que van desde su disolución, hasta la prohibición de determinadas operaciones, pasando por la suspensión de actividades. Y utilizamos el calificativo de sorprendente porque ninguna duda cabe que las Asociaciones y Sociedades, es decir, las personas jurídicas, son sujetos incapaces de cometer hechos delictivos, y, en consecuencia, de ser criminalmente peligrosos.

Si, como se reitera en la Exposición de Motivos, “el juicio de peligrosidad sólo deberá incidir sobre sujetos que hayan demostrado ya su energía criminal mediante la comisión de un hecho previsto por la ley como delito”, y el objeto de ese juicio debe ser precisamente la peligrosidad criminal (probabilidad de cometer en el futuro un nuevo hecho previsto por la ley como delito), resulta evidente que se trata de un concepto no aplicable a las personas jurídicas, y que, en consecuencia, no puede imponerse a éstas medidas de seguridad de carácter penal, cuyo presupuesto —y volvemos a citar literalmente a la Exposición de Motivos— es “la peligrosidad criminal del autor del hecho” (19).

Si se desea, pues, que el futuro Código constituya un cuerpo armónico y se mantenga fiel a los principios de los que proclama partir, ha de luchar contra la “peligrosidad” de las personas jurídicas —gravísima en muchos casos— como han evidenciado, v.gr., respecto de las multinacionales, recientes investigaciones de los profesores Tiedemann (Alemania), Delmas-Marty (Francia), Pedrazzi (Italia) (20), etc., con

---

(19) Y autor del hecho, una vez que se admite el principio *societas delinquere non potest*, no puede ser en absoluto la persona jurídica. En este sentido se ha manifestado Bajo Fernández (*Derecho Penal Económico*, Madrid, 1978, pp. 108 y ss.), con observaciones críticas de un estudio mío de antigua data, mi primera publicación *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?* (“Rev. de Derecho Mercantil”, 1957, pp. 285 y ss.). Bajo reconoce, empero, que la máxima *societas delinquere non potest* no entraña el reconocimiento de un valor ontológico, sino simplemente de un valor político-criminal, que refuerza determinados principios fundamentales (ob. cit., p. 124). Precisamente una exigencia de este carácter, sustraer de la competencia de las autoridades administrativas —tan inclinadas a la arbitrariedad en la fase autoritaria pasada—, la facultad de imponer sanciones de grave contenido penal a las personas jurídicas, fue lo que me inclinó a reconocer a éstas una responsabilidad penal *sui generis*. Y así lo manifesté expresamente (Barbero Santos, ob. ult. cit., p. 329).

(20) Delmas-Marty, Mireille - Tiedemann, Klaus: *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*, en “La semaine juridique”, Juris

medidas de carácter civil o administrativo, no con medidas penales. Otra cosa fuere si se partiera de postulados diversos, como ocurre en los Derechos anglosajones (21) o en las legislaciones que, en esta materia, se inspiran en ellos, v.gr., la japonesa. Sin desconocer que en varios países europeos se reconoce ya la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Holanda: Ley de 1950 sobre infracciones económicas y artículo 51 del Código penal, modificado por ley de 23 de junio de 1976; Yugoslavia: Ley de 1960 sobre infracciones económicas), y en otros, Finlandia, Noruega, Polonia, Francia (22), Colombia (23), se preparan reformas en este sentido. En Alemania, el problema se resuelve por la vía del denominado Derecho penal ad-

---

Classeur Périodique, n° 1, 4 enero 1979, ref. 12900, en particular, pp. 7 y ss. Hopt: *Recht und Geschäftsmoral multinationaler Unternehmen*, en "Festschrift der Tübinger Juristenfakultät", 1977, pp. 279 y ss.

(21) Barbero Santos, Marino: *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?* en "Rev. Española de Derecho Mercantil" 1957, pp. 304 y ss. Leigh: *The Criminal Liability of Corporations*. Londres, 1969.

(22) El *Avant-Projet* definitivo de Código penal (1978) prevé en el artículo 37, la responsabilidad penal de grupos cuya actividad sea de naturaleza comercial, industrial o financiera. No exige, pues, respecto a esta clase de grupos, ni siquiera el requisito de que gocen de "personalité morale".

(23) El art. 360 del Proyecto de Código penal de 1978 tiene este tenor: "*Penas aplicables a las personas jurídicas.*— Cuando un representante, directivo, administrador o dependiente de una persona jurídica de derecho privado, cometa alguno de los delitos previstos en este Título y en los capítulos segundo y tercero del Título V, con los medios que para tal objeto la misma entidad le proporcione, de modo que se entienda cometido a nombre o en beneficio de ella, las penas accesorias previstas en el artículo 358 se impondrán a la persona jurídica la cual, además, será condenada solidariamente al pago de la multa señalada para el delito y a la indemnización a que hubiere lugar, sin perjuicio de la pena que corresponda al autor o partícipe de éste". Para su análisis remitimos a Saavedra Rojas, Edgar: *La responsabilidad de las personas jurídicas en el Proyecto del Código Penal 1978*, en "Revista del Colegio de Abogados del Valle del Cauca", 1979, I, pp. 9 y ss.

ministrativo, admitiendo el artículo 30 de la Ley de Contravenciones al Orden (*Ordnungswidrigkeitengesetz*), en vigor desde el 1º de octubre de 1968, la imposición de multas (*Geldbussen*) incluso a grupos carentes de personalidad jurídica cuyos órganos hayan cometido un delito o una contravención al orden (24).

Las medidas civiles o administrativas aplicables a las personas jurídicas en el ejercicio de cuya actividad se hubiese cometido el delito, o en otros supuestos a determinar, pueden regularse en el Código penal y su imposición confiarse al juez de este carácter. Al igual que acaece, v.gr., con la responsabilidad civil derivada de delito. Sólo de esta forma se es consecuente con los principios.

Nada habría que objetar desde el plano de la lógica interna si el Proyecto partiese de otros presupuestos (25). Pero no es así (26).

---

(24) Cfr. por todos Göhler, Erich: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen*, en "Beihft zur ZStW", 1978, pp. 100 y ss.

(25) Não se deve omitir —escriben Pedrazzi y Da Costa jr.—, que a tentação de deixar de lado o tradicional principio *societas delinquere non potest* faz-se sentir, com vigor especial, no campo do direito penal económico (...) principio que os ordenamentos anglo-saxões, com seu pragmatismo característico, adotaram de há muito (*Direito penal das sociedades anónimas*, Sao Paulo, 1973, p. 27). Véase también Muñoz Conde: *La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles*, en "Rev. Inter. de Droit Pénal", 1978, p. 228. Respecto a Argentina, donde la ley 19.359, art. 2º prescribe que "en el caso de las personas jurídicas, las sanciones de multa... serán impuestas en forma solidaria a la entidad ideal y a sus directores, administradores y gerentes", remitimos al comentario de un conocido fallo de la Corte Suprema de Spolansky: *Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario (El caso del banco Santander)* en "La Ley", 13 octubre 1978.

(26) De imprescindible consulta para conocer el pensamiento actual sobre el tema: Actas de la Conferencia Internacional de Derecho Comu-

Otras cuestiones tampoco se regulan, a nuestro juicio, de manera satisfactoria. Apuntaremos alguna: el mantenimiento del término “enajenado”; la previsión específica de la sordomudez; la regulación, en el artículo 90, de una sanción *sui generis* de destierro, que no es pena: puesto que, según el artículo 36, las únicas penas que se pueden imponer con arreglo al Código son privativas de libertad, privativas de derechos y multa; ni tampoco es medida de seguridad, por el doble motivo de que no se regula en el título VI, y porque su presupuesto no es el peligro que el delincuente represente, sino el “peligro que la presencia del delincuente suponga”; la no acogida del centro de terapéutica social, que se sabe en qué consiste (27), y la admisión, en cambio, del centro de rehabilitación social, que no se sabe qué es, y en el que descontarán medidas, de acuerdo con el artículo 135, tanto delincuentes jóvenes, como habituales o profesionales; la excesiva duración de más de una medida que, en algún supuesto, puede ser perpetua, sin que se vea la razón, por lo demás, de que esto pueda ocurrir respecto a la privación del derecho a conducir y no, por ejemplo, respecto a la del derecho a portar armas; la no previsión de que el órgano judicial examine el desarrollo de la ejecución de las medidas de seguridad a petición fundada del sometido a ella o del letrado que le asista, y, en todo caso, en plazos inferiores a los previstos, etc.

---

nitario sobre “La responsabilità penale delle persone giuridiche”, celebrada en Messina del 30 de abril al 5 de mayo de 1979 (en prensa).

(27) Entre la rica bibliografía, seleccionamos: Sozialtherapeutische Antalten –Konzepte und Erfahrungen– Ein Bericht des Fachausschusses V “Sozialtherapeutische Austalt” des Bundeszusammenschluss für Straffälligenhilfe, Bonn-Bad Godesberg, 1977. Hilde Kaufmann: *Strafvollzug und Sozialtherapie*. Kriminologie III, Stuttgart-Berlin, Colonia, Maguncia, 1977. Hay versión castellana de Bustos *Ejecución penal y terapia social*, Buenos Aires, 1979.

La Ponencia Especial sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social juzgó, por último, que de los estados peligrosos que esta ley contiene, no previstos asimismo en el Código penal, tan solo cuatro parecía oportuno que pasaran al Proyecto. Las innovaciones más importantes al respecto fueron: la impunidad de la posesión de drogas para el propio uso y el de dar un tratamiento análogo a los actos homosexuales no consentidos, o realizados con menores, que a los heterosexuales, como modalidades de delitos contra la libertad sexual. Sugerencias ambas que han pasado al Proyecto. No así las otras dos que, en todo caso, eran de inferior trascendencia (28).

Al derogarse, como propusimos, la vigente ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, al aprobarse el nuevo Código Penal, carecerán de tratamiento jurídico una serie de conductas socialmente desviadas caracterizadas por su agresividad o gratuidad, o por su tendencia a la autodestrucción, en el camino muchas de ellas de la delincuencia. Para regularlas se necesita una Ley de Protección Social. Ahora bien, la promulgación de una Ley de Protección Social sólo encuentra justificación desde el plano jurídico y socio-moral si previamente a su entrada en vigor se ha creado la infraestructura en establecimientos y personal que demanda el cumplimiento de sus fines. La experiencia muestra que incluso leyes que nacieron con las aspiraciones más elevadas y que se basaron en los postulados científicos más avanzados se convirtieron por inexistencia de esta infraestructura en una normativa inaplicada (como la Ley de Estupefacientes de 1967, respecto del tratamiento de toxicómanos), o en auténticas leyes represivas, como la de Vagos y Maleantes o la de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Una

---

(28) Véase en Addenda nº 2 el texto de la Ponencia sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social sobre estos puntos.

ley de Protección Social sin establecimientos adecuados y sin personal idóneo constituye un fraude a la colectividad, que desprestigia al Estado. Presupuesto para que esas instituciones cumplan la finalidad protectora que se pretende es: su pluralidad, su diversificación y su racional distribución geográfica para conseguir la proximidad de la persona protegida a su entorno socio-familiar. Asimismo, el cumplimiento de la finalidad protectora de la ley exige la creación de cuerpos especializados de asistencia y orientación formados por individuos que posean, junto a otras cualidades, alta capacidad técnica, dadas las dificultades que plantea la recuperación de asociales (29).

Ha de manifestarse, por último, que el hecho de que se trate de una Ley de Protección Social no significa que pueda prever medidas privativas de libertad o de derechos sin la concurrencia de las debidas garantías procesales (*without due process of law*) (30).

Permítanme, para terminar, reproducir las palabras de Lardizábal con las que inicié mi exposición.

Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y, en gran parte, la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal.

Al final de cuatro intensas sesiones de trabajo, estoy seguro que los que hemos tenido la fortuna de participar en un Coloquio que para nuestro desconuelo llega a su final tenemos más clara conciencia de cuán difícil es lograr una legislación penal buena.

---

(29) Barbero Santos - Morenilla Rodríguez: *La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: su reforma*, en "Doctrina Penal", 1979, pp. 217 y ss.

(30) Barbero Santos: *Delincuencia juvenil: Tratamiento*, en "Delincuencia Juvenil", Universidad de Santiago de Compostela, 1973, p. 173.

Para conseguir una empresa tan árdua como sublime —y continuo la cita de Lardizábal— es necesario un penoso y prolixo estudio de la filosofía, de la moral, de la política: un conocimiento exacto de la justicia esencial y primitiva escrita en el Código de la naturaleza, fuente y origen de toda legislación: una ciencia cabal de las relaciones e intereses mutuos que debe haber entre la sociedad y sus individuos, y sobre todo un profundo estudio y conocimiento del corazón del hombre, el mayor enigma y mas difícil de descifrar que hay en toda la naturaleza (31).

¡Lástima que la Ponencia Especial para redactar el Anteproyecto de Código Penal no se integrase por un número mayor de especialistas, hubiera podido trabajar sin tanta precipitación, su laborar hubiese estado precedido de la imprescindible investigación acerca de la viabilidad de sus innovaciones, de acuerdo con datos sociológicos (ciencia cabal de las relaciones e intereses mutuos que debe haber entre la sociedad y sus individuos), y antropológicos (el mayor enigma y más difícil de descifrar que hay en la naturaleza)! (32).

¡Lástima también que por inexplicable decisión ministerial no se diera publicidad al Anteproyecto a partir del momento de su entrega al Ministerio de

---

(31) Lardizábal, ob. cit., prólogo.

(32) Estas exigencias habían sido reiteradamente solicitadas por la doctrina. Véase por todos Barbero Santos: *La reforma penal española en la transición a la democracia*, en "Rev. Inter. de Droit Pénal", 1978, p. 59. Y así lo había reconocido *expressis verbis* el propio ministro de Justicia en la Conferencia de Clausura en Plasencia, el 22 de octubre de 1977, del 1º Coloquio Regional Español de la AIDP: "Una revisión global y en profundidad del Código penal español (...) requiere una previa labor de estudio necesariamente compleja que exigirá la colaboración de todos los estamentos interesados en la aplicación de la justicia penal y una amplia tarea de los expertos en la ciencia de los delitos y las penas (cfr. "Rev. Internacional de Droit Pénal", 1978, p. LI).

Justicia! Una ocasión excepcional irreparablemente perdida (33).

Es indudable que el Coloquio que hoy se clausura hubiese sido más fructífero —desde el plano político-criminal—, si se hubiese celebrado durante el amplio período que transcurre entre la presentación del Anteproyecto al Ministerio de Justicia y el de su traslado, como Proyecto, a las Cortes: porque hubiese permitido acoger en él no pocas de las observaciones aquí expuestas. Cabe, empero, todavía la esperanza de que, en la discusión parlamentaria que se avecina, nuestros representantes en las Cortes se harán eco de las preocupaciones de los profesores de la disciplina por un Código penal mejor.

#### ADDENDA 1

*BORRADOR DE ANTEPROYECTO DEL TITULO VI DEL LIBRO I  
REDACTADO POR LA PONENCIA ESPECIAL PARA LA ELABORACION DE UN ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL*

#### TITULO VI

#### *De las medidas de seguridad*

#### CAPITULO I

#### *De las medidas de seguridad en general*

*Art. 126.*— Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen legalmente establecidas y fuera de los casos expresamente señalados por las Leyes.

---

(33) Sobre la importancia de la información legislativa de la colectividad, antes del nacimiento de las leyes, remitimos a Ruiz Vadiño: *Hacia una reforma en profundidad del ordenamiento jurídico*, en "Rev. General de Derecho", 1979-80, pp. 8 y ss. de la separata).

No podrá imponerse medida de seguridad alguna sino en virtud de sentencia de Tribunal competente, y su ejecución no podrá efectuarse en forma distinta a la prevenida por las Leyes y los Reglamentos.

*Art. 127.*— Las medidas de seguridad se rigen por la Ley vigente en el momento de su aplicación o, en su caso, de su ejecución.

*Art. 128.*— El Tribunal podrá, mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, sustituir una medida de seguridad durante su ejecución por otra que estimare más adecuada, entre las previstas por las Leyes para el estado peligroso de que se trate.

*Art. 129.*— Son medidas de seguridad:

1) El internamiento en centros especiales hospitalarios y psiquiátricos hasta la curación del sujeto.

2) Sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados, igualmente hasta la curación.

3) El internamiento, por un máximo de quince años, en centros especiales de rehabilitación social.

4) Obligación de residir en un lugar determinado por tiempo no superior a cinco años.

5) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe por un tiempo máximo de cinco años. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

6) Prohibición de concurrir a determinados lugares o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de consumo de estupefacientes y drogas tóxicas por tiempo no superior a cinco años.

7) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo por tiempo no superior a quince años. Al sujeto que, a través de su reincidencia, haya revelado su incorregible peligrosidad podrá aplicársele esta medida con carácter definitivo.

8) Sumisión a la vigilancia de la Autoridad por tiempo máximo de cinco años.

9) Caución de conducta.

10) Pérdida de la nacionalidad española. Esta medida sólo será aplicable a los extranjeros naturalizados.

11) Expulsión del territorio nacional donde se trate de extranjeros. El sujeto sometido a esta medida no podrá volver a entrar en España sin previa autorización del Tribunal.

12) Incautación en favor del Estado del dinero, efectos o instrumentos que procedan.

13) Clausura de establecimientos de un mes a un año.

14) Disolución de asociaciones o sociedades.

15) Suspensión de las actividades de dichas asociaciones o sociedades.

16) Prohibición de realizar determinadas actividades, operaciones o negocios a tales entes.

*Art. 130.*— Las medidas de seguridad prescribirán:

1) A los diez años, si se tratare de internamiento en centros de rehabilitación social para delincuentes habituales o profesionales.

2) A los cinco años, si se tratare de internamiento en centros de rehabilitación social para jóvenes delincuentes, o en centros especiales hospitalarios y psiquiátricos.

3) A los tres años, si se tratare de cualquier otra medida.

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que quedó firme la resolución en que se impuso la correspondiente medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse la que se trate, o desde aquel en que se hubiere interrumpido irregularmente su ejecución.

Si la medida de seguridad fuere en su cumplimiento posterior al de una pena, se computará el plazo desde la extinción de tal condena.

En todo caso, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo quedan interrumpidos si el sujeto cometiere un nuevo delito.

## CAPITULO II

### *De la aplicación de las medidas de seguridad*

*Art. 131.*— Las medidas de seguridad previstas en este Código no se podrán imponer sino a quienes hayan cometido un hecho previsto por las Leyes como infracción penal.

No obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad expresamente previstas para ellas, las asociaciones o sociedades a causa de los delitos que sus directivos o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes.

*Art. 132.*— En los casos de imposibilidad de producción de un delito a que se refiere el párrafo segundo del artículo 23, podrá sustituirse la pena correspondiente a la tentativa por el internamiento en un centro especial de rehabilitación social o por la sumisión a la vigilancia de la Autoridad. La duración de estas medidas no podrá sobrepasar el límite de la pena que procedería imponer al delito consumado.

*Art. 133.*— Cuando un enajenado hubiere cometido un hecho previsto por la Ley como infracción penal y fuere declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número primero del artículo 24, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos especiales de carácter psiquiátrico, del cual no podrá salir sin autorización del Tribunal, previa propuesta del Juez de Vigilancia.

Art. 134.— Los alcohólicos o toxicómanos que hubieren cometido un hecho legalmente previsto como infracción penal y fueren declarados igualmente exentos, serán internados en establecimientos adecuados, con los mismos requisitos establecidos en el artículo anterior.

*Art. 135.*— En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar de menores, que haya de intervenir a tenor del número 3º del artículo 24, declinare su competencia respecto a un mayor de quince años por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la autoridad gubernativa para que éste adopte las medidas que la legislación autorice. Del mismo modo procederá con los menores de quince años cuando su peligrosidad los haga incompatibles con el tratamiento asignado a los mismos por dichos Tribunales.

*Art. 136.*— Cuando el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción haya cometido un hecho que la Ley sanciona como delito y fuere declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número cuarto del artículo 24, será ingresado en un establecimiento de educación de anormales.

*Art. 137.*— En el caso de enfermedad mental comprendida en la circunstancia 1ª del artículo 25, se impondrá, como complemento de la pena o en lugar de ella, el internamiento en establecimiento psiquiátrico, del que no podrá salir el sujeto sino con los requisitos señalados para el enajenado en el artículo 133.

También se podrá imponer, como complemento de la pena o del internamiento en su caso, la sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados hasta la curación.

*Art. 138.*— Al que se le apreciare la atenuante 2ª del artículo 25 podrá imponérsele además de la pena correspondiente al delito cometido, la prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de concurrir a lugares en que presumiblemente se consuman o expendan estupefacientes o drogas tóxicas, por el tiempo que el Tribunal estime adecuado.

*Art. 139.*— Al mayor de 15 años y menor de 21 que cometiere un delito podrá el Tribunal sustituirle la pena correspondiente por el internamiento en un centro de rehabilitación social de jóvenes delincuentes por tiempo indeterminado, hasta conseguir su corrección, sin que en ningún caso el internamiento pueda exceder del tiempo de la pena señalada al delito.

*Art. 140.*— A los delincuentes habituales se les impondrá, además de la pena correspondiente al delito cometido, el internamiento en un centro de rehabilitación social de los previstos para tales delincuentes, por el plazo que señale el Tribunal, sin que pueda exceder de 10 años, o bien prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe por el tiempo que el propio Tribunal determine.

#### ADDENDA 2

#### CONCLUSIONES DE LA PONENCIA ENCARGADA DE LA REFORMA DE LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

Esta ponencia estima que la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social debe ser derogada. La mayor

parte de los estados peligrosos que regula están previstos en el Código Penal, por lo que no quedan sin sanción. Respecto de los “estados” en que esto no ocurre, estiman las ponentes que parte de ellos no deben pasar o constituir en el futuro conductas delictivas. Es cierto que algunos son ético-socialmente reprochables v.gr., el ejercicio de la prostitución o el uso de drogas, pero por ese solo hecho no pueden ser castigados penalmente. El derecho penal ha de intervenir cuando el acto contra la ética colectiva suponga una lesión o puesta en peligro para bienes o intereses que afecten a la ordenanza convivencia social. No en otro caso. Y esa lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos no se da en los supuestos citados, aunque sí en otros con ellos relacionados. La utilización de la pena para conseguir, v.gr., la curación de todos los drogadictos excede las posibilidades del Estado. También excede la función del derecho penal evitar los comportamientos perjudiciales para la propia persona que los realiza: y para mostrarlo basta el ejemplo de los alcohólicos. Ha de tenerse, asimismo, en cuenta que los costos sociales de tratar de impedir penalmente el ejercicio de la prostitución o el uso de drogas pueden ser más elevados que si se utilizan otros medios, v.gr., servicios sociales de asistencia. La creación de subculturas, siempre antisociales y en la generalidad de los casos criminógenas, es otro efecto negativo de la punición de estas conductas. O el “etiquetamiento” de los menores drogadictos. El no castigo de la posesión en cantidades mínimas de drogas destinadas al propio consumo no significa, por lo demás, innovación alguna: recoge la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el concepto de “tenencia” de drogas.

En otras ocasiones, la ausencia de punición futura se basa sobre todo en la comprobación de que su cas-

tigo afectaría a una clase social, y no a todas, precisamente a la de los no poseedores de “bienes o rentas”, como establecía el Código Penal de 1848 respecto de la vagancia. Sin olvidar que no pocas conductas calificadas de vagancia son debidas a causas sociales o psíquicas. Unas y otras ajenas al control del sujeto.

En un tercer grupo de casos, v.gr., el que incluye a menores de 21 años (en el futuro de 18) abandonados por la familia y moralmente pervertidos, enfermos mentales abandonados, etc., más que penas parecen adecuadas medidas tutelares.

Existe, empero, otro grupo de supuestos respecto de los cuales esta ponencia especial estima que deben pasar al Código Penal convertidos en delitos. Son los siguientes:

—“El que, con la finalidad de obtener un beneficio económico, provoque en lugares públicos a la realización de actos sexuales a personas del mismo o distinto sexo”.

Circunstancia agravante: efectuarlo en la proximidad de escuelas o centros a los que acuden menores.

—Los actos homosexuales no consentidos, o realizados con menores, deben tener análogo tratamiento a los heterosexuales, como modalidad de delitos contra la libertad sexual.

—“El que ilegítimamente posea estupefacientes o sustancias psicótropas que excedan de las cantidades mínimas que personalmente utilice”.

—“El que practique habitualmente la mendicidad, teniendo posibilidades y aptitudes para trabajar o de recibir asistencia social, y el que explote la mendicidad de menores, enfermos, lisiados o ancianos”.

Reformas a introducir en los títulos preliminar y I a V del Borrador del Anteproyecto de Código Pe-

nal, Parte general, redactado por la ponencia especial nombrada al efecto:

*Título preliminar.*— Por tener este título carácter general había que incluir en él las disposiciones de este carácter relativas a las medidas de seguridad (v.gr., principios de legalidad, de proporcionalidad, de intervención mínima, de irretroactividad).

*Art. 23.*— Se estima innecesaria la imposición de medidas de seguridad para el supuesto de tentativa inidónea que, precisamente por serlo, evidencia la torpeza y, por tanto, la escasa peligrosidad del autor. Esta sugerencia está en la línea de los códigos más modernos que prevén la posibilidad de prescindir de toda clase de sanción en los supuestos de tentativa.

*Art. 24.*— Se estima conveniente dar una formulación distinta al número 1, eludiendo el término de “enajenado”, sustituido por otro que comprenda tanto a los sujetos irresponsables que sean enfermos mentales (psicóticos), como a los irresponsables que no lo son (oligofrénicos, neuróticos, psicópatas —alópatas—, delincuentes pasionales, etc.).

El número 2 podría quedar subsumido en la formulación del número 1, que indudablemente le abarca.

En cuanto al número 3, ha de eliminarse la referencia a las medidas de seguridad respecto de los menores de 15 años, a los que no puede imponerse ningún tipo de sanción penal, sean penas, sean medidas de seguridad.

En lo que se refiere al número 4, no se estima conveniente una regulación especial del sordomudo exento, ya que este caso queda sin dificultad incluido en el número 1 cuando su formulación, como parece aconsejable, comprenda las oligofrenias.

En lo que afecta al último párrafo de este artículo, se estima aconsejable su supresión por ser materia que se regula en el título VI. Si se mantuviera —limitado a los términos del número 1, o eventualmente del 2—, debiera incluirse otro párrafo análogo al final del art. 25, donde sí es necesario.

*Art. 26.*— Se sugiere la inclusión de un apartado que podría tener este tenor:

A los efectos de la reincidencia, la condena de un tribunal extranjero impuesta por delitos expresamente comprendidos en este Código, o por convenios internacionales, será equiparada a las sentencias de los tribunales españoles.

Las circunstancias de habitualidad o profesionalidad deben ser suprimidas, ya que constituyen supuestos de estado peligroso con la consiguiente imposición de medidas de seguridad.

*Art. 34.*— La formulación de la norma 5, relativa a la privación del permiso de conducir, podría ser ampliada en el sentido de “privación del derecho a conducir”.

También podría incluirse una norma 6, relativa a la “privación del derecho para portar armas acordada durante el proceso”.

*Art. 41.*— Entre las penas privativas de derechos debiera incluirse:

- La privación del derecho a portar armas.
- El cierre temporal o definitivo del establecimiento o local donde se hayan desarrollado las actividades punibles y la retirada de la licencia que, en su caso, se hubiere concedido.

*Art. 55.*— Debe comprender, además de la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito o falta, la incautación del dinero cuando proceda.

*Art. 74.*— Número 6. Procede suprimir el final del

párrafo a partir de la última coma, en armonía con la sugerencia hecha respecto del art. 26.

*Art. 77.*— Al final del párrafo debe incluirse la frase: “... sin perjuicio de lo dispuesto en este Código respecto a la posible imposición de medidas de seguridad”.

*Art. 86.*— Prevé una pena de destierro que no cumple los presupuestos de las medidas de seguridad.

*Art. 89.*— Debe evitarse la expresión “oído el juez de vigilancia”, sustituyéndola por la de “previo informe-propuesta del juez de vigilancia y oído el fiscal”.

*Título IV.*— Por constituir la imposición de medidas de seguridad consecuencia de la responsabilidad penal habría que incluir la prescripción de las medidas de seguridad en este título.

*BORRADOR DE ANTEPROYECTO DEL TÍTULO VI DEL LIBRO I*

#### TÍTULO VI

#### *De las medidas de seguridad*

#### CAPÍTULO I

#### *De las medidas de seguridad en general*

*Art. 126.*— Las medidas de seguridad se impondrán en los casos y en la forma expresamente previstos por la ley.

*Art. 127.*— No podrá imponerse medida de seguridad sino en virtud de sentencia del órgano judicial que ha conocido del delito enjuiciado, en la que se hará declaración del estado peligroso del sujeto de la infracción penal, incluyéndolo en alguno de los supuestos legales de estado peligroso y señalando la medida de seguridad que corresponda.

No obstante, el órgano judicial competente, mediante el procedimiento y dentro de los límites y presupuestos legalmente establecidos, podrá sustituir una medida de seguridad durante su ejecución por otra que estimare más adecuada para la consecución del fin de socialización del sujeto.

*Art. 128.*— Las medidas de seguridad guardarán proporción con la gravedad del hecho cometido y del que se teme que el sujeto pueda cometer, imponiéndose la que signifique la intervención mínima indispensable para prevenir la comisión de infracciones penales.

*Art. 129.*— La declaración de estado peligroso se hará por el tribunal cuando concurren los siguientes requisitos:

1) que el sujeto de la infracción penal se halle incluido en alguno de los supuestos legales de estado peligroso;

2) que se aprecie la relevante probabilidad de que cometerá un nuevo hecho previsto como delito. Para ello habrá de tenerse en cuenta: *a)* la naturaleza del hecho realizado; *b)* los motivos y circunstancias que en él concurrieron; *c)* las circunstancias personales, familiares, laborales y sociales anteriores o coetáneas al procedimiento incoado; *d)* el informe técnico del Equipo de Observación y Tratamiento sobre los aspectos biosicológicos, psiquiátricos y socialculturales del sujeto que fundamenten su pronóstico de comportamiento delictivo; y *e)* los antecedentes penales.

*Art. 130.*— Son supuestos de estado peligroso:

1) las alteraciones psíquicas manifestadas por una enfermedad de este carácter, por oligofrenia o por anomalía de la personalidad, cuando son causa de exención de responsabilidad criminal en el supuesto previsto en el art. 24, inc. 1, o de la eximente incompleta del art. 25, inc. 1;

2) el consumo habitual de bebidas alcohólicas, estupefacientes o sustancias psicotropas, cuando es causa o motivo del delito cometido;

3) la comisión de un delito doloso grave por un menor de 21 años que, en los dos años anteriores, hubiera realizado, temporalmente separados, dos o más delitos graves;

4) la comisión de un delito doloso grave por un mayor de 21 años y menor de 27, o por quien presente alteraciones psíquicas profundas, que no le eximan de responsabilidad, si con anterioridad hubieren realizado dos o más delitos dolosos caracterizados por su violencia o abyección;

5) la comisión de un delito doloso por un mayor de 21 años que, fuera del supuesto previsto en el número 4, *a*) hubiere realizado con anterioridad tres o más delitos dolosos graves, *b*) hubiere sido condenado dos o más veces como autor de delitos dolosos graves, y, como consecuencia de ello, hubiere estado privado de libertad un mínimo de tres años, *c*) hubiere estado sometido una o más veces a la medida de internamiento en un centro de terapéutica social, cuyos especiales métodos no resultan ya indicados en relación a su estado;

6) la comisión de uno de los delitos habituales previstos por este Código en los artículos... (explotación de la mendicidad y prostitución, usura, tráfico de drogas, etc.).

*Art. 131.*— Son medidas de seguridad:

1) internamiento en centros psiquiátricos durante el tiempo indispensable;

2) internamiento en centro de deshabitación durante el tiempo máximo de tres años;

3) internamiento en centro médico pedagógico, para deficientes mentales, durante el tiempo máximo de cinco años;

4) internamiento en centro de terapéutica educativa, para menores de 21 años, durante un tiempo mínimo de dos años y máximo de cinco;

5) internamiento en centro de terapéutica social durante un tiempo mínimo de dos años y máximo de cinco;

6) internamiento en centro de rehabilitación social durante un tiempo mínimo de tres años y máximo de quince;

7) tratamiento ambulatorio en unidad de hospitalización durante el tiempo que se estime necesario;

8) prohibición de residencia en el lugar o territorio que se designe. Esta medida tendrá una duración máxima de cinco años.

El sujeto prevenido quedará obligado a declarar el domicilio que escoja y los cambios que se produzcan.

9) custodia familiar durante un tiempo mínimo de un mes y máximo de un año. El sujeto a esta medida queda sometido al cuidado y vigilancia del familiar que se designe, sin menoscabo de sus actividades escolares o laborales;

10) prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o los lugares donde haya consumido o adquirido estupefacientes, durante un período no superior a dos años;

11) expulsión de extranjeros del territorio nacional. El sujeto sometido a esta medida no podrá volver a entrar en España durante un plazo mínimo de quince años;

12) privación del derecho a conducir mientras el sujeto esté sometido a la medida de tratamiento ambulatorio, o durante un tiempo máximo de quince años;

13) privación del derecho a portar armas mientras el sujeto esté sometido a la medida de tratamiento ambulatorio, o durante un tiempo máximo de quince años;

14) asistencia vigilada, por delegados del juez de vigilancia, mientras el sujeto esté sometido a la medida de tratamiento ambulatorio, o durante un tiempo máximo de cinco años.

*Art. 132.*— El juez de instrucción, o el tribunal en su caso, podrá decretar, como medida cautelar, el internamiento o el tratamiento ambulatorio del sujeto, que se llevará a efecto en el centro previsto para el cumplimiento de la medida de seguridad que pudiera imponerse. Asimismo, podrá decretar la retención de los permisos de conducir o de portar armas.

El tiempo de duración de estas medidas provisionales se descontará de la pena o medida definitivamente impuesta.

## CAPITULO II

### *De la aplicación de las medidas de seguridad*

*Art. 133.*— Las medidas de seguridad, en los supuestos previstos en el art. 130, se aplicarán en la forma siguiente:

1.— A los sujetos comprendidos en el número 1:

a) internamiento en un centro psiquiátrico o, si se tratase de oligofrénicos, en un centro médico pedagógico;

b) tratamiento ambulatorio;

c) privación del derecho a conducir;

d) privación del derecho a portar armas;

e) custodia familiar;

f) asistencia vigilada.

2.— A los comprendidos en el número 2:

a) internamiento en centro de deshabituación;

b) tratamiento ambulatorio;

c) prohibición de residencia;

d) custodia familiar;

- e)* privación del derecho a conducir;
- f)* privación del derecho a portar armas;
- g)* prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o lugares donde haya adquirido o consumido sustancias estupefacientes;

*h)* asistencia vigilada de los delegados.

3.— A los comprendidos en el número 3:

*a)* internamiento en centro de terapéutica educativa;

*b)* prohibición de residencia;

*c)* custodia familiar;

*d)* privación del derecho a conducir;

*e)* privación del derecho a portar armas;

*f)* asistencia vigilada.

4.— A los comprendidos en el número 4:

*a)* internamiento en centro de terapéutica social;

*b)* tratamiento ambulatorio;

*c)* prohibición de residencia;

*d)* privación del derecho a conducir;

*e)* privación del derecho a portar armas;

*f)* asistencia vigilada.

5.— A los comprendidos en el número 5:

*a)* internamiento en centro de rehabilitación social;

*b)* prohibición de residencia;

*c)* privación del derecho a conducir;

*d)* privación del derecho a portar armas;

*e)* asistencia vigilada.

6.— A los comprendidos en el número 6:

*a)* internamiento en centro de terapéutica educativa, si fueren menores de 21 años; o internamiento en centro de terapéutica social; si fueren mayores de 21 años y menores de 35; o internamiento en centro de rehabilitación social en los demás casos;

*b)* prohibición de residencia;

*c)* privación del derecho a conducir;

*d)* privación del derecho a portar armas;

*e)* asistencia vigilada.

*Art. 134.*— El órgano judicial podrá imponer todas, algunas o alguna de las medidas de seguridad previstas para cada supuesto de estado peligroso, fijando su extensión dentro de los límites determinados para cada una de ellas y con sujeción a lo establecido en el art. 128. Las medidas de internamiento tendrán carácter preferente. Las restantes serán de cumplimiento simultáneo. No obstante, la medida de asistencia vigilada será, en todo caso, accesoria de la de internamiento que se hubiere impuesto.

*Art. 135.*— Si el sujeto resultare incluido en más de un supuesto de estado peligroso, el órgano judicial podrá imponer las medidas que juzgue procedentes, de las previstas para cada supuesto, siempre que sean de distinta especie. Se ejecutará en primer lugar la de internamiento en centro psiquiátrico o, en su caso, en centro de deshabitación.

*Art. 136.*— En caso de concurrencia de pena y medida privativa de libertad, se cumplirá antes la medida que la pena. No obstante, el órgano judicial podrá acordar que la pena se ejecute antes que la medida, si estima que de este modo se facilita el cumplimiento de los fines que mediante la pena y la medida se pretende alcanzar.

Si la medida se ejecuta antes que la pena, el tiempo de duración de la medida se descontará del tiempo de duración de la pena.

En el supuesto de que la pena fuere de menor duración que la medida, al cumplir ésta se extinguirá la pena. Si la pena fuere de mayor duración que la medida, el órgano judicial podrá acordar la libertad del condenado si el tiempo que quedare por cumplir fuere inferior a la cuarta parte de la pena impuesta, abonando los beneficios de la redención de penas por el trabajo.

Si no procediere acordar la libertad condicional, el sujeto cumplirá el resto de la pena en el centro en que

se halle. Excepcionalmente, teniendo en cuenta las circunstancias del sujeto y el resultado de la medida, el órgano judicial podrá ordenar que se cumpla el resto de la pena en un establecimiento penitenciario.

En el supuesto de que la pena se cumpla antes que la medida, el órgano judicial podrá prescindir de la ejecución de ésta si estima que no resulta indicada para los fines que se pretende alcanzar.

*Art. 137.*— Las medidas de internamiento en centros de terapéutica educativa o de terapéutica social sólo podrán ser ejecutadas con el consentimiento del sujeto. El órgano judicial acordará su sustitución por otra medida de internamiento que corresponda al estado peligroso del sujeto, o por la pena que le hubiese sido impuesta, si estimase que el cumplimiento de la medida no resulta ya indicado, o si el sujeto no prestase su consentimiento antes de la iniciación del internamiento, o una vez que éste haya comenzado.

*Art. 138.*— Las penas y las medidas de seguridad que no sean incompatibles entre sí, se cumplirán simultáneamente, ajustándose a las reglas establecidas en este título.

*Art. 139.*— Si el sujeto fuera extranjero, el órgano judicial podrá acordar —previa audiencia del mismo— la medida de expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le hubiere impuesto, sin perjuicio de cumplir, en su caso, la pena y las medidas de seguridad que sean compatibles con la expulsión.

*Art. 140.*— El órgano judicial podrá examinar, en cualquier momento, el desarrollo de la ejecución de las medidas de seguridad. No obstante, deberá efectuarlo a petición fundada del sometido a la medida o del letrado que le asista.

Si se trata de medidas de internamiento, habrá de hacerlo periódicamente antes de que trascurren los siguientes plazos:

dos años en el supuesto de rehabilitación social;  
un año, en centros psiquiátricos, médico-pedagógico, terapéutico-educativo o social-terapéutico;  
seis meses, en centro de deshabitación.

*Art. 141.*— Las medidas de seguridad se tendrán por cumplidas cuando haya transcurrido el límite máximo que se hubiese señalado.

El órgano judicial, oído el ministerio fiscal, podrá acordar su terminación antes de ese plazo cuando, cumplido el mínimo establecido en la sentencia, se estiman alcanzados los fines de la medida.

*Art. 142.*— El quebrantamiento de una medida de seguridad privativa de libertad dará lugar sea al internamiento del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado, sea al cumplimiento de la pena que le hubiese sido impuesta, apreciándose por el órgano judicial las circunstancias del quebrantamiento y del sujeto.

En el supuesto de medidas de seguridad no privativas de libertad, se podrá acordar el internamiento del sujeto en el centro correspondiente al supuesto de estado peligroso en que esté incluido. Si la medida quebrantada fuera la de expulsión del territorio nacional, el extranjero cumplirá las medidas de seguridad que le fueron impuestas.

*Art. 143.*— El sometido a medida de seguridad que cometiere un nuevo delito, continuará el cumplimiento de la medida que sea compatible con su situación personal, hasta que el órgano judicial que conozca del hecho se pronuncie sobre su estado de peligrosidad.

CAPITULO III

*De la prescripción de las medidas de seguridad*

*Art. 144.*— Las medidas de seguridad prescribirán:

- 1) a los 20 años, si son de internamiento en centro de rehabilitación social;
- 2) a los 10 años, las restantes medidas de internamiento, la de expulsión de extranjeros del territorio nacional y las de privación del derecho a conducir o a portar armas;
- 3) a los 5 años, las demás medidas.

*Art. 145.*— 1. El plazo de prescripción de las medidas de seguridad susceptibles de cumplimiento anterior o simultáneo con la pena se inicia el día en que quedó firme la sentencia.

2. Si las medidas de seguridad se impusieron para ser cumplidas con posterioridad a una pena, el plazo se iniciará desde el día en que ésta se extinga.

3. En caso de imposición para cumplimiento sucesivo de varias medidas de seguridad, el plazo se computará desde el día en que debió empezar a cumplirse la medida o medidas de que se trate, o desde aquel en que se hubiere quebrantado su ejecución.

En todo caso, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo se interrumpirán si el sujeto cometiere un nuevo delito.

**JOSE ORTEGO COSTALES**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca



**El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.**

## SECRETO Y URGENCIA

Al fin, por el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de enero de 1980, hemos podido conocer la inmensa mayoría de los jueces, fiscales, abogados, profesores de derecho y pueblo en general el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal.

Hablo en primer lugar del secreto porque ha sido eficaz. Gracias a él, ya no cabe contra el proyecto más actuación que la procedente de los miembros de las Cortes. Los juristas sin escaño a callar, como Dios manda.

Piadosamente, hay que atribuir a la urgencia la impresión de vitalidad que produce el robusto anciano que se pretende jubilar frente al enteco sietemesino que nos ofrecen como sucesor.

En la Europa libre, toda reforma importante de las leyes penales ha sido verificada con prudente calma y gran publicidad; precedida siempre de una valiosa y extensa serie de estudios sobre las cuestiones más controvertidas.

Sirva de ejemplo la reforma alemana. Dice Jescheck que “para alcanzar su objetivo ha necesitado, en su fase de conclusión, veinte años de intensa labor”.

Respecto a España, dice el profesor Gimbernat: “En abril de 1978, el Ministerio de Justicia designó

una ponencia cuatripartita para la redacción de un anteproyecto de Código penal... La ponencia especial ha llevado a cabo su trabajo con gran rapidez. Antes de agosto de 1978 había redactado ya la Parte general”.

Para justificar esta urgencia, el Proyecto se refiere a varias exposiciones de motivos de anteriores reformas parciales, coincidentes en la necesidad de una reforma total. De la de 1932 cita las siguientes palabras: “cuantas menos sean las enmiendas introducidas, más urgente se presentará a la conciencia técnica del país y del Parlamento la necesidad de un Código verdaderamente nuevo”.

Lo que no cita —sin duda por no venir a cuento—, son las razones invocadas en aquella Exposición de motivos para la demora: “Redactar el nuevo Código penal de la República es faena que requiere largo tiempo de estudios preparatorios, de composición del texto definitivo y de busca y consulta de pareceres peritos de las Universidades, de los Tribunales, de los Colegios de Abogados, de las Asociaciones obreras y de las Academias y Sociedades de cultura”. Comprendo que esta pretensión era excesiva, pero me parece obligada la consulta de los tres primeros cuerpos citados.

También omite el párrafo dedicado a otros proyectos europeos: “La empresa de componer un Código penal ha sido acometida sin prisas por los países europeos. El proyecto suizo data de 1893; el alemán, de 1909; el austríaco es de idéntica fecha; el sueco, de 1916, y ninguno de ellos ha conseguido vigencia todavía... Nos importa subrayar el caso de Italia, cuyo régimen, sobremanera propicio a suprimir obstáculos y a abreviar jornadas parlamentarias, no ha sido capaz de anticipar el parto de su ley punitiva, gestada durante cinco años en el seno de las Comisiones técnicas y

alumbrada con el auxilio de los informes de Tribunales y Universidades’.

Conclusión: los redactores de todos los proyectos citados consideraron necesaria una publicidad y una colaboración que los de éste no han necesitado para nada.

Dadas esta urgencia y falta de consulta, no es extraño que el producto haya sido un híbrido nórdico-germánico-latino manufacturado con tijera y goma. Es fácil advertir de donde procede cada artículo, pero muy difícil hacerlos convivir.

#### ERRORES GRAMATICALES

Frente al Código de 1870, correcto en su redacción y carente de expresiones técnicas impropias de un texto legal, los redactores del Proyecto utilizan un feo estilo, incurren en frecuentes errores gramaticales y, como ya advirtió el profesor Pérez-Vitoria, incluyen tecnicismos que debieron evitar.

Prescindo del estilo por lo que tiene de subjetivo.

Merece una pequeña meditación el frecuente empleo de palabras en sentido figurado, que siendo correcto y en algunas ocasiones meritorio literariamente, no debe utilizarse en el articulado de un código. Dice el artículo 40 que “El trabajo durante el cumplimiento de la pena de prisión perseguirá entre sus fines la reinserción social del condenado”. Si perseguir significa seguir al que va huyendo con ánimo de alcanzarle, será un divertido espectáculo ver al trabajo, sudoroso y jadeante, corriendo por las prisiones hispanas tras la reinserción social.

Como ejemplo de yerros de menor cuantía sirve el artículo 26.1º: “El enajenado y el que se halle en si-

tuación de trastorno mental transitorio, siempre que este último no haya sido provocado con el propósito de cometer el delito”. *Este último* parece una discreta ilustración de los redactores para los ciudadanos que ignoren que *este* representa o señala lo que se acaba de mencionar y *aquel* lo que fue en primer lugar. Respecto al *provocado*, como las dos primeras acepciones no sirven —el trastorno mental no puede ser incitado a ejecutar una cosa ni irritado para que se enoje—; la cuarta —mover, incitar—, tampoco, por la misma razón y la quinta y última mejor es no comentarla, hay que optar por la tercera —facilitar—, es decir, lograr que el trastorno mental se pueda hacer sin mucho trabajo.

Entre los de mayor cuantía, voy a citar un solo ejemplo. Dice el artículo 15 regla 3ª que “El precepto penal más amplio o complejo absorbe a los que castigan las infracciones consumidas en aquél”. Mediante este párrafo nos enteramos de que hay preceptos líquidos o gaseosos cuyas moléculas pueden ser atraídas y retenidas por otros preceptos; y de que hay infracciones que pueden ser destruidas, extinguidas, gastadas, es decir, consumidas.

Conviene advertir que muchos de los errores gramaticales son productos de importación mal traducidos.

#### REITERACIONES

El Proyecto, por no haber limitado correctamente el campo de su competencia, mezcla normas constitucionales, procesales y penitenciarias con las propiamente penales. Las nocivas consecuencias de esta confusión son bien conocidas por los juristas. Veamos un caso de cada una de ellas.

La Constitución, en el artículo 25.1., dice que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Ante esta declaración el Código puede, si se estima conveniente, señalar la pena que ha de imponerse a los infractores de la misma. Lo que nunca procede es repetir en su artículo 1º: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración”.

La Ley de Enjuiciamiento criminal afirma en su artículo 1 que “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”. Sobra decir en el artículo 2 del Proyecto que “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme dictada por Tribunal competente”.

Si la Ley Orgánica General Penitenciaria ha previsto en el artículo 2 que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”, no es necesario que el Proyecto diga en su artículo 2 que “Tampoco podrá ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollen, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

Se me puede objetar que los artículos citados no dicen lo mismo. La contestación es obvia: eso es lo peor, ya que bastante malo resulta que se repitan aunque coincidan.

Dentro de la competencia penal, el Proyecto incurre también en frecuentes reiteraciones.

Afirma el artículo 3 que “No hay pena sin culpabilidad”. Si el artículo 17 dice que “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley” sobra decir que no hay pena sin culpabilidad. Lo que no hay es delito ni falta. Para que no haya duda, insiste el artículo 21: “Si el hecho se cometiere por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será reprochable a su autor”.

#### SISTEMATICA

La inversión del orden tradicional que se ha verificado anteponiendo los delitos contra los particulares a los delitos contra el estado, es una moda que se pretende justificar incluso por razones políticas, pero mientras los delitos contra el estado sean castigados con pena mayor, seguirán siendo los más importantes y deben ser los primeros. En caso contrario, y para ser consecuentes, la inversión debe ser total. El Título I de la parte especial debe tratar de los delitos contra el patrimonio y ordenarlos de menor a mayor. Y así sucesivamente.

Más importancia tiene el artístico desorden con que se ha hecho la clasificación de los XIV títulos y de los correspondientes delitos dentro de ellos. La Exposición de motivos advierte que “el Código toma el bien jurídico como pauta clasificadora”. El principio es correcto y está expuesto de forma magistral en el apartado 6 de la *Relazione al Re* del Código penal italiano. No pienso que obligue al legislador a comenzar todos los enunciados de los títulos, capítulos y secciones con las palabras “Delitos contra...” con el rigor que allí se exige. Pero si que debe constar de for-

ma clara cual es el bien jurídico protegido, para impedir la existencia de delitos formales.

Esta pauta, que la Exposición de motivos atribuye al Código, no debió ser compartida por los redactores, que según parece prefirieron inspirarse en las ideas estéticas del surrealismo.

Dicha tendencia se manifiesta desde el principio, al clasificar los bienes en individuales, colectivos, estatales y pertenecientes a la comunidad internacional. De lo cual se deduce que los estatales y los pertenecientes a la comunidad internacional no son colectivos.

Gracias a ella persiste, con pequeñas variantes, el enunciado del Capítulo II del Título XIII —“De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona garantizados por la Constitución”—, y se crea el Capítulo V del Título VIII: “De los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales”. Es evidente que contradice la pauta del Código, pero evita el esfuerzo de averiguar cual es el bien jurídico protegido. Para ser consecuentes con este sistema de clasificación, el Capítulo II del Título III —“Del estupro y demás abusos deshonestos”—, debió llamarse “De los delitos cometidos con ocasión de las relaciones prematrimoniales”.

Como ejemplo del contenido de los títulos, voy a comentar el XIII, “Delitos contra la Constitución”. Son objeto de protección el Rey, el Congreso, el Senado, el Gobierno, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, el Consejo General del Poder Judicial, el Ejército, las Comunidades autónomas... No lo es el Alcalde de Móstoles.

Esta exclusión nos hace sospechar que se trata de defender a los *altos organismos del Estado*. Equivocada sospecha, puesto que según el enunciado del Título tales organismos *son* la Constitución. Cabe inter-

pretarlo de otra forma: como su designación, composición y funciones están reguladas por la Constitución, el ataque a aquéllos supone un ataque a ésta. Con el mismo criterio, como el artículo 15 de la Constitución dice que “Todos tienen derecho a la vida”, el homicidio debe incluirse entre los delitos contra la Constitución.

Hay que reconocer que entre los 64 artículos de este Título hay uno, el 592, que afecta al bien jurídico del enunciado: “El que ejecutare actos directamente encaminados a cambiar por la fuerza o fuera de las vías legales la forma política del Estado español establecida por la Constitución”. De la misma naturaleza, según el Proyecto, que asociarse para cometer una serie de estafas (artículo 600, párrafo 2º).

#### LA MINORIA PENAL

La rebaja de la minoría penal a quince años se fundamenta en una falacia. No es cierto que ahora los muchachos crezcan antes en juicio y prudencia. Se lo hacemos creer, que no es lo mismo. Y sí se rompen los pobres que se lo creen. Cuanto más compleja es una sociedad, más se tarda en estar preparado para intervenir responsablemente en ella.

Incurre en una contradicción lógica. Hasta los dieciocho años consideramos al muchacho incapaz para administrar su patrimonio. Pero desde los quince puede pechar con una pena y quedar marcado por unos antecedentes.

Por último, cargamos sobre los menores las culpas de los mayores. La Obra de protección de menores ha vivido siempre en la miseria. Ahora que el vicio proporciona los fondos que no quiso aportar la virtud, te-

nemos la gran oportunidad para afrontar en serio el tratamiento de los menores infractores con el sucio dinero del bingo y la ruleta. Pero optamos por el camino más fácil: la cárcel.

Iniciado este camino no había razón ninguna para dejarlo a medias. El Proyecto ha logrado lo que nunca se logró: meter en el Código penal a los menores sin ningún límite de edad. El texto del artículo 149 merece pasar con letras mayúsculas a la historia de la ciencia penal: “DEL MISMO MODO, PODRA ACTUARSE CON LOS MENORES DE QUINCE AÑOS CUANDO SU PELIGROSIDAD O REBELDIA LOS HAGA INCOMPATIBLES CON EL TRATAMIENTO ASIGNADO A LOS MISMOS POR DICHS TRIBUNALES”. Desde el nacimiento hasta la tumba, como en el Código civil.

Veinte años de presidente de un Tribunal Tutelar de Menores, me hicieron pensar que la función más importante de dichos Tribunales era el tratamiento de los menores peligrosos o rebeldes. Para los demás considero mucho más competente y capacitado a un buen maestro de escuela, cuya colaboración es también imprescindible en los casos más difíciles. Ni a los maestros, ni a mi, se nos ocurrió nunca la extraña idea de declararnos incompetentes.

Como contrapartida, el Proyecto mantiene la vieja idea de la corrupción de menores como un delito contra la honestidad —perdón, libertad sexual—, pero no está prevista la corrupción que supone inducirlos a la comisión de delitos o servirse de ellos para la ejecución de los mismos. Hace tiempo que propuse la creación de esta figura penal: “Quienes participaren con un menor de dieciseis años en la comisión de un delito serán castigados, además de la pena en que incurran por razón del mismo, con la de prisión menor”. Pienso que hay demasiados nuevos delitos, pero entre los 688 artículos del Proyecto no ha quedado uno li-

bre para éste. Mientras no aparezca en el Código penal alemán sólo cabe un deseo: muchachos quinceañeros, que el Angel de la guarda os guarde, que es su oficio.

#### LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Me parece equivocado incluir las medidas de seguridad en el Código. Fue un acierto de Jiménez de Asúa crear la Ley de vagos y maleantes. Aunque el título no fuera afortunado y el contenido tuviera que ser hoy muy distinto, el Código penal debe imponer penas, y una ley especial las medidas de seguridad. Cada cosa en su sitio.

Lo improcedente fue poner en vigor la ley antes de crear las instituciones necesarias para su aplicación. Y ahora se pretende hacer lo mismo, agravado por la inclusión de las medidas en el Código. Se olvida que en Alemania los “Länder hicieron saber que no estaban en condiciones, en un plazo que consideraban demasiado breve, de crear las instituciones necesarias”.

Hay una medida, la 9ª del artículo 135, que se puede aplicar desde ahora. La “Prohibición de concurrir a determinados lugares o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, o donde se consuman estupefacientes o drogas tóxicas, por tiempo no superior a cinco años”. La consideraría excelente si no hiciera suponer tres cosas:

1ª Que los establecimientos donde se consumen estupefacientes y drogas tóxicas están legalmente autorizados.

2ª Que podemos concurrir a ellos quienes no estamos sometidos a tal medida.

3ª Que, cualquiera que sea la naturaleza del sujeto y el delito cometido, es injusto prohibirle acudir a di-

chos establecimientos por un tiempo superior a cinco años.

#### EL DELITO FORMAL

Dice la Exposición de motivos que “El nuevo Código concibe el delito, desde el punto de vista sustancial, como lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos, lo que lleva consigo la eliminación de ciertos delitos formales y de mera desobediencia que se habían infiltrado en el ordenamiento penal que se deroga”.

Admito que el artículo 595 del Proyecto, similar al 165 del Código vigente, no define un delito formal. Aunque éste ha sido criticado por la mayoría de la doctrina, que le atribuye dicha naturaleza.

Pero pienso que el delito formal sigue *infiltrado* en el artículo 437 del Proyecto: “El que públicamente usare un nombre supuesto incurrirá en la pena de arresto de ocho a dieciseis fines de semana”. Como el párrafo siguiente impone además la pena de multa “Cuando el uso del nombre supuesto tuviere por objeto ocultar algún delito, eludir a una pena o causar algún perjuicio al Estado o a terceras personas”, quiere decir que el párrafo primero sólo es aplicable cuando no tiene por objeto perjudicar a nadie.

#### DESARME PENAL

Luchando contra las durezas de las penas, sobre todo en los delitos patrimoniales, publiqué en el año 1973 esta frase: “Por cada 47 pesetas hurtadas o estafadas un día de presidio. ¿No resulta excesivo? Y no se trata de un día, que pasa pronto, sino de seis años

y un día a doce años. Menos mal que nunca se cumple”.

Por tanto, me creo autorizado para hablar contra el desarme penal que, con carácter general y en momento tan inoportuno, impone el Proyecto.

No quiero descubrir, a quienes intenten hacer un uso malévolo de esta información, la multitud de delitos que se pueden cometer por el módico precio de un arresto de seis fines de semana. Ya se ocuparán ellos de averiguarlo. Pero he de dar mi sentido pésame a los agentes de la autoridad, escribanos, fiscales y jueces, ya bastante fatigados por el esfuerzo inútil, que han de correr calles, hacer detenciones, escribir folios, tomar declaraciones y dictar providencias, autos y sentencias para tan menguado fruto.

Cualquier comentario sobre el arresto de un fin de semana corre el riesgo de ser más largo que la pena, ya que más ineficaz es imposible.

#### LA LOTERIA DE LAS PENAS

Comprobada la lista del sorteo de penas verificado por el Proyecto, pienso en el consejo que los delincuentes expertos darán a los noveles: “Y sobre todo, hijo mío (suelen ser muy cariñosos), estafa si puedes (seis meses a cuatro años. Art. 256), pero no te dediques al peligroso oficio de comerciante; porque si quiebras *sin voluntad*, por falta de diligencia grave tuya o *de quienes obren en tu nombre*, puedes sufrir de seis meses a tres años de cárcel (art. 331). Piensa en los malversadores de Katáiev: Scholte se estudió el Código penal y vivió feliz; Prójorov y Vánechka no lo hicieron y lo pagaron caro. Si eres estudioso, este Código es tu oportunidad”.

En un alarde de prestidigitación, el Proyecto ha sacado de la chistera “esa cosa”.

Un ejemplo de ella está en el artículo 92: “El Tribunal podrá imponer al reo la observancia de reglas de conducta y la realización de tareas, tendentes a evitar la recaída en el delito y a favorecer su reinserción social”.

No se si esas reglas de conducta consistirán en la aplicación del imperativo kantiano: obra de tal forma que tu norma de conducta pueda ser erigida en norma de conducta universal.

Respecto a la realización de tareas, que con arreglo a este artículo pueden imponer los Tribunales, hemos de confiar en su probada discreción. Pero legalmente pueden obligar al reo a cultivar rosas o a pintar paredes, si lo consideran adecuado para evitar la recaída.

Como tales normas y tareas no están comprendidas entre las penas, ni es posible incluirlas entre las medidas de seguridad del artículo 135, las llamo “esa cosa”, que es como llamamos a lo que no sabemos como se llama.

Lo demás, sobre todo los delitos de nueva creación, merece un comentario de fructuosa doctrina. Pero el secreto y la urgencia nos han impedido hacerlo a tiempo.

**JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid



**Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidas en la parte general del Proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de ésta..**

Vamos a prescindir de las faltas de ortografía, de las concordancias vizcainas, de las erratas, muchas de ellas graves, que ofrece el Proyecto de 17 de enero de 1980, cuya presencia delata la despreocupación y ligereza sin precedentes en este proyecto de ley orgánica de “nuevo” Código penal por evidenciar que nadie se ha tomado la molestia de leerlo con detenimiento y publicar en el propio Boletín Oficial de las Cortes Generales la oportuna rectificación. Este trabajo tiene por objeto delatar la absoluta desconexión entre las fórmulas rimbombantes de principios que hasta ahora nadie ponía en duda que informaban nuestra legislación penal, presentando vetustas aspiraciones como algo novedoso, y unas técnicas legislativas en la descripción y punición de los delitos en particular que, no sólo infringen tales principios, sino que están en contradicción con las propias reglas que en el libro primero consagra el Proyecto. Tampoco podemos pasar por alto algunos de los muchos sobresalientes defectos que en la Parte especial del Proyecto destacan ya en una primera lectura por más que la encomiástica literatura oficial y oficiosa traten de presentar el texto proyectado como maduro fruto de una concepción democrática del Estado, cuando en esencia es el viejo y maltrecho Código notablemente empeorado.

A) El *principio de legalidad*, equívocamente registrado en el art. 25.1, de la Constitución de 1978 e inequívocamente recogido en los arts. 1 y 13 del Código penal vigente, se reproduce en el art. 1º del Proyecto, párrafo primero, en el que se concentran el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, siguiendo literalmente al *Anteproyecto 1979* incluso en lo que pudiera pensarse que es un error de redacción al emplear el adverbio “igualmente” en lugar de “legalmente” que parecería más oportuno y preciso. Ahora bien, este principio, que responde a exigencias de seguridad jurídica fruto indeclinable de una larga y sangrienta historia se traduce con mayor rigor en las concepciones actuales en lo que concierne a los delitos que en materia de penas en la que se ha impuesto una mayor flexibilidad. Por eso se impone examinar por separado el Proyecto a la luz de cada uno de estos aspectos del principio de legalidad.

1. El *nullum crimen sine lege* demanda la mayor precisión posible al describir las figuras de delito. Se oponen, por consiguiente a él las formulaciones vagas, imprecisas e indeterminadas, que no permiten saber de antemano cual es la conducta punible, tanto en lo que se refiere a los tipos básicos como a los cualificados o privilegiados. No cabe, dentro de los límites de este estudio señalar todos y cada uno de los casos en que se infringe el principio de legalidad por imprecisión de los presupuestos de la pena abstracta. Me limito a subrayar algunos artículos en que esto acaece, a saber: arts. 166 párrafo segundo (“menos entidad”, cfr. con el art. 656), 168 (“deformidad importante”), 177 (“socialmente reprobables”), 192 (“según la gravedad”), 193 (“grado de insolidaridad”), 237 (“no excediere en mucho”), 239, 2º (“considerable valor”), 240 párrafo segundo (“estime grave”), 242 párrafo segundo en relación con el art. 239, 2º, 250 párrafo se-

gundo (“graves trastornos al propietario”), 254 (“considerablemente superior”), 256 párrafo segundo (“no excediere en mucho”), 258, 2<sup>o</sup> (“especial gravedad atendido el considerable importe del perjuicio”), 259 párrafo último (“excediere en poco”), 272 (“según la gravedad del hecho”), 277 párrafo primero (“cuantía del daño”), 278 párrafo primero (“que por su cuantía revistan especial gravedad”), 318 (“casos de suma gravedad”), 323 párrafo segundo (“alcanzare caracteres catastróficos”), 325 (“molestias”), 327, 2<sup>o</sup> (“grave infracción”), 329 (“vías que por el tráfico, trazado o dificultad representan un mayor riesgo de accidente”), 333 (“según la cuantía del perjuicio”), 349 (“cláusulas abusivas”), 352 (“según la gravedad”), 369 (“condiciones abusivas”), 371 párrafo segundo (“actividad subvencionada”, acaso olvidaron el uso que se suele hacer de la Ayuda a la Investigación o el comportamiento de determinados becarios), 383 (“excediéndose notoriamente”), 384 (“notoriamente contrarios”), 435 (“cuando la relevancia ética o altruista del móvil sea notoria y excepcional”), 479 (“usos sociales”: ¿los diamantes de Bocassa?), 482 párrafo último (“excediere en poco”), 520 párrafo segundo (“soborno”), 558 párrafo último (“apreciando la cantidad y clase de las municiones”), 560 (“seguridad del Estado”), 561 y 562 (véase 560), 568 (“cualquier acto preparatorio”), 584 (“no fueren graves”), 590 (“no fueren graves”), 593 párrafo último (“notoria gravedad”), 622 (“quebrantare la independencia e inmovilidad”), 636 (“seguridad del Estado”), 672, 2<sup>o</sup> (“disgustos”), 681, 2<sup>o</sup> (“despierte alarma”), 683, 3<sup>o</sup> (“perturbaren a sus vecinos con sus discusiones o esparcimientos domésticos, después de haber sido amonestados por la Autoridad”), 684, 1<sup>o</sup> (“ofendiendo el sentimiento de los presentes”) y 685 (“con ofensa de los sentimientos de los presentes”) de suer-

te que en los dos últimos artículos citados, si los presentes no se *sienten* ofendidos o incluso aprueban los hechos no hay infracción penal.

2. El *nulla poena sine lege* se plantea en términos distintos al *nullum crimen* porque pronto se advirtieron los inconvenientes gravísimos de las penas absolutamente determinadas y se percibió la diferencia entre arbitrariedad y arbitrio judicial. El principio de legalidad en materia de penas se traduce en varias exigencias: a) la pena no puede exceder en duración y calidad de las que establece la ley; b) el juez está vinculado a determinadas reglas que, en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, delimitan el marco penal dentro del cual queda facultado para individualizar la pena pasando de la pena abstracta que señala la ley a cada delito a la magnitud penal concreta que ha de imponerse al delincuente, limitación esta especialmente digna de ser subrayada en una organización judicial como la española en la que el juez no puede prestar personalmente una atención singular a cada proceso y a cada delincuente, por no existir número suficiente de órganos jurisdiccionales y no estar dotados de una especialización diversificada; c) la única excepción a los máximos establecidos en las escalas generales de penas se deriva de las limitaciones al principio de acumulación aritmética de las penas en el concurso real.

Lo opuesto a las normas por las que se rige el principio de legalidad en orden a las penas es la llamada pena indeterminada, el dejar en manos del juez la determinación del momento en que ha de considerarse cumplido el fin de la pena. La pena de duración indeterminada, fue propugnada por un positivismo empírico de fines del siglo pasado que en su versión radical supone la sustitución de las penas por medidas de seguridad. Esta opinión no halló acogida en las leyes pe-

nales, tampoco en las nuestras, reservándose la indeterminación para las medidas de seguridad allí donde se admite el sistema dualista. El Proyecto de 1980 se atiene en su Parte general a esta concepción que rechaza las penas indeterminadas, desde el momento en que fija unas fronteras dentro del marco de la pena abstracta a las que el juez debe atenerse considerando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que concurran influyendo en la mayor o menor antijuridicidad o culpabilidad del reo. Es más, esta desconfianza se expresa en el derecho español estableciendo catálogos de circunstancias modificativas que el juez ha de respetar. Me remito a los artículos 27, 28 y 29 del Proyecto y a las reglas del art. 78, particularmente a la 6ª que prohíbe a los tribunales imponer pena mayor a la señalada por la ley “cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes”.

Este sistema había sido perforado ya en varias ocasiones por reformas que ignoraban las paredes maestras sobre las que descansan el Código penal, despreciando las reglas generales y dejando en manos del juez, un juez, repito, que no tiene contacto directo con el reo, unos márgenes de arbitrio que rozan con la pena indeterminada del Antiguo Régimen justamente proscrita. Así ocurrió, por ejemplo, con la reforma de 1971, al dar nueva redacción al art. 344, donde el juez puede moverse entre seis años y un día hasta veinte años “atendidas las circunstancias del culpable y del hecho”. Otro ejemplo más reciente lo proporciona la reforma del art. 554 (estragos) por ley 82 de 28 de diciembre de 1978, en la que, partiendo de la pena de presidio mayor, se permite imponer la inferior en uno o dos grados “teniendo en cuenta “las circunstancias que concurran en el culpable en el (*sic*) hecho y en la gravedad de éste”, o sea que puede mo-

verse entre un mes y un día y doce años de privación de libertad, máximo que puede elevarse a veinte años “si se hubiere producido una situación de grave peligro para la vida o la integridad corporal de las personas”, gravedad tan imprecisa como las “circunstancias” antes aludidas: un arbitrio que permite moverse entre un mes y un día y veinte años es, ni más ni menos, que la pena indeterminada que se trata de prohibir con el principio de legalidad. Estas perforaciones de las paredes maestras del Código pueden equipararse al “mal de piedra” que ataca a los antiguos monumentos.

Pues bien, el Proyecto de 1980 nace ya con el mal de la piedra, menospreciando repetida y no esporádicamente el *nulla poena sine lege*, contraviniendo además las propias normas que en el Libro I se establecen sobre duración y determinación de las penas. El art. 39 establece para la pena de prisión un mínimo de seis meses y un máximo de veinte años “salvo lo dispuesto en los artículos 82, 87, 560, 562 y 564”. El art. 82, párrafo segundo, 1ª, permite llegar a veinticinco años “salvo lo dispuesto en el artículo 564”, los arts. 560 y 561 establecen penas de prisión de quince a veinticinco años, el art. 564, párrafo segundo, pena de veinticinco a treinta y cinco años. Pero los arts. 560 y 561, en sus números primeros, contienen unos tipos cualificados en que se dispone que se imponga “la pena superior en grado” a la de quince a veinticinco años; ¿cómo conciliar esto con la rigurosa limitación del art. 82, párrafo primero, 2ª?. La regla 6ª del art. 78 prohíbe imponer “pena mayor que la que señala la ley en su límite máximo” cualquiera que sea “el número y entidad de las circunstancias agravantes; ¿cómo conciliar esta regla digna de aplauso con lo prevenido en los arts. 158, 183, 242, 1º párrafo segundo, y 574 donde se impone la pena su-

perior en grado cuando concurren en el delito “dos o más circunstancias agravantes”?. Las reglas del art. 78 se dan por completo al olvido en los arts. 237, 245, 256, 277, 330, 346, 349, 373, 386 y 556, entre otros, en los que se concede al juez un arbitrio amplio, no vinculado a las reglas del art. 78. La reincidencia se define en el art. 28, 11<sup>a</sup>, pero la indeterminación más absoluta sobre si se trata de una reincidencia genérica o específica gravita en los arts. 231, 321, 340, 349, 371, 374, 380, 385, 493 y 673 hasta donde se me alcanza, sin que por otra parte se atribuya ningun efecto peculiar a la distinción que contiene el art. 28, 11<sup>a</sup>. Estas gravísimas inconcreciones conculcan evidentemente la seguridad jurídica e implican no menos graves contradicciones internas en el seno del Proyecto.

B) El tema de las *medidas de seguridad* merece consideración aparte, porque el Proyecto, que admite el dualismo, no sólo *desconoce la función* que desempeñan las medidas de seguridad —para quienes sean partidarios de mantenerlas— en un sistema penal, utilizándolas como genuinas penas, sino que, a pesar del agotador repertorio de penas (arts. 36 ss.) y de medidas de seguridad (art. 135) que alcanzan el número de diecinueve, *contiene otras medidas penales*. Ciertamente que el art. 130 consagra el principio de legalidad (en lo que la índole de las medidas de seguridad permiten que sea operativo) y se reconoce que su fundamento es la peligrosidad revelada por la comisión de un delito (art. 131) excepto en el caso de “asociaciones, empresas o sociedades” por delitos cometidos por sus “directivos, mandatarios o miembros” en el ejercicio “de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes” (art. 132), aunque en uno y otro caso las medidas de seguridad hayan de guardar “proporción con la *peligrosidad* revelada por el he-

cho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer”. Es decir, las medidas de seguridad no han de imponerse nunca automáticamente con lo que el Lib. I del Proyecto respeta la mejor doctrina. Antes de seguir adelante hay que recordar que el Proyecto define que es lo que se ha de entender por delincuentes habituales (art. 150, párrafo último, y 152, párrafo segundo) y por delincuentes profesionales (art. 152, párrafo último) y que las medidas para unos y otros se imponen mecánicamente “como complemento de la pena” (arts. 150 y 152) o preceptivamente en caso de delitos culposos (art. 151); la “medida” consiste en un “internamiento en un centro de terapéutica educativa o rehabilitación social” hasta diez años para los habituales en delitos dolosos (art. 150) y para los profesionales en “centro de rehabilitación social” (art. 152) por tiempo que no puede exceder de quince años (art. 135, 5<sup>o</sup>), siendo de notar que tales centros y el personal adecuado para ellos no existen, y que la *Ordenanza general de los presidios del Reino de 14 de abril de 1834*, recogiendo una tradicional “cláusula de retención”, que se halla ya en la Pragmática de 1771, era más piadosa en su art. 316 donde prohibía a los tribunales “aplicar la pena de reclusión perpetua ni de presidio” por más de diez años en cada sentencia, “pudiendo únicamente agregar la cláusula de retención para después de cumplidos los diez años respecto de los reos más graves”, significando (art. 321) que “cuando el sentenciado con retención haya cumplido los diez años, y dos más en el presidio, día por día y sin rebaja, sin reincidir o incurrir en delito, se le graduará de corregido”. Dicho esto, parece difícil encontrar interpretación a los “habituales” que menciona el párrafo segundo del art. 260 (juegos ilícitos) y a la “habitualidad” del art. 349,

que no da lugar a aplicar el art. 150 (al parecer) sino a la “medida de prohibición de otorgar nuevos contratos durante un plazo de hasta tres años” la cual no se encuentra ni en los repertorios de penas ni en el art. 135 cuyo número 19 se refiere a “entes” y no a particulares. El desligar la medida de seguridad de su fundamento, esto es, de la exigencia de la peligrosidad criminal, se encuentra en los arts. 191 (amenazas), 210 párrafo segundo (“desviación patológica sexual”), 231 (suspensión de órganos informativos en base a la “extrema gravedad”), 251, párrafo segundo (“como complemento de la pena la medida de internamiento prevista en el número 5º del artículo 135 a los que hagan de la comisión de este delito su medio de vida”), 346 (imposición “a los agentes” de la medida de “prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate por tiempo que no exceda de cinco años”) y el art. 544, párrafo último, en el que se vincula la medida de suspensión de las actividades al hecho de que los delitos sean cometidos por “sus directivos, mandatarios o miembros” como requiere el art. 132. A este género de medidas de clausura por hechos no realizados por las personas indicadas en el art. 132 pertenecen las previstas en los arts. 210 párrafo primero, 214, 318, 321, 323, 326 y 340 párrafo segundo. Por lo demás, hay sanciones que han de catalogarse como medidas al no constituir penas, aunque no constan en el art. 135, como sucede en el art. 219 (“privación de la patria potestad, interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer al Consejo de familia”), 297, párrafo segundo (“privación del derecho de patria potestad o del ejercicio de la tutela”), 340 párrafo segundo (“pérdida de los derechos derivados del registro por un período de dos a cinco años o la prohibición de obtenerlos por el mismo tiempo”), 374 (“prohibición de obtener licencias de importación o exportación o para obtener divisas du-

rante un período de dos a cinco años”) y art. 380, párrafo segundo (“pérdida de las licencias de importación o exportación o la prohibición de obtenerlas durante un período de uno a cinco años”). Todo ello hace que el principio de legalidad de las medidas de seguridad y su fundamento en la peligrosidad, consagrado en el Libro I, se convierta en una aserción declaratoria.

C) El *nulla poena sine culpa* se recoge expresamente en el art. 3º, con la aclaración de que si la pena viene “determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa”. De ese modo han pensado los incógnitos autores del Proyecto excluir los delitos cualificados por el resultado. Sin embargo, hay una serie de tipos de resultados incalculables e imprevisibles en el momento de realizar la acción que sirven para construir tipos cualificados, como, por ejemplo, ocurre en el párrafo primero del art. 166, art. 167, 2º, y arts. 183, 299, 300, 308 párrafo segundo, 309, 526, 2º párrafo segundo, 531 párrafo segundo, 560 y 562. Mas el autor o autores de estas fórmulas han olvidado que el principio de que no hay pena sin culpabilidad se conculca también con el mantenimiento de *delitos de sospecha*, como ocurre en los arts. 172 y 658 para la riña tumultuaria, en el 296 respecto a la sustracción de menores y en los arts. 525 y 530 relativos a los delitos de rebelión y sedición respectivamente. De otra parte, la reserva del art. 3º ha conducido a tipificar el homicidio y las lesiones preterintencionales en el art. 173, elevando a la categoría de delito doloso con la atenuante de preterintencionalidad lo que en realidad es un concurso de delitos entre unas lesiones dolosas y un homicidio culposo, o entre lesiones dolosas y otras de mayor gravedad culposas, seguramente para dar acogida, como en

otros muchos casos, a una doctrina jurisprudencial controvertida en la teoría y la praxis, la del homicidio preterintencional.

D) Los más sobresalientes defectos del Proyecto, sin perjuicio de los discutibles puntos de política criminal que informan algunos sectores del mismo en los que no vamos a entrar (pese a la tentación de subrayar hasta qué punto las pretendidas innovaciones se reducen a un cambio de etiquetas o de lugar dentro de la geografía del Código), radican sobre todo en la innecesaria y variopinta terminología que depararía, de prosperar, graves quebraderos a los encargados de la interpretación y aplicación de la ley. Me voy a contraer a las menciones del dolo y la culpa, a innecesarias reiteraciones sobre problemas de concurso de leyes o sobre el valor artístico o histórico de determinados objetos, para no hacer interminable la enumeración de defectos de esta clase.

1. El art. 17 declara que para que haya delito o falta es precisa una acción u omisión dolosa o culposa, para añadir a renglón seguido que “las acciones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley” (art. 18). Este correcto punto de vista en orden a la política criminal a seguir con los delitos culposos, se ve enturbiado por partida doble, pues hay una serie de delitos en los que se menciona expresamente el dolo, aunque no con idéntico vocablo, y, por otra parte, las formas culposas no se presentan limpiamente sino que resuena en ellas la vieja terminología, complicada con la vieja clasificación romana de la culpa en *lata*, leve y levísima. Citaré algunos artículos demostrativos de estas aserciones:

a) Respecto a la mención innecesaria del dolo: arts. 168 (“causadas de propósito”, dificultades, además, para distinguirlo del 167, 2º, en varios supuestos),

169 (“de propósito”), 242, 1º párrafo primero (“causare dolosamente”), 281 (“intencionadamente”), 352 (“intencionadamente”), 462 (“a sabiendas”), 495 (“intencionadamente”), 498 (“a sabiendas”), 499 (“a sabiendas”), 500 (“a sabiendas”), 502 (“sabiendas”), 503 (“maliciosamente”) y 510 (“a sabiendas”). Estas alusiones específicas al dolo tendrían antes por objeto proclamar la voluntad del legislador de que no se castigarían las formas culposas, mas en el Proyecto carecen de sentido.

b) Sobre las distintas expresiones para designar la culpa: arts. 175 (“imprudencia”), 176 (“impericia o negligencia profesional”), 282 (“imprudencia grave”), 309 (“imprudencia”), 420 (“negligencia inexcusable”), 462 párrafo segundo (“negligencia o ignorancia inexcusables”), 483 (abandono o negligencia inexcusable”), 495 (“negligencia”), 501 (“negligencia o ignorancia inexcusables”), 504 (“negligencia o ignorancia inexcusables”), 513 (“abandono o negligencia inexcusable”), 575 (“imprudencia”), 661 (“imprudencia”), 667 (“culpa leve”), 668 (“culpa leve”). Es extraño que cuando la opinión dominante reclama la supresión de los daños culposos estos se mantengan en los arts. 282, 667 y 668.

2. Las normas sobre *concurso de leyes* que contiene el art. 15 del Proyecto hace enteramente supérfluas las salvedades consignadas en los arts. 353 párrafo último, 355 *in fine*, 368 *in fine*, 536, 601 párrafo último, 613 párrafo segundo, y 671, 1º (“sin llegar a incurrir en delito de desobediencia”), por no citar otros ejemplos de confusión a causa de que se multiplican las relaciones de alternatividad, además de recoger las ya existentes, lo que constituye gravísimo defecto de técnica legislativa.

3. No puedo dejar de aludir a la repetición, con varia-

ciones a veces, del *valor histórico o artístico* de las cosas objeto material del delito como causa que motiva una pena más grave, repeticiones que hubieran podido obviarse con un solo artículo que hiciera referencia a los delitos que se entienda deban ser afectados por tal cualificación que no deja de parecerme muy dudosa allí donde se toma en consideración para determinar las fronteras entre el delito y la falta, o la gravedad misma del delito, la cuantía del valor de la cosa. Esta reiteración, a mi juicio inmotivada, se da en los arts. 239, 1º (“cosas declaradas de valor histórico o artístico”), 242, 4º párrafo segundo (por la referencia al 239), 245 (“cosas declaradas de interés histórico o artístico”), 258, 1º (“cosas declaradas de valor histórico o artístico”), 262 (“cosas declaradas de valor histórico o artístico”), 278, 5º (“cosas declaradas de valor histórico o artístico”), 378, 3º (“obras u objetos declarados de interés histórico o artístico”), 482 párrafo segundo (“cosas... declaradas de valor histórico o artístico”). Estas expresiones son una mala repetición del actual art. 563 bis a), que alude a que “las cosas objeto del delito perseguido [en los delitos contra la propiedad] fueren de relevante interés histórico, artístico o cultural”. Ya de por sí el art. 563 bis a) peca de difuso y vago. El intento de precisar exigiendo una *declaración* expresa deja en pie la cuestión de si la cosa ha de estar con anterioridad declarada de valor histórico o artístico al modo del actual art. 563 bis a) cuya crítica he hecho ya en mi *D. p. español, Parte especial*, y no voy a repetir. Se añade la disparidad de criterios, pues en unos supuestos es preciso que sea de “valor” y en otros meramente de “interés”, no estando tampoco claro cual sea la diferencia entre “cosas” y “obras u objetos”.

E) Enumerar otros muchos defectos meramente técnicos sería tarea inacabable, aun sin entrar, como di-

go, en problemas de fondo atinentes a la política criminal seguida que ha de estar siempre condicionada por la practicabilidad. No quiero concluir, sin embargo, sin manifestar mi admiración por la brevísima *vacatio legis* prevista en la primera de las Disposiciones transitorias. Un plazo de dos meses para la entrada en vigor de un nuevo Código que altera completamente la numeración de los artículos del vigente (aunque deje intacto en su mayoría el contenido), que incorpora parte de una legislación especial ignorada, o si se prefiere no estudiada en las Facultades ni aplicada por los tribunales, que plantea numerosos problemas de interpretación, que no da tiempo material para que se publiquen ediciones y comentarios siquiera someros a un copioso articulado que rebasa los módulos de todos los países europeos y no europeos, es algo que no puede dejarse pasar por alto sin una acerba crítica.

Villalba, a 22 de marzo de 1980

**JOSE A. SAINZ CANTERO**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Granada



**“El Proyecto de Código Penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales”.**

(\*) Esta comunicación sintetiza diversas conferencias pronunciadas por el autor en el Centro Asociado de la UNED de Melilla y en las Universidades de Murcia y Granada.

I.

Desde hace unos años se está produciendo, en todo el mundo, un interesante movimiento encaminado a la reforma de las leyes penales. Se debe —como ha hecho observar H-H. Jescheck (1)— a un profundo cambio espiritual del hombre en lo que se refiere al delito y a los modos de reaccionar contra él.

Sobre este movimiento hay que empezar preguntándose si se trata de una orientación homogénea que permita detectar unas características comunes a todos los países y haga posible contractar con ellas cualquier Proyecto, a fin de valorar su alcance y pretensiones. Con quienes de él se han ocupado seriamente (2), así lo creo, por lo que me ha parecido tema de interés para una comunicación a las Jornadas de Catedráticos y Agregados de Derecho Penal de Santiago sobre el Proyecto de Código Penal (publicado en el BOC el 17 de Enero de 1980), analizar éste a la luz de las orientaciones que en todo el mundo inspira la re-

---

(1) H-H. Jescheck, *Linee direttive del movimento internazionale di riforma penale*, en *L'Indice Penale*, Maggio-Agosto, 1979, p. 181.

(2) H-H. Jescheck, *Linee direttive*, cit., pp. 187 y ss.; A. Marchal, *Le nouveau Droit Penal en Europe: Realisations et projets en Cours. Orientations-alternatives*, en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1979, pp. 815 y ss.

forma y valorar su alcance conforme a los resultados de ese análisis.

Puede decirse que en todos los países del mundo se siente una poderosa inclinación a la reforma, aunque en unos ya ha alcanzado un nivel legislativo (Anteproyecto, Proyecto, Ley) y en otros continúa residenciada en un plano puramente doctrinal.

Las manifestaciones más descollantes son las ya consumadas alemana y austriaca (año 1975) y las que se encuentran en vía de ejecución en Francia (en 1978 se ha publicado el "*Anteproyecto definitivo de Código Penal. Libro I. Parte General*" que se aleja en gran medida de los principios informadores del Código Penal vigente en aquel país (3) ), en Bélgica (donde existe una "Comisión de Reforma", cuyos trabajos han permitido que, en 1979, el Ministerio de Justicia publicara un "Rapport" sobre las principales orientaciones de la reforma (4) ), y en Japón (en 1974 publicó un *Proyecto de reforma del Código Penal*, que toma en cuenta las reformas alemana, austriaca, sueca y soviética).

Hay que tener en cuenta también, a los efectos que aquí importan, los trabajos de elaboración de un *Código Penal Tipo para Latinoamérica* (en 1971 publicó la Parte General (5) ) y las más distantes en el tiempo que dieron lugar al Código Penal sueco de 1962 y a la publicación, en el mismo año, del "Model Penal Code", Proyecto privado que se realizó en el seno del "American Law Institute", el cual ha influido en las

---

(3) G. Levasseur, *Premiers regards sur l' Avant-Projet de Code Penal français*, en *Revue Penale Suisse*, 1979, pp. 1 y ss.; R. Gassin, *Die Strafrechtsreform in Frankreich*, en *ZStrW*, 1979, pp. 163 y ss.

(4) A. Marchal, *Le nouveau Droit Penal en Europe*, cit., pp. 817 y ss.

(5) Cfr. J.M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español. P. General*, 7ª edic. Madrid 1979, p. 272, con amplia bibliografía al respecto.

reformas penales que han llevado a cabo varios Estados de los confederados en USA y en el mismo Proyecto de Código Penal federal, ya aprobado por el Senado y en discusión en la Cámara de Representantes (6).

Aunque al margen de las orientaciones reformistas que se manifiestan en los países occidentales que vamos a estudiar más adelante, no podemos olvidar al ocuparnos del movimiento de reforma en el mundo el nuevo Código Penal cubano, promulgado en 1979, y el Código Penal que en 1968 se dió la República Democrática Alemana.

## II. CARACTERÍSTICAS COMUNES AL MOVIMIENTO REFORMISTA MUNDIAL

Aunque, como se ha dicho (7), toda reforma penal depende esencialmente de factores ideológicos, sociales y económicos que la condicionan, del estado de desarrollo del ordenamiento penal que se trata de reformar y del Sistema político dominante, siendo desde esta perspectiva toda reforma un “fenómeno nacional”, no ofrece duda de que en las que se vienen desarrollando en el mundo se dan una serie de características comunes, que es posible detectar, y que han permitido a Jescheck hablar de “movimiento internacional de reforma penal”. De esas notas comunes —entre las que naturalmente se cuentan los grandes principios informadores del Derecho Penal de nuestro tiempo (legalidad, irretroactividad de ley penal desfavorable, intervención mínima, culpabilidad, proporcionalidad, etc.)— destacan unas que por responder a necesidades urgentes de la realidad social, que se dan

---

(6) Cfr. H-H. Jescheck, *Linee direttive*, cit., p. 186.

(7) H-H. Jescheck, *Linee direttive*, cit., pp. 187 y ss.

en todos los países de nuestro nivel de cultura y desarrollo, suponen respuestas a problemas comunes y goza, por ello, de extremada importancia el que se recojan, y el modo cómo se recogen, en la reforma que se trate de analizar. A nuestro entender, esas notas comunes son las siguientes:

### *1. LA DESPENALIZACION*

Todas las reformas en curso (o consumadas) se orientan a sacar del ámbito del Derecho Penal conductas que tradicionalmente han venido considerándose infracciones penales (delitos y contravenciones) y, por ende, castigándose con penas criminales. Viene aconsejada por dos razones fundamentales: por el respeto que se debe al principio de intervención mínima, y porque la necesidad de atender a la prevención general —puesta de manifiesto por las últimas investigaciones criminológicas— aconseja que el Derecho Penal solo tutele los bienes jurídicos que se muestran merecedores, necesitados y susceptibles de protección, a fin de concretar toda la eficacia intimidatoria de la pena en los delitos más graves, evitando el deterioro de esa eficacia que se produce cuando se emplea la pena criminal para tutelar intereses que no son considerados dignos de protección penal por la colectividad, sino solo por una minoría o un determinado sector social, o no están necesitados de ella porque bastan para hacerlos respetar otros medios jurídicos de reacción, o cuando, por la estructura y contenido del bien protegido, la sanción penal fracasa en su empeño de evitar los ataques que a él se dirigen.

Dos son las vías que las reformas penales extranjeras están utilizando para despenalizar. Frente a las infracciones de menor gravedad, su transformación en infracción administrativa castigadas, en consecuencia,

con una sanción también administrativa, generalmente pecuniaria. Lo han hecho así la República Federal de Alemania, Italia, Suiza, Japón en 1948 y la República Democrática Alemana (que, al igual que otros países socialistas, han diferido la competencia a órganos sociales de fábrica, colectivo, etc.). En opinión de Jescheck, está dando resultados óptimos en cuanto que garantiza la prevención general, mediante la pena pecuniaria, que generalmente es fuerte; se provee a la advertencia al autor, señalándole hasta dónde llegan los límites de la libertad; se descarga a la Administración de Justicia de meras bagatelas, permitiéndole ocuparse con más detenimiento de las infracciones más graves; se agiliza y simplifica el procedimiento, por ser administrativo; y el respeto al Derecho se asegura estableciendo recursos a las resoluciones administrativas de los que entienden y resuelven órganos judiciales (8).

Frente a los delitos de mayor gravedad, se está utilizando el argumento de que los bienes jurídicos que no son susceptibles de evitarse mediante su penalización, no deben ser *penalmente* protegidos para evitar un fracaso cierto y seguro del Derecho Penal. Encuentra así explicación la rapidez con que se ha extendido por el mundo la despenalización en el área de los delitos sexuales (adulterio, prostitución, estupro-engaño, raptó consensual) y en el área del aborto (9).

---

(8) H-H. Jescheck, *Linee direttive*, cit., p. 188.

(9) Sobre el aborto, cfr. G. Landrove, *Política criminal del aborto*, Barcelona 1976. Sobre los delitos sexuales, J.A. Sainz Cantero, *La reforma del Derecho Penal Sexual*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1978, pp. 237 y ss.

## 2. POTENCIACION DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIBERTAD DEL CONDENADO EN REGIMEN DE PRUEBA

En la Europa Continental, como es sabido, prevaleció de antiguo el sistema de *sursis* francés, conocido en nuestro ordenamiento, salvando los matices, por remisión o condena condicional. Permite suspender la ejecución de la pena impuesta, mediante sentencia, cuando se dan determinados requisitos. En los países anglosajones está arraigado el sistema paralelo de *probation*, mediante el cual, y dándose también determinados requisitos, el Tribunal, después de dictar el veredicto de culpabilidad, no impone la pena, confiando al reo, durante un plazo determinado, a un *oficial de probation*, el cual asiste y ayuda al condenado para facilitar su reinserción en la sociedad. Si la prueba tiene éxito, la pena no se impone.

Este último sistema es el que se está imponiendo en las últimas reformas, habiéndolo adoptado la República Democrática Alemana, Bélgica y Suecia, además de los países en que estuvo siempre vigente (Inglaterra, USA, Commonwealth). Los países socialistas se aproximan también a él, aunque la función del oficial de *probation* la ejercen órganos sociales colectivos (fábrica, Juntas de barrio, etc.).

Las ventajas de este sistema sobre el de *sursis* radica fundamentalmente en la asistencia que al condenado presta el oficial de *probation*, para ayudarle a superar con éxito el período de tratamiento en libertad.

## 3. POTENCIACION DE LA PENA PECUNIARIA

La pena pecuniaria está sustituyendo a la pena privativa de libertad, en lo que se refiere a la pequeña y mediana criminalidad. Se impone por el sistema de

días-multas —que está reemplazando también al sistema de multa global (10)—.

Sus ventajas, entre otras: evitar la pena de prisión; posibilita hacer la multa proporcional a la gravedad del delito, a la culpabilidad del sujeto y a la situación personal de éste; se puede fraccionar, lo que permite imponerla en una cantidad fuerte; rompe la desigualdad entre pobres y ricos, que el sistema global de multa comporta; y puede imponerse hoy a gran número de personas porque lo facilita el nivel de desarrollo alcanzado en gran número de países.

Lo han adoptado la República Federal de Alemania, Austria, el Código Penal Tipo para Latinoamérica, algunos Códigos latinoamericanos y, por supuesto ya que fueron los iniciadores, los países escandinavos. Lo han rechazado Inglaterra, Francia, Japón y Holanda. Buscan nuevos sistemas de aplicación de la pena de multa Bélgica y Holanda (11).

#### 4. SUSTITUCION DE LA PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD POR NUEVAS SANCIONES Y OTROS MEDIOS

Se tratan de evitar los inconvenientes que conllevan las penas privativas de libertad, intentando conseguir al mismo tiempo el fin de prevención general y efectos socialmente positivos, como el resarcimiento de la víctima y la realización de trabajos gratuitos en favor de la comunidad.

En la base de este intento hay dos ideas matrices: el fracaso de la pena de prisión y la convicción de que existen otros bienes jurídicos, además de la liber-

---

(10) J.L. Manzanares, *La pena de multa*, Las Palmas de Gran Canaria, 1977; H-H. Jescheck, *La pena pecuniaria. Moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi*, en *L'Indice Penale*, 1977, pp. 366 y ss.

(11) H-H. Jescheck, *Linee direttive*, cit., p. 192.

tad, de que puede ser privado el hombre. Son bienes a los que el ser humano concede una estimación, por lo menos igual, que a la libertad. A la privación de esos bienes debe ir orientado el nuevo sistema de sanciones.

Entre los medios de sustitución más importantes, merecen recordarse: la *aplicación del principio de oportunidad*, en virtud del cual el Ministerio Fiscal puede, en los casos más leves, archivar el procedimiento, bajo condiciones, antes de iniciar la acción penal, que han incorporado Holanda, Inglaterra, Francia, Japón, USA y la República Federal de Alemania; la *suspensión del fallo*, institución que permite al Juez suspender el pronunciamiento de la sentencia, si estima que el mismo no es necesario (la República Federal de Alemania, Francia, Inglaterra y Canadá lo incorporan); el *perdón judicial*, mediante el que el juez perdona al sujeto después de declararlo culpable (lo incorpora Holanda); las *amonestaciones*, consistentes en reprender o amonestar, pública o privadamente al sujeto, después de dictado el veredicto de culpabilidad (Países Socialistas, Países Nórdicos, Inglaterra, República Federal de Alemania); la *prohibición de ejercer determinadas profesiones o cargos públicos*, que tradicionalmente aparecía como pena accesoria, se ha incorporado como pena principal en Francia y en algunos países latinoamericanos; el *arresto de fin de semana*, que se utiliza en Europa como pena autónoma y como modo de ejecución de la de privación de libertad, y que aparece en las leyes penales de Bélgica, Suiza y Turquía (12); instituciones

---

(12) J.A. Sainz Cantero, *Consideración sobre el arresto de fin de semana y su utilización para el tratamiento del delincuente*, en *Libro-Homenaje al Prof. López Rodó*, vol. III, Madrid 1972, pp. 377 y ss.; A. Jorge Barreiro, *El arresto de fin de semana como medida de seguridad*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1974, pp. 185 y ss.

análogas son la prisión de noche (Suecia) y la permanencia disciplinaria (Gran Bretaña). Especial mención merecen *los trabajos gratuitos en provecho de la comunidad* que el Tribunal puede imponer al culpable, fijando el número de horas que debe realizar, el cual es proporcional a la gravedad de la infracción y al grado de culpabilidad. Los trabajos son generalmente manuales y de prestación de servicios en clubes de jóvenes, residencias de minusválidos y ancianos, hospitales, guarderías, etc. Inglaterra y la República Federal de Alemania los han incorporado a sus leyes y el Consejo de Ministros de Europa los ha recomendado (13).

5. RESPECTO A LA GRAN CRIMINALIDAD, MANTENIMIENTO DE LA PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD, ORIENTANDOLA A LA RESOCIALIZACION DEL DELINCUENTE, EN LA MEDIDA QUE SEA POSIBLE

Se entiende aquí por gran criminalidad los autores de delitos de violencia, especialmente los terroristas, y los delincuentes peligrosos (peligrosidad criminal). Frente a los primeros el movimiento internacional de reforma mantiene la pena de privación de libertad de larga duración y los establecimientos penitenciarios de máxima seguridad. Frente al peligroso criminal, se arbitran medidas de seguridad de privación de libertad y máxima dureza como pueden ser la custodia de seguridad (República Federal de Alemania, Francia, Italia), mero internamiento (Bélgica, Suecia), pro-

---

(13) Cfr. el documento del Consejo de Europa '*Projet de resolution sur les mesures penales de substitution aux peines privatives de liberte autres que el sursis, la probation et les mesures analogues et Proyet de Rapport explicatif*' (Strasbourg, 1976). Vid. también J.A. Sainz Cantero, *La sustitución de la pena de privación de libertad*, en *Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pp. 232 y ss.

longación de la pena privativa de libertad más allá de la medida de la culpabilidad (Inglaterra, USA, algunos países socialistas), internamiento en Centros de Adaptación Social (Polonia), pena privativa de libertad indeterminada (Argentina, Brasil, USA, Canadá, Proyecto Japonés de 1974), etc.

Fundamentan la dureza de estas previsiones la necesidad de prevención general y defensa de la sociedad, mantenimiento del orden público y conveniencia de resucitar la confianza de la población en la seguridad pública (14).

### III. EL PROYECTO ESPAÑOL A LA LUZ DE ESTAS ORIENTACIONES

Fijadas así las orientaciones del movimiento mundial de reforma, podemos preguntarnos en qué medida se inserta el Proyecto español en ese contexto mundial. Adelantando conclusiones, podemos apresurarnos a decir que nuestro Proyecto está en línea con ese movimiento, no desmerece en absoluto de él y, sin llegar —pienso que afortunadamente— a las posiciones más avanzadas, no se queda entre los rezagados: ha optado por una posición intermedia, de renovación moderada, que es la que corresponde al grado de evolución social del pueblo español. Esto no quiere decir que lo aceptemos sin crítica; el Proyecto tiene muchos puntos atacables —y mejorables— y en la crítica de ellos vamos a detenernos. Analicemos, ahora, por qué se puede adelantar la conclusión que avanzamos.

---

(14) Cfr. H-H. Jescheck, *Linee direttive*, cit., pp. 193 y ss.

## 1. DESPENALIZACION

A) El propósito de despenalización es claro y decidido en:

a) La expresa renuncia a castigar los delitos de opinión que se reducen a su mínima expresión (15).

b) El nuevo sistema de punición de los delitos culposos. Superada la normativa vigente que, como es sabido, hace posible, a través de las cláusulas generales de los arts. 565, 586 n<sup>o</sup> 3 y 600, castigar en principio todos los delitos a título de culpa, excepto los que sean portadores de elementos subjetivos del injusto o de elementos de culpabilidad, o bien sean por sí mismos delitos culposos o constituyan delitos de mera actividad (16), se establece el sistema de *numerus clausus* mediante el art. 18 que declara que “las acciones y omisiones culposas solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”. Con ello se despenalizan gran número de conductas imprudentes leves que producen resultados dañosos no graves, sin que por ello las víctimas queden sin protección jurídica, pues pueden encontrar la adecuada reparación en el campo del Derecho Civil.

No todo el tratamiento que del delito culposo hace el Proyecto es merecedor de elogio. Sus previsiones comportan un grave inconveniente, que a mi modo de ver supone una regresión respecto a la normativa todavía vigente: ha hecho desaparecer la posibilidad —que admite el actual art. 586, n<sup>o</sup> 3— de que sean calificados como falta resultados graves, como pueden

---

(15) Cfr. G. Rodríguez Mourullo, *Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código Penal español de 1979*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, III, Santiago de Compostela, 1979, pp. 251 y ss.

(16) A. Quintano Ripolles, *Derecho Penal de la culpa (Imprudencia)*, Madrid 1958; J.M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español. Parte General*, cit., pp. 462 y ss.

ser el homicidio o las lesiones graves, cuando se cometen con la forma más leve de culpa o imprudencia.

c) La reducción del área de punibilidad de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, que según la normativa vigente se castiga en todos los delitos (17), y, conforme al art. 23 del Proyecto, “los actos preparatorios de la infracción penal, así como la conspiración, proposición o provocación para delinquir y la apología del delito, solo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley”.

d) El juego del principio de “no exigibilidad” en el área de la configuración de los tipos, que ha operado como principio regulador para los redactores del Proyecto, lo que ha dado lugar a la reducción del área de lo punible en algunos delitos, especialmente en las infracciones penales contra el orden familiar.

Así ocurre, entre otros, en los delitos de suposición de parto (art. 288) y falsa atribución de la paternidad de un niño (art. 289). En el ordenamiento todavía vigente, los supuestos que contemplan estos nuevos tipos se recogen en la figura de suposición de parto (art. 468) y entre los delitos de falsedades, sin que para la realización del tipo se exija ánimo de perjudicar al recién nacido, al niño o a un tercero. En el Proyecto se establece como requisito del tipo el *ánimo de perjudicar*, sin cuya comprobación ni la suposición de parto (18) ni la falsa atribución de paternidad (19) son constitutivos de delito.

(17) *Art. 3 CP*: “Son punibles el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir”.

(18) *Art. 288*: “La suposición de parto *con ánimo de perjudicar al recién nacido o a un tercero*, y la sustitución de un niño por otro, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

(19) *Art. 289*: “El que fuera de los supuestos del artículo anterior, se atribuyere falsamente la paternidad de un niño *con ánimo de perjudicar a éste o a un tercero*, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años”.

Con esta exigencia se recorta indudablemente el área de lo punible (se despenaliza, por tanto) en los mencionados supuestos. La razón de este recorte puede hallarse en la valoración por el mismo legislador de supuestos de no exigibilidad que ha preferido excluir del área del tipo, evitando así que se consideren conductas típicas la de quienes, tratando de evitar por ejemplo que el niño legalmente adoptado tuviera conocimiento un día de que aquellos a quienes creyó sus padres de sangre no lo eran, y con ese conocimiento el posible dolor y situación dañosa, prefieren ahora acudir a la suposición de parto o a la falsedad registral. En la actualidad existe al respecto una extensa casuística que la práctica viene ofreciendo. Se manifiesta así una nueva función del principio de no exigibilidad: la de operar sobre la facultad estatal de exigir determinados comportamientos al individuo y castigar con pena criminal a quien desoiga la exigencia. La limitación que ello supone puede tener lugar —y así ha ocurrido en la elaboración del Proyecto— al trazar el área de los tipos penales.

Para mi esta función del principio de no exigibilidad resulta evidente. Como es sobradamente sabido, al Estado corresponde la facultad de exigir al individuo determinados comportamientos, la cual desarrolla a través de los órganos legislativos, quienes no pueden actuarla de modo caprichoso o arbitrario, en cuanto está sometida a determinadas limitaciones que procederán unas veces del respeto debido a las libertades y garantías individuales (limitaciones que se deducen de las proclamaciones y previsiones constitucionales), otras de normas supraestatales o convenios internacionales que el Estado ha ratificado expresamente, y en ocasiones —y esta es la que aquí de modo especial interesa— de la esfera del poder concreto del destinatario de la norma, tenidas en cuenta las circuns-

tancias en que se ve impulsado a actuar (el “principio de no exigibilidad” que obligará al órgano legislativo a tener en cuenta ese poder concreto del individuo al trazar el área de lo típico de algunas figuras delictivas y al elaborar el Catálogo de eximentes de responsabilidad criminal) (20).

e) La reducción del área del tipo del delito de abandono de familia. El *art. 297* del *Proyecto* solo castiga como tal el incumplimiento del deber de “prestar la asistencia indispensable para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge necesitados”. La normativa vigente, en el *art. 487 CP*, castiga *además* otros deberes, al hablar de incumplimiento de “los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio” cuando el culpable abandona maliciosamente el domicilio familiar o si el incumplimiento de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.

Estas áreas delictivas no son, por supuesto, las únicas donde se realiza una real despenalización, pero creo bastan a título de ejemplo para mostrar el propósito despenalizador del Proyecto.

B) La despenalización es, sin embargo, tímida y se queda a mitad de camino en lo que respecta a las faltas del Libro III, donde se mantienen muchos tipos de los que se debería haber descargado el Proyecto.

Así, por solo citar algunos ejemplos, los tipos que se describen en el *art. 663* (“Serán castigados con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de uno a siete días”) *nº 1* (“Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto”) y *nº 2* (“Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales para

---

(20) J.A. Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, I, Barcelona 1979, pp. 16 y ss.

echarlos en el acto a caballerías o ganados”); en el *art. 644* (“Serán castigados con la pena de multa de diez a treinta días”) *nº 2* (“Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares”); *art. 678* (“Serán castigados con multa de cinco a veinte días”) *nº 3* (“Los que arrojaran animales muertos o basuras en las calles o sitios públicos donde esté prohibido hacerlo, o ensuciaren las fuentes o abrevaderos”); *art. 680* (“Serán castigados con la pena de multa de cinco a quince días”) *nº 4* (“Los que tuvieran en los parajes exteriores de su morada, sobre la calle o vía pública, objetos que amenacen causar daño a los transeuntes”); *art. 681* (“Serán castigados con la pena de arresto de uno a seis fines de semana y multa de diez a treinta días”) *nº 3* (“Los que turbaren levemente el orden público usando de medios que racionalmente deban producir alarma o perturbación”); *art. 683* (“Serán castigados con multa de cinco a diez días”) *nº 1* (“Los que promovieren o tomaren parte activa en reuniones tumultuosas, rondas u otros esparcimientos nocturnos con ofensa de alguna persona o con perjuicio o menoscabo del sosiego público”), *nº 2* (“Los que causaren perturbación o escándalo con su embriaguez”) y *nº 3* (“Los que perturbaren a sus vecinos con sus discusiones o esparcimientos domésticos, después de haber sido amonestados por la autoridad”).

En este campo sería aconsejable seguir el ejemplo de otros ordenamientos extranjeros, como el alemán, donde la comisión de hechos semejantes a los mencionados se han sacado del Código Penal para llevarlos a una ley que tipifica contravenciones y las conmina con sanción administrativa impuesta por órganos también administrativos. La posibilidad de un recurso de apelación ante un órgano judicial vela por la pure-

za del procedimiento y la adecuación a Derecho del fallo (21).

C) No se ha seguido la línea despenalizadora del movimiento mundial de reforma, ni en el área del aborto ni en el campo de los delitos sexuales.

En el área del aborto, el Anteproyecto incorporó las indicaciones terapéutica, ética y eugénica dando así un importante paso en el camino de la despenalización. El Proyecto se aparta de la solución del Anteproyecto ampliando incluso el área de penalización en dos sentidos.

Uno, en lo que se refiere al dolo eventual. Como es sabido, al exigir la normativa vigente para castigar el aborto que éste haya sido causado *de propósito*, no solo deja fuera del área penal los abortos culposos sino también —conforme a la opinión doctrinal dominante— los realizados a título de dolo eventual, con la sola excepción de la figura que incorpora el art. 412 del vigente Código Penal. En el Proyecto no se hace la exigencia del *propósito*, entendiéndose que el aborto culposo (como ocurre con los demás delitos culposos) solo se castiga cuando se tipifique expresamente, cosa que desde luego el Proyecto no hace. Pero ¿y los abortos causados a título de dolo eventual?. Al no encontrar ahora el obstáculo de la exigencia a que me refiero, podrán castigarse todos,

---

(21) En la doctrina española, F. Castejón propugnó una solución parecida al hablar de un *Código de Policía* que habría de recoger las faltas penales y las infracciones de policía (administrativas), cuyo enjuiciamiento se sometería a una jurisdicción administrativa (Tribunales de Policía). Cfr. F. Castejón, *En torno a lo penal y lo administrativo*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Madrid 1942; “*El Código de Policía y los Tribunales de Policía*”, en *Investigación*, Madrid 1950; y “*Faltas penales, gubernativas y administrativas*”, Madrid, 1950. Vid. también J.M. Stampa Braun, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Valladolid 1953, pp. 50 y ss.

pues el dolo eventual no deja por ello de ser dolo, y dolo es lo único que exige el nuevo art. 161 del Proyecto. El art. 174 (22), que acuña fórmula semejante al vigente art. 412, no impide esta interpretación pues recoge posibles supuestos de dolo eventual y de culpa con representación, sin determinar por ello que las demás hipótesis de dolo eventual queden impunes.

El segundo sentido en que se extiende el área de penalización del aborto, es en lo que se refiere a la extraterritorialidad de la ley penal que incorpora el art. 10 del Proyecto (23), y que parece orientado a facilitar la punición en nuestro país de lo que se ha dado en llamar el “turismo abortístico”.

En el campo de los delitos sexuales, el Proyecto resulta regresivo respecto a algunos de los sectores delictivos modificados por la Ley 46/1978 de 7 de Octubre. Se advierte esto especialmente en la vuelta a la confusión entre Moral y Derecho —que el Código Penal de 1944 y sus sucesivas modificaciones hasta 1973 encarnaban, y había eliminado la citada Ley de 1978— que supone la previsión del *art. 205*, párrafo segundo, al castigar el acceso carnal con mujer mayor de doce años y menor de catorce, sin exigir la concurrencia de otras circunstancias (engaño, prevalimiento, etc.), lo que supone penar la mera for-

---

(22) *Artículo 174*: 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.

(23) *Artículo 10*: Las leyes penales españolas son aplicables a los hechos previstos en ellas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los responsables de los mismos sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho.

En tal caso, el delincuente será juzgado por los Tribunales españoles, salvo que haya sido absuelto en el extranjero o, caso, de haber sido condenado, haya extinguido totalmente su responsabilidad.

nicación y el *plus* de pena que, con referencia al escándalo público y al estupro, corresponde a la nueva y expresa tipificación del incesto que hace el art. 291 del Proyecto, *plus* que indudablemente no tiene otra fundamentación que la de constituir incesto (en sentido moral) el hecho básico del yacimiento (24). Representa también un paso atrás en el camino de la despenalización la vuelta al límite de dieciocho años para la protección penal en el estupro-fraudulento que tipifica el art. 204 del Proyecto (25), habida cuenta de que la Ley 46/1978 de 7 de Octubre bajó ese límite a los 16 años en el art. 435 del Código Penal vigente (26).

En el campo de los delitos relativos a la prostitución, sí consigue el Proyecto una despenalización a la altura de otros ordenamientos penales del mundo, desincriminando muchas de las conductas que conforme al Código Penal vigente son constitutivas de delito.

## 2. LA POTENCIACION DEL REGIMEN DE PRUEBA

Nuestra reforma *quiere aproximarse* a las reformas extranjeras en lo que afecta a la adopción del sistema

---

(24) *Artículo 291*: El que cometiere incesto yaciendo con descendientes, ascendientes, hermano o hermana, será castigado con pena de prisión de seis meses a cuatro años cuando por la publicidad del hecho derivase escándalo.

En igual pena incurrirá el que cometiere incesto con un pariente de los expresados en el párrafo anterior, menor de dieciocho años, prevaleciendo de su ascendencia o autoridad familiar.

(25) *Artículo 204*: El estupro de una mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho, interviniendo engaño bastante para lograr su consentimiento, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana.

(26) *Art. 435 CP*: "Comete, asimismo, estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciseis. En este caso la pena será de arresto mayor".

de *probation*. Para evitar la ejecución de las penas de privación de libertad, el *art. 94* del Proyecto mantiene el sistema francés de *Sursis*, llamado tradicionalmente entre nosotros condena o remisión condicional, pero acercándolo al sistema de *probation* (27).

Las principales novedades que se introducen son que el Tribunal podrá imponer al reo la observancia de reglas de conducta y la realización de tareas tendientes a evitar la recaída en el delito y a favorecer su reinserción social, así como disponer que se le preste ayuda por los organismos asistenciales de Instituciones Penitenciarias; que el condenado queda sometido al Juez de Vigilancia; y que la remisión de la pena está condicionada a que el condenado no delinca, observe las reglas de conductas y cumpla las tareas impuestas por el Tribunal en el período de suspensión de la ejecución de la pena (28).

---

(27) *Artículo 94*: Serán condiciones indispensables para suspender la aplicación de la pena.

1<sup>a</sup>. Que el reo haya delinquirido por primera vez.

2<sup>a</sup>. Que no haya sido declarado en rebeldía.

3<sup>a</sup>. Que la pena consista en privación de libertad cuya duración no exceda de doce meses y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa.

En los casos comprendidos en los tres números anteriores, los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional, según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de toda clase que concurrieren en su ejecución.

El Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas de hasta veinticuatro meses de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa y motivada, si en el hecho delictivo concurriere alguna exención incompleta o atenuante muy calificada, apreciadas como tales en la sentencia.

El Tribunal podrá imponer al reo la observancia de reglas de conducta y la realización de tareas, tendientes a evitar la recaída en el delito y a favorecer su reinserción social, así como disponer que se le preste ayuda por los organismos asistenciales de Instituciones Penitenciarias.

(28) *Artículos 95*: La remisión de la pena quedará condicionada a que el condenado no delinca, observe las reglas de conducta y cumpla

Siendo plausible el paso dado, hay que decir que dista todavía mucho del sistema de tratamiento en libertad que aplica el mundo jurídico anglosajón.

### *3. POTENCIACION DE LA PENA PECUNIARIA*

Respecto a la pena pecuniaria nuestra reforma alcanza las cotas más altas. La conmina con mayor prodigalidad que el Código Penal vigente y se utiliza, también con más frecuencia, como alternativa de la pena de privación de libertad. Los arts. 55 a 58 establecen el sistema de días-multa, abandonando el sistema de cuota global. Se señala cuota diaria (de 100 a 20.000 pts.), cuota semanal (de 700 a 140.000 pts.) y cuota mensual (de 3.000 a 600.000 pts.). El mecanismo de imposición es similar al adoptado por los ordenamientos extranjeros a que venimos refiriéndonos. Se conmina en una extensión de 1 día a 24 meses. Los Tribunales determinarán el número de cuotas teniendo en cuenta la gravedad del delito y la culpabilidad del sujeto y fijarán el importe de la cuota con base en la situación económica del reo. Se prevé el arresto sustitutorio por impago de la multa.

En un país como el nuestro donde tantas dificultades encuentran los órganos administrativos fiscales del Estado para determinar la auténtica renta de los contribuyentes, debemos desconfiar de la eficacia de los órganos judiciales para llegar al necesario conocimiento de la verdadera situación económica del reo, y estamos autorizados a temer que una vez más sean quienes tienen contabilizados sus ingresos a través de nóminas los que de modo más intenso sientan la presión

---

las tareas impuestas por el Tribunal en el periodo de suspensión de la ejecución de la pena, quedando sometido al control del Juez de Vigilancia, quien podrá acudir en cualquier momento al Tribunal interesando la revocación del beneficio.

económica que supone este nuevo sistema de determinación de la pena pecuniaria. Ello no es, sin embargo, razón suficiente para rechazarlo.

#### *4. SUSTITUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR NUEVAS SANCIONES Y OTROS MEDIOS DE REACCION*

El propósito de evitar la imposición, o el cumplimiento, de la pena de privación de libertad, tiene presencia en el Proyecto por tres vías: la incorporación de nuevas instituciones, la posibilidad judicial de sustituir la pena de prisión y la desaparición de la pena de prisión inferior a seis meses.

El intento de incorporar nuevas instituciones es muy tímido. Se concreta en la consideración de pena que se da al arresto de fin de semana (hasta ahora considerado medida de seguridad por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970) en el *art. 42* del Proyecto y la posibilidad de la suspensión del fallo que prevén los *arts. 91 a 93* del mismo.

El arresto de fin de semana se contempla en una extensión mínima de un fin de semana y máxima de veinticuatro. La duración de cada uno es de 36 horas y se cumplen los sábados y domingos, en régimen de aislamiento en celdas, preferentemente en el establecimiento penitenciario, depósito municipal o centro policial más próximo al domicilio del arrestado. Se prevé la posibilidad de que el Juez, si no existieren los indicados Centros en la localidad donde residiere el arrestado o no dispusieran estos de medios adecuados para el cumplimiento del arresto, pueda ordenar el cumplimiento de éste en el propio domicilio del culpable o sustituirlo por una pena de multa. El Proyecto remite a los reglamentos para las circunstancias de su ejecución no expresamente previstas en el *art. 42*

(29). Las realizaciones materiales (edificio, personal especializado, seriedad y autonomía del arresto, etc.) es lo que debe cuidar la Administración si se quiere que esta nueva pena tenga éxito, cualquier descuido a este respecto puede tener consecuencias fatales. La posibilidad de que el Juez la transforme en arresto domiciliario, nos parece altamente censurable, por comportar el riesgo de convertir la resolución en una fuente de desigualdades personales. También su conversión en pena de multa comporta este riesgo, agravado porque en algunos casos pudiera parecer que “con dinero” se compra la propia libertad de un fin de semana. Pienso que sin tener los establecimientos adecuados, es muy aventurado consignarla en el texto punitivo.

La suspensión del fallo de las sentencias condenatorias podrán hacerla los Tribunales, motivadamente, durante un plazo de dos a cinco años, cuando se den los requisitos que el art. 92 señala (30). El Tribunal

---

(29) *Artículo 42*: El arresto de fin de semana tendrá una extensión mínima de un fin de semana y máxima de veinticuatro. La duración de cada uno será de treinta y seis horas y se cumplirá los sábados y domingos en régimen de aislamiento en celda. Se llevará a efecto, preferentemente, en el establecimiento penitenciario, depósito municipal o centro policial más próximo al domicilio del arrestado. Si no existieren los indicados centros en la localidad donde residiere el arrestado, o no dispusieran éstos de medios adecuados para el cumplimiento del arresto, el Juez podrá optar por ordenar dicho cumplimiento en el propio domicilio del culpable, siempre que se disponga de una vigilancia suficiente, o sustituirlo por una pena de multa, estableciendo cuatro cuotas diarias, de las mencionadas en el artículo 55, por cada fin de semana impuesto.

Si el condenado incurriere en dos ausencias no justificadas, el arresto se ejecutará ininterrumpidamente, hasta el cumplimiento de la condena, computándose dos días de privación de libertad por cada fin de semana.

Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente.

(30) *Artículo 92*: Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso el fallo de la sentencia:

puede imponer al reo la observancia de reglas de conducta y la realización de tareas tendentes a evitar la recaída en el delito y a favorecer su reinserción social. Puede disponer también que se le preste ayuda por los organismos asistenciales de Instituciones Penitenciarias. Cuando acuerda la suspensión del fallo, el Tribunal se abstiene de dictar la parte dispositiva de la sentencia y la suspensión queda condicionada a que el Tribunal observe buena conducta en el periodo que se señale, durante el cual está sometido al Juez de Vigilancia, quien puede acudir en cualquier momento al Tribunal, interesando la revocación del beneficio. Transcurrido el plazo de suspensión, el reo comparece de nuevo ante el Tribunal quien, oídos el Juez de Vigilancia y el Fiscal, acordará pronunciar el fallo o dejar definitivamente sin efecto la sentencia (31).

---

1ª. Que el reo haya delinquirido por primera vez, y no haya sido declarado en rebeldía.

2ª. Que la infracción cometida no constituya delito grave.

3ª. Que del delito no se deduzcan responsabilidades civiles o se hayan satisfecho en lo posible las que se hubieren originado.

4ª. Que el culpable sea menor de veintitún años al tiempo de cometer el delito. Excepcionalmente podrá hacerse uso de esta facultad, en beneficio de los mayores de esa edad, siempre que al delinquir el culpable no hubiere obrado por móviles abyectos o de lucro, haya dado muestras probadas de arrepentimiento o regeneración y la pena a imponer consista en prisión que no exceda de un año, cuotas multa que no rebasen los seis meses o arresto de fin de semana.

También podrá aplicarse este beneficio con la sola concurrencia de las dos primeras condiciones anteriormente señaladas, en los supuestos del párrafo segundo del artículo 25.

El Tribunal podrá imponer al reo la observancia de reglas de conducta y la realización de tareas, tendentes a evitar la recaída en el delito y a favorecer su reinserción social, así como disponer que se le preste ayuda por los organismos asistenciales de Instituciones Penitenciarias.

(31) *Artículo 93*: La suspensión del fallo quedará condicionada a que el reo observe las reglas de conducta y cumpla las tareas que le hubiere impuesto el Tribunal en el período de suspensión, durante el cual estará sometido al control del Juez de Vigilancia, quien podrá acudir

La sustitución de la pena de prisión la prevé el Proyecto facultando al Tribunal para hacerlo por la de arresto de fin de semana o por la de multa. La sustitución por el arresto de fin de semana se prevé para cuando la pena de prisión no exceda de un año, al arbitrio del Tribunal, en atención a las circunstancias del reo y la naturaleza del hecho. En tales casos, el culpable vendrá obligado a ingresar en el establecimiento adecuado los fines de semana comprendidos en el tiempo de la condena. Si incurre en dos ausencias no justificadas, la pena de prisión impuesta se ejecutará ininterrumpidamente hasta el cumplimiento de la condena, sin que puedan computarse para establecer la duración de aquéllas los fines de semana ya cumplidos (32).

La sustitución de la pena de privación de libertad por la sanción pecuniaria se prevé para casos excepcionales —siempre que el reo no sea reincidente ni haya obrado por móviles abyectos o fútiles— cuando la duración sea inferior a dos años. En esos casos, cada día, semana o mes de privación de libertad será sustituido por cuotas diarias, semanales o mensuales de multa (33). Tampoco esta sustitución está libre de riesgos, en cuanto que pueda introducir elementos

---

en cualquier momento al Tribunal, interesando la revocación del beneficio.

Cuando el Tribunal acuerde la suspensión del fallo, se abstendrá de dictar la parte dispositiva de la sentencia y la suspensión quedará condicionada a que el reo observe buena conducta en el período que se señale, durante el cual estará sometido a observación del Juez de Vigilancia, quien podrá acudir en cualquier momento al Tribunal, interesando la revocación del beneficio.

Transcurrido el plazo de suspensión, el reo comparecerá de nuevo ante el Tribunal, quien, oídos el Juez de Vigilancia y el Fiscal, acordará pronunciar el fallo o dejar definitivamente sin efecto la sentencia.

(32) Cfr. art. 99 del Proyecto.

(33) Cfr. art. 100 del Proyecto.

discriminatorios en favor de los más situados económicamente.

La desaparición de la pena privativa de libertad inferior a seis meses se establece en el *art. 39* al fijar que las penas de prisión tendrán una duración mínima de seis meses, con lo que nuestro ordenamiento se pondrá a la cabeza del movimiento que propugna la desaparición de las penas cortas de privación de libertad.

Entre los medios sustitutivos que se acaban de indicar no aparecen expresamente la imposición de trabajos gratuitos en favor de la Comunidad que, como hemos recordado con anterioridad, han sido recomendados por el Consejo de Europa. ¿Quiere decir ello que nuestra reforma ha renunciado a incorporar el trabajo comunitario?. Pienso que no; se deja una puerta abierta —o puede abrirse— a través de las tareas que el Tribunal, o el Juez de Vigilancia, puede imponer cuando se acuerda la suspensión del fallo (34), la condena condicional (35) y la libertad condicional (36). Será preciso que el Estado o los Entes Autónomos organicen las bases para desarrollar y encauzar en favor de la Comunidad este trabajo, tarea esta que no resultará fácil y cuyo fracaso puede dar al traste con cualquier esperanza de incorporarlo a nuestro sistema punitivo.

##### *5. LA GRAN CRIMINALIDAD*

Respecto a la gran criminalidad, nuestro Proyecto sigue las directrices que hemos registrado en el movimiento de reforma de ordenamientos extranjeros. Se advierte tanto de cara a la pena retributiva como

---

(34) Cfr. art. 92.

(35) Cfr. art. 94.

(36) Cfr. art. 102.

frente al delincuente calificado de peligroso (peligrosidad criminal).

De cara a la pena retributiva, está manifiesta esa orientación en la mayor dureza que se fija respecto a los delitos de terrorismo para los que se conminan penas superiores al límite máximo de 20 años que, en general, señala el art. 39, que pueden elevarse a 25 años si se producen determinados resultados (muerte, lesiones graves, violación, secuestro) e incluso a 35 años cuando se prevé la imposición de la pena superior en grado a la que se conmina para los tipos básicos (37).

De cara al delincuente peligroso, destaca la extrema dureza de las medidas que se prevén para los delinquentes habituales (38), para los habituales en delitos culposos o de riesgo cometidos con vehículo de motor (39) y para los delinquentes profesionales (40)

(37) Cfr. arts. 560 a 562 del Proyecto.

(38) *Artículo 150*: A los delinquentes habituales se les impondrá, como complemento de la pena correspondiente al delito cometido, el internamiento en un centro de terapéutica educativa o de rehabilitación social de los previstos para tales delinquentes, por el plazo que señale el Tribunal, sin que pueda exceder de diez años.

Cumplido el período de internamiento, el Tribunal podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

- a) Prohibición de residencia.
- b) Prohibición de concurrir a determinados lugares o encontrarse fuera de su domicilio a determinadas horas.
- c) Privación del derecho de conducir.
- d) Privación del derecho a portar armas.
- e) Asistencia por delegados del Juez de Vigilancia.

A los efectos de este artículo se considera habitual al delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos que, no habiendo sido cancelados registralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir, según declaración expresa del Tribunal.

(39) *Artículo 151*: A los habituales en delitos culposos o de riesgo cometidos con vehículos de motor, se les impondrá, además de la pena correspondiente, la medida de privación del permiso de conducir por tiempo de cinco a quince años, que tendrá carácter definitivo en los ca-

así como a la posibilidad que, respecto del joven mayor de 15 años y menor de 21, establece el art. 148 del Proyecto, al conceder al Tribunal la facultad de sustituir la pena de prisión que le sea impuesta por el internamiento en un Centro de rehabilitación social para jóvenes delincuentes *por periodo indeterminado*, hasta conseguir su corrección, sin que en ningún caso este internamiento pueda exceder de diez años.

La construcción de los Centros de Terapéutica educativa y de Rehabilitación Social para delincuentes habituales y profesionales y para jóvenes delincuentes que se prevén para esos peligrosos es esencial para la viabilidad de las medidas que se contemplan, las cuales no deben ser impuestas sin que esos Centros —y el personal necesario— exista. En este punto debemos seguir también el ejemplo extranjero (República Federal Alemana) y no poner en vigor la parte corres-

---

tos en que el Tribunal declare la grave peligrosidad del sujeto para el tráfico.

A los efectos de este artículo se considerarán habituales los que hubiesen sido condenados por tres o más delitos de aquella clase cometidos dentro de un plazo no superior a cinco años y no cancelados registralmente.

(40) *Artículo 152*: A los delincuentes profesionales, se les impondrá, como complemento de la pena señalada al delito cometido, el internamiento en el correspondiente centro de rehabilitación social prevista en el número 5º del artículo 135.

Cumplido el período de internamiento, el Tribunal podrá acordar todas o algunas de las medidas siguientes:

- a) Obligación de residir en un lugar determinado.
- b) Prohibición de residencia.
- c) Prohibición de concurrir a determinados lugares o de encontrarse fuera de su domicilio a determinadas horas.
- d) Privación del derecho a conducir.
- e) Privación del derecho a portar armas.
- f) Asistencia por delegados del Juez de Vigilancia.

A los efectos de este artículo se considera profesional al delincuente habitual que viva en todo o en parte de las ganancias del delito.

pendiente del ordenamiento mientras esos Centros no estén a punto de entrar en funcionamiento.

#### V.— CONCLUSIONES

Resumiendo lo que se acaba de exponer, pudieran señalarse a modo de conclusiones:

A) El Proyecto sigue las directrices comunes a las reformas extranjeras, algunas de las cuales vienen siendo muy elogiadas por nuestra doctrina.

B) En ese marco, muestra incluso una moderación que no han conseguido muchas reformas extranjeras.

C) Consigue dulcificar las penas sin desatender la prevención general. En este punto se encuentra a la altura de las innovaciones que se registran en el panorama comparatista.

D) El éxito de algunas instituciones nuevas que se han incorporado (arresto de fin de semana, Centros de terapéutica educativa, Centros de rehabilitación Social, etc.), tomadas —a veces literalmente— de otros países, exige un desarrollo reglamentario y una política de construcción de establecimientos, y preparación de personal especializado, cuyo fracaso puede dar al traste con parte de la reforma. Debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la solución de este problema no depende de los buenos deseos y propósitos progresistas de los autores de la reforma, sino que constituye un fenómeno más complejo en el que juega un papel básico las disponibilidades económicas de la Administración y, por tanto, la política económica. El horizonte que se abre para los próximos años no es precisamente esperanzador, por lo que toda cautela será poca a la hora de poner en vigor el nuevo Código, pareciendo ahora aconsejable optar por una gradual

entrada en vigor del sector normativo afectado en función de la construcción de instalaciones y disposiciones de personal especializado.

E) No se nos oculta que el Proyecto amplía considerablemente el arbitrio judicial, postura que ha preocupado ya a un sector de la doctrina. Tampoco en esto se separa el Proyecto de la tónica imperante en el mundo, donde se empieza a creer que si se pretende hacer un Derecho Penal nuevo, no anquilosado, hay que depositar la confianza en el Poder Judicial.

Estas conclusiones se refieren, naturalmente, a las previsiones de la Parte General del Proyecto que en este trabajo se han examinado. A la Parte Especial del mismo, que no está a la altura de la Parte General, y presenta muchas áreas altamente criticables, no afecta la valoración que se acaba de hacer.

**JOSE CEREZO MIR**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza



**Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de  
Código Penal**

El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal merece en su conjunto una valoración muy positiva, tanto en su Parte General (superación del principio del *versari in re ilícita*, exigencia de la culpa en los delitos calificados por el resultado, regulación del error de prohibición, la adopción del principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, supresión de las penas cortas de privación de libertad, adopción del sistema de días-multa para la regulación de la pena de multa, la introducción de la suspensión del fallo, del tratamiento en libertad mediante tareas, cargas y reglas de conducta, en la suspensión del fallo, la condena condicional y la libertad condicional, supresión de las medidas de seguridad predelictuales, al incluirse en el Proyecto únicamente las de carácter postdelictual y preverse la derogación de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social), como en la Parte Especial (inclusión de un tipo básico o fundamental de lesiones corporales y de estafa, regulación de la eficacia del consentimiento en las lesiones, del encubrimiento como delito autónomo, la introducción del delito ecológico o ambiental, dentro de los delitos contra la salud pública y la inclusión del título VIII dedicado a los delitos contra el orden socio-económico donde figuran, entre otros, los delitos financieros, contra la Hacienda Pública, los relativos al control de cambios, el contrabando y el delito urbanístico).

No es mi propósito hacer aquí un análisis crítico de la totalidad del articulado, ni siquiera reproducir todas las observaciones formuladas en el seno de la Comisión General de Codificación que no fueron aceptadas por la Sección o por la Ponencia. Me limitaré a hacer algunas observaciones críticas a aquellos artículos del Proyecto que me parecen más necesitados de revisión.

*Art. 10.*

En el párrafo 2º de este artículo debería añadirse un último inciso: “Si hubiere cumplido parte de la pena, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso le correspondería, sin perjuicio de las medidas de seguridad que pudieran aplicarse según este Código”.

A continuación debería incluirse un párrafo 3º: “En caso de que el delito se haya cometido por un español en el extranjero contra un extranjero no podrá procederse criminalmente en España cuando el hecho de que se trate no sea delito en el país en que se perpetró aunque lo sea según las leyes españolas”.

*Art. 18 bis.*

Debería introducirse un nuevo artículo que precise el ámbito y los requisitos de la punición de los llamados delitos de comisión por omisión. El texto de este artículo podría ser el siguiente: “El que no impida, pudiendo hacerlo, la producción de un resultado descrito en la Ley penal, incurrirá en la pena establecida para dicha infracción únicamente si tenía el deber jurídico de evitar el resultado y la omisión es equivalente a la acción”.

La inclusión de este artículo es una exigencia insoslayable del principio de legalidad de los delitos y de las penas, proclamado en la Constitución (art. 25) y

en el art. 1º de este Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.

*Art. 26, 1º.*

Es preciso dar una nueva redacción a las eximentes de enajenación mental y trastorno mental transitorio, sustituyendo la fórmula psiquiátrica, que se utiliza en el Proyecto, por una fórmula mixta psiquiátrico-psicológica.

El texto que se propone es el siguiente: “1º. El enajenado o el que se halle en situación de trastorno mental transitorio que le prive totalmente, en el momento de realizar el hecho, de la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a ese conocimiento, siempre que el trastorno mental transitorio no hubiera sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiere previsto o podido prever su comisión”.

De aceptarse esta observación, se seguiría la línea marcada ya por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hace una interpretación restrictiva de las eximentes de enajenación mental y trastorno mental transitorio, del número 1º del art. 8º del Código penal vigente transformando la fórmula psiquiátrica (equivalente a la que figura en el número 1º del art. 26 del Proyecto) en una fórmula mixta psiquiátrico-psicológica. El criterio es correcto, pues no debe bastar la mera presencia de una enajenación mental o de un trastorno mental transitorio para eximir de responsabilidad, sino que es preciso que, como consecuencia de la enajenación mental o del trastorno mental transitorio, el sujeto se haya visto privado de la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a ese conocimiento.

*Art. 26, 4<sup>o</sup>.*

Debe modificarse también la redacción de la exigente de sordomudez, para exigir que, como consecuencia de ella, el sujeto no pudiera comprender el carácter ilícito de su conducta u obrar conforme a ese conocimiento.

La exigente 4<sup>a</sup> del art. 26 debería quedar redactada de este modo: “El sordomudo de nacimiento o desde la infancia que no pudiera comprender el carácter ilícito de su conducta u obrar conforme a ese conocimiento”.

*Art. 28, 6<sup>a</sup>.*

Deberían suprimirse de esta circunstancia agravante las últimas palabras: “siempre que denote la perversidad del culpable”. Este requisito introduce en el Código Penal un concepto meramente ético —perversidad— de difícil precisión.

La circunstancia agravante 6<sup>a</sup> quedaría redactada simplemente de este modo: “Proceder con ensañamiento”.

*Art. 28, 7<sup>a</sup>.*

La agravante de premeditación debería quedar redactada del siguiente modo: “Obrar con premeditación, en los delitos contra las personas, cuando revele una mayor reprochabilidad de la conducta”.

De este modo quedaría restringida su aplicación —como la de la alevosía— a los delitos contra las personas. Este es el criterio seguido generalmente por los Códigos penales de otros países europeos, en los que aparece la premeditación únicamente como circunstancia calificativa del asesinato y de las lesiones graves. Su aplicación a todos los delitos carece de justificación, conduce a una agravación excesiva de las pe-

nas y ha dado lugar, por ello, a que la doctrina y jurisprudencia españolas se esfuercen en declararla inherente a una serie de figuras delictivas (estafa, robo, hurto, etc.), a pesar de que es evidente que en ellas pueden darse casos en que no concurra la premeditación.

Es conveniente, por otra parte, suprimir de la redacción de la agravante de premeditación el término malicia, que no se utiliza ya en el Proyecto para designar el dolo. Su inclusión en este precepto sólo puede dar lugar a confusión. En realidad lo que se quiere decir, de acuerdo con la teoría sintomática, es que la premeditación sólo se apreciará como circunstancia agravante cuando revele una mayor culpabilidad.

En la circunstancia 4ª del art. 156 (asesinato) debería mantenerse la actual redacción: "Con premeditación"; pues la restricción se derivaría ya de su relación, obligada, con la circunstancia agravante 7ª del art. 28.

#### *Art. 31.*

Debería incluirse la mención de los inductores entre los autores y los cómplices. El artículo quedaría redactado así: "Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1º Los autores, 2º Los inductores, 3º Los cómplices".

Los inductores son partícipes. Toman parte en la ejecución del hecho de otro. No son autores. Ello no es óbice, por supuesto, para que pueda equipararse en la pena. La vieja concepción, que se remonta a los juristas italianos de la Baja Edad Media, de que el inductor, como autor moral, debe ser considerado como autor (*quod quis per allium fecit, per se ipsum facere videtur*) y que inspira nuestro Código vigente (a través de la influencia de Pacheco, Rossi y el Código

bávaro de 1813, redactado por Feuerbach) está superada.

*Art. 32.*

Debería quedar redactado del siguiente modo: “Son autores quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

“Si realizan varios conjuntamente el hecho, cada uno de ellos será castigado como autor (coautor)”.

La supresión del número 2º del art. 32 del Proyecto se deduce de lo expuesto en la observación anterior.

Uno de los mayores defectos de la nueva regulación de la autoría y participación es el mantenimiento de la arcaica figura del cooperador necesario, comprendida en el número 3º del art. 32 del Proyecto. Su distinción de los cómplices ha planteado siempre grandes dificultades a la doctrina y a la jurisprudencia. En realidad se trata de una tarea insoluble. La figura del cooperador necesario se remonta a la vieja doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal, de los juristas italianos de la Baja Edad Media. Según esta doctrina, el cómplice principal, es decir, aquél que coopera a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*quod causam dedit delicto*) debía ser equiparado al autor material; de él se distinguía el cómplice menos principal o secundario (*quod causam non dedit*), que era castigado con una pena inferior. La figura del cooperador necesario desaparece de los códigos penales europeos a finales del siglo XIX. En la moderna Ciencia del Derecho Penal se ha puesto claramente de manifiesto que no es posible medir la eficacia causal de las diversas condiciones y que aunque ello fuera posible no sería decisivo para determinar la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad. En nuestro país, la figura del coopera-

dor necesario aparece en el Código de 1848 por influencia de Pacheco, Rossi y del Código bávaro de 1813, redactado por Feuerbach. En la práctica, en nuestro país, una misma conducta es calificada en ocasiones como cooperación necesaria o complicidad, según que, dadas las circunstancias del caso revista una mayor o menor gravedad y al utilizar el Tribunal Supremo diversos criterios de distinción. Es cierto que a veces puede ser justa la aplicación al cómplice de la pena del autor, pero la solución técnicamente correcta consiste en establecer una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices, como sucede en el Código penal suizo (art. 25).

La supresión de la figura del cooperador necesario debe ir acompañada, sin embargo, de la introducción de un precepto que regule la coautoría y que comprenda también, entre otros supuestos, los del actual número 1º del art. 32 (“Los que toman parte directa en la ejecución del hecho”). Así lo sugirió el máximo especialista en la materia, el Profesor Roxin, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Munich, en el Seminario Hispánico-Germánico sobre la reforma del Derecho Penal, que se celebró en la Universidad Autónoma de Barcelona en los días 5 al 8 de Marzo de 1979. La amplia fórmula que se propone (“Si realizan varios conjuntamente el hecho, cada uno de ellos será castigado como autor (coautor)”), coincidente con la del párrafo 2º del art. 25 del Código penal alemán, resulta aceptable cualquiera que sea el concepto de autor que se sustente en la doctrina.

#### *Art. 39.*

Debe suprimirse la referencia a los artículos 82, 87, 560, 561, 562 y 564.

El artículo 39 quedaría redactado de este modo:

“La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años.

Se cumplirá según el sistema establecido en la Ley general penitenciaria y su Reglamento”.

*Art. 72.*

De acuerdo con las observaciones presentadas a los artículos 31 y 32 debería introducirse un segundo párrafo en el art. 72 para hacer referencia a la pena correspondiente a los inductores.

El párrafo 2º del art. 72 quedaría redactado de este modo: “Los inductores serán castigados con la misma pena que los autores”.

*Art. 74.*

La atenuación de la pena para los cómplices debe ser meramente facultativa al desaparecer la figura del cooperador necesario, de acuerdo con lo expuesto en la observación al art. 32.

El art. 74 quedaría redactado de este modo: “A los cómplices de un delito consumado o intentado podrá el Tribunal imponer la pena inferior en grado a la fijada en la Ley para los autores del mismo delito”.

*Art. 82.*

Debe suprimirse el último inciso del número 1º.

El número 1º del art. 82 quedaría redactado de este modo: “Si la pena determinada fuera la de prisión, o inhabilitación absoluta o especial, la misma pena con la cláusula de que su duración máxima será de 25 años”.

*Art. 92.*

Me parece un acierto la introducción de la institución de la suspensión del fallo, inspirada en la proba-

tion anglosajona, junto a la regulación de la condena condicional. Es preciso reducir, sin embargo, su ámbito de aplicación, previsto en el Proyecto, para atender en mayor medida a las exigencias de la prevención general. En el art. 92 se establece como condición: “2ª Que la infracción cometida no constituya delito grave”. Creo que resulta excesiva la aplicación de la suspensión del fallo a las penas de prisión de hasta dos años, la multa de hasta doce meses y el arresto de hasta veinticuatro fines de semana. Este es el límite superior de las penas menos graves. Debería aplicarse únicamente a las penas de prisión que no excedan de un año (que son aquéllas a las que se aplica normalmente la condena condicional, de acuerdo con lo previsto en el número 3º del artículo 94) cuotas multa que no rebasen los seis meses o arresto de hasta doce fines de semana.

La condición 2ª del artículo 92 debería quedar reductada de este modo: “Que la pena a imponer sea de prisión que no exceda de un año, cuotas-multa que no rebasen los seis meses o arresto de hasta doce fines de semana”.

Como consecuencia de ello, deberían suprimirse las últimas palabras de la condición 4ª: “y la pena a imponer consista en prisión que no exceda de un año, cuotas-multa que no rebasen los seis meses o arresto de fin de semana”.

#### *Art. 100.*

Para atender a las exigencias de la prevención general de un modo más adecuado creo que debería reducirse a un año la duración máxima de la pena de prisión sustituible por la de multa. Un especialista tan destacado en la materia como el Prof. Zipf, decía en el Coloquio Internacional sobre el método comparado en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminolo-

gía, celebrado en el Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional de Friburgo en Br., del 23 al 26 de Octubre de 1978, que incluso la sustitución de la pena de prisión de un año por la de multa —que él había propuesto en diversos trabajos monográficos anteriores— le parecía excesiva. La posibilidad de sustituir la pena de prisión de hasta dos años por la de multa, que se prevé en el art. 100 del Proyecto, me parece censurable, pues afecta a la sanción de gran número de delitos y podría debilitar gravemente la eficacia del Derecho Penal desde el punto de vista de la prevención general.

El art. 100 quedaría redactado de este modo: “En casos excepcionales y siempre que el reo no sea reincidente ni haya obrado por móviles abyectos o fútiles, los Tribunales podrán sustituir las penas privativas de libertad inferiores a un año, por la de multa, aunque la Ley no prevea esta pena para el delito de que se trate. En dichos casos, cada día, semana o mes de privación de libertad será, respectivamente, sustituido por cuotas diarias, semanales o mensuales de multa”.

*Art. 137, párrafo 2º.*

Debería modificarse su redacción para prever la posibilidad de que el Juez de vigilancia pueda imponer al reo la observancia de reglas de conducta y el cumplimiento de tareas tendentes a evitar su recaída en el delito y a favorecer su reinserción social. Debe preverse también la posibilidad de que el Juez de vigilancia disponga que le presten ayuda asistentes sociales de instituciones penitenciarias. Estaríamos ante otra forma de tratamiento en libertad —idea básica en la moderna Penología— similar a las previstas en los artículos 92 párrafo último, 93 primer párrafo, 94 párrafo último, 95, 101 párrafo último y 102.

El párrafo 2º del art. 137 quedaría redactado de este modo: “Igualmente podrá, a propuesta del Juez de vigilancia, dejar en suspenso la ejecución de una medida privativa de libertad en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste del señalado en la sentencia que la impuso. El Juez de Vigilancia podrá imponer al reo la observancia de reglas de conducta y el cumplimiento de tareas tendentes a evitar su recaída en el delito y a favorecer su reinserción social. Podrá disponer asimismo que le presten ayuda asistentes sociales de instituciones penitenciarias. Si en el periodo de suspensión el sujeto no observase las reglas de conducta o no cumpliera las tareas impuestas por el Juez de Vigilancia o volviere a delinquir, se revocará la suspensión y continuará la aplicación de la medida de seguridad”.

*Art. 165 bis.*

Debería introducirse un nuevo artículo para dar cabida, en la regulación del aborto, a las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética en la forma y medida aprobadas por la Sección 4ª de la Comisión General de Codificación.

El artículo 165 bis quedaría redactado de este modo (coincidente con el art. 162 del Anteproyecto): “El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

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

2ª Que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación de los artículos ciento noventa y cuatro y ciento noventa y cinco o de una inseminación artificial no consentida, siempre que el aborto se practi-

que dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que dichos delitos hubieran sido oportunamente denunciados.

3<sup>a</sup> 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”.

La exención de responsabilidad cuando se den estas indicaciones es coherente con las concepciones ético-sociales realmente vigentes en nuestra sociedad actual. Se trata de 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 (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) 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, de un estupro, es decir, de cualquier delito contra la honestidad). No se admite en ningún caso la llamada indicación social. A nivel europeo, la regulación que se propone y que figuraba en el Anteproyecto, es conservadora. Constituye una variante moderada de la llamada solución de las indicaciones, propugnada por la democracia cristiana en la República Federal Alemana.

La no inclusión de la exención de responsabilidad en los supuestos de indicación terapéutica, eugenésica y ética supondría la imposición a todos los ciudadanos, en una sociedad pluralista, de las concepciones

morales de la Iglesia Católica (que es, al menos, dudoso que en este punto sean compartidas por la mayoría). La regulación que se propone no violenta, en cambio, la libertad de conciencia de los católicos. La introducción de las eximentes no supone el deber de practicar el aborto en estos casos. Las personas que por su fe católica se atengan estrictamente a las normas morales de la Iglesia, pueden (y tienen el deber moral) de abstenerse de practicar el aborto.

### *Arts. 166 y 167.*

Debería darse a estos preceptos la siguiente redacción:

*Art. 166:* “El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a dos años, siempre que las lesiones requieran para su sanidad un tratamiento médico o quirúrgico.

En los casos de menor entidad podrá sustituirse la pena de prisión por la de multa de tres a doce meses”.

*Art. 167:* “Las lesiones serán castigadas como graves con la pena de prisión de dos a seis años:

1º Si en la agresión se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladores de acusada brutalidad en el agresor.

2º Si el ofendido hubiere quedado impotente, estéril o con una enfermedad somática o psíquica incurable, hubiera sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido, o quedado impedido de él”.

La redacción que se propone de los artículos 166 y 167 se inspira en el criterio de que todas las lesiones

corporales, en cuanto requieran un tratamiento médico o quirúrgico que rebase una primera asistencia, deben constituir delito, dada la importancia del bien jurídico protegido (la integridad corporal y la salud). El viejo criterio de determinar básicamente la gravedad de las lesiones por el tiempo que requiera su curación (en el Proyecto —arts. 166 y 656 n<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> — si es inferior a ocho días, falta y si es superior a ocho días, delito) me parece insostenible, pues la curación depende también en gran medida de las condiciones físicas y psíquicas del sujeto pasivo, del acierto del tratamiento y de la solitud de la víctima en recabar o seguir el mismo.

*Art. 175.*

Debería recibir la siguiente redacción: “El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio culposo con la pena de prisión de dos a cuatro años.

Si causare lesiones de las comprendidas en este Título la pena será de prisión de seis meses a dos años o arresto de seis a doce fines de semana, según la gravedad de la lesión causada”.

Cuando la imprudencia sea leve el homicidio culposo o las lesiones corporales culposas deben constituir simplemente falta. El homicidio y las lesiones corporales culposas pueden constituir ya falta en nuestro Código penal vigente; concretamente cuando se trate de un homicidio o lesiones por imprudencia simple sin infracción de reglamentos (Art. 586, n<sup>o</sup> 3<sup>o</sup>). Se trata de una regulación que está plenamente de acuerdo con la moderna teoría de lo injusto, según la cual no sólo hay que atender al resultado, sino también al desvalor de la acción (en este caso, la gravedad de la imprudencia) para determinar la gravedad de una infracción.

*Art. 176.*

Debe suprimirse.

La referencia a la impericia o negligencia profesional lleva implícita un residuo de responsabilidad objetiva. La infracción del cuidado objetivamente debido no es siempre más reprochable porque la lleve a cabo un profesional. Generalmente es así, pero no siempre. En el tráfico motorizado, un conductor profesional, a pesar de serlo, puede tener, quizás por su edad, una menor rapidez de reflejos que un conductor no profesional, o encontrarse en un estado de cansancio, malestar o debilidad repentino y no culpable. La agravante de negligencia profesional fue suprimida en Alemania por una Ordenanza de 1940, por considerarla incompatible con el principio de culpabilidad. La agravante de impericia podría desglosarse de la de negligencia profesional, pues el deber de poseer la pericia necesaria para el desarrollo de una actividad obliga tanto a los profesionales como a los que no lo son, pero su inclusión en el Código me parece innecesaria.

La agravación de la pena cuando la muerte o las lesiones graves fueran causadas por infracción grave y reiterada de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, estará justificada cuando la imprudencia sea realmente grave, mientras que, en otro caso, supondrá una manifestación del *versari in re ilícita*.

*Art. 268.*

Debe ser suprimido.

El Proyecto parte de la idea de que el encubrimiento no es una forma, impropia, de participación (falta, por ello, un precepto equivalente al artículo 17 del Código penal vigente), sino que debe castigarse como un delito autónomo: el encubrimiento con ánimo de lucro y la receptación como delitos contra la propie-

dad, el favorecimiento real y personal como delitos contra la administración de Justicia. Implica, por ello, una contradicción establecer luego un límite de la pena del encubrimiento en función de la gravedad del delito encubierto. Esto sólo tiene sentido cuando se regula el encubrimiento como forma de participación, en virtud del principio de la naturaleza accesoria de la misma, en relación con la autoría.

*Art. 282.*

Debe ser suprimido.

Los daños culposos deben constituir únicamente un ilícito civil (art. 1902 del Código civil), que dé lugar a una indemnización de daños y perjuicios. Este criterio, mantenido hace ya tiempo por Antón Oneca, es el que inspira los más modernos códigos penales europeos. El castigo de los daños culposos (los producidos, por ejemplo, por el roce o un leve choque de dos vehículos, al dejarse un grifo abierto e inundar el piso del vecino, por la asistenta al fregar la vajilla, etc.) con una pena, la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico, es injusto e inoportuno desde el punto de vista político-criminal, pues da lugar a una ampliación excesiva del ámbito del Derecho penal. La despenalización de los daños culposos me parece una exigencia insoslayable del carácter del Derecho Penal como última ratio en la defensa del ordenamiento jurídico.

*Art. 291.*

Creo que debería castigarse el incesto en todo caso, aunque no mediare publicidad y escándalo, ni prevalimiento de la ascendencia o autoridad familiar y aunque fuera por parienta mayor de 18 años. Los casos incluidos en el art. 291 del Proyecto podrían figurar

como tipos agravados, a los que debería añadirse el de incesto con un pariente mayor de 18 años incapaz.

El incesto constituye un grave atentado a la familia, que debe ser mantenida al margen de las relaciones y tensiones sexuales entre ascendientes y descendientes y hermanos. Su incriminación con carácter general me parece justa y aconsejable desde el punto de vista político-criminal. La exigencia de escándalo, en el Código penal italiano, ha planteado multitud de problemas y puede repercutir en la interpretación de la figura de escándalo público (art. 208) en el sentido de que se considere suficiente el escándalo derivado de la publicidad del hecho. No hay que olvidar tampoco que en el párrafo 1º del art. 39 de la Constitución se proclama que: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Por otra parte, aunque se trate de un delito contra la familia y no contra la libertad sexual, debería perseguirse únicamente a instancia de parte, para evitar que la intromisión de la Administración de Justicia pueda producir un deterioro aún mayor en las relaciones familiares.

El art. 291 debería quedar redactado de este modo:

“El que cometiere incesto yaciendo con descendiente, ascendiente, hermano o hermana, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

Cuando por la publicidad del hecho derivare escándalo, o el incesto se realice con un pariente menor de 18 años, prevaleándose de la ascendencia o autoridad familiar o con un pariente mayor de 18 años incapaz, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años.

El delito se perseguirá únicamente en virtud de denuncia de alguno de los parientes implicados en el de-

lito de incesto, de sus padres o de sus representantes legales”.

*Art. 370.*

El texto del párrafo 1º de este artículo debería ser modificado, pues implica un trato privilegiado para la delincuencia de cuello blanco. Debería constituir delito fiscal la defraudación desde dos millones de pesetas y la pena privativa de libertad debería ser más elevada. El texto del Anteproyecto era preferible: “El que defraudare a la Hacienda estatal, autónoma o local mediante la elusión del pago de tributos o el disfrute indebido de beneficios fiscales en cuantía igual o superior a dos millones de pesetas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la defraudación”.

*Art. 516.*

Deben suprimirse los dos últimos incisos de este artículo por las razones expresadas en la observación al art. 268.

El art. 516 quedaría redactado de este modo: “Las penas anteriores se impondrán aunque los ejecutores del delito o falta fueran irresponsables o estuvieran exentos de pena”.

*Art. 540.*

Debe suprimirse el nº 1º de este artículo.

La figura delictiva del nº 1º del art. 540 es designada en la doctrina con el nombre de *atentato impropio*. En realidad se trata de un delito de rebelión o sedición sin alzamiento público. Creo que lo más acertado, como sugirió Ferrer Sama, es crear una figura de sedición impropia, similar a la de la rebelión impropia (sin alzamiento) del nº 1º del art. 217 del Código pe-

nal vigente. Podría incluirse en el Capítulo II un art. 533 bis, con la siguiente redacción:

“Serán castigados como sediciosos con la pena de prisión de dos a cuatro años los que, sin alzarse públicamente, emplearen fuerza o intimidación para alguno de los fines señalados en el delito de sedición.”

El art. 540 quedaría redactado de este modo: “Cometen atentado:

1º Los que acometieren a la Autoridad, a sus agentes o a los funcionarios públicos o emplearen fuerza contra ellos o les intimidaren gravemente, o les hicieren resistencia también grave, cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

2º Los que acometieren a un miembro de las Fuerzas Armadas, si el ataque tuviere por causa u origen su condición o actividad militar”.

*Art. 560.*

Las penas que se establecen en el número 1º de este artículo para los supuestos más graves de terrorismo son excesivamente elevadas. Aunque se trata de infracciones de suma gravedad, no hay que olvidar que el principio de humanidad es un principio básico del Derecho penal moderno y que inspira el resto de este Proyecto de nuevo Código penal. La investigación criminológica ha puesto de manifiesto que el cumplimiento de una pena privativa de libertad de una duración real superior a 15 años destruye la personalidad del recluso. Una vez más hay que invocar el pensamiento de Beccaria, para hacer frente a la tentación de elevar excesivamente las penas en función de las exigencias de la prevención general, de que más eficaz que la pena severa o cruel es la pena pronta, segura y proporcionada al delito. La eficacia en la lu-

cha contra el terrorismo no depende tanto de la gravedad de las penas que se establezcan en el Código, como de la eficaz actuación de las Fuerzas de orden público, de los tribunales y del personal al servicio de la administración penitenciaria. El límite máximo de la pena para estos delitos debería ser de 25 años. La pena de 35 años, aplicable en los supuestos del n<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> del art. 560, rompe por completo la armonía del Proyecto de nuevo Código Penal.

El n<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> del art. 560 quedaría redactado de este modo:

“Con la pena de prisión de quince a veinte años, si resultare muerte o lesiones de las previstas en los arts. 167 a 169. Si resultare más de una muerte o se dieran las condiciones previstas en el art. 158, se impondrá la pena superior en grado”.

#### *Art. 561.*

Debe reducirse aquí también la pena prevista para los supuestos más graves, por las mismas razones aducidas en la observación al artículo anterior.

El n<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> del art. 561 quedaría redactado de este modo:

“Con la pena de prisión de quince a veinte años, si causaren la muerte, violación o secuestro de alguna persona. Si causaren más de una muerte o se dieran las condiciones previstas en el artículo 158, se impondrá la pena superior en grado”.

#### *Art. 562.*

Debe introducirse una reducción de la pena por las mismas razones y en la misma medida propuestas en las observaciones a los artículos anteriores.

El art. 562 quedaría redactado de este modo:

“Los que, con la finalidad de allegar fondos a las organizaciones o grupos señalados en los artículos precedentes o con el propósito de favorecer sus fines, atentaren contra la propiedad, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, si se produjere la muerte, mutilación, secuestro o lesiones graves de alguna persona. Si se produjere más de una muerte o se dieran las condiciones previstas en el párrafo segundo del n<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> del art. 242, se impondrá la pena superior en grado”.

*Art. 564.*

Debe suprimirse el párrafo segundo de este artículo. La determinación de la pena superior en grado a la de prisión de quince a veinte años está prevista en el art. 82, 1<sup>o</sup> y es la de prisión de veinte a veinticinco años.

*Art. 656.*

Debería recibir una nueva redacción de acuerdo con las observaciones presentadas a los artículos 166 y 167. Deben constituir delito todas las lesiones corporales que requieran un tratamiento médico o quirúrgico que rebase una primera asistencia.

El art. 656 debería quedar redactado de este modo:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare tratamiento facultativo o sólo exigiere la primera asistencia y no produzca incapacidad laboral, será castigado como reo de lesiones leves con la pena de arresto de uno a tres fines de semana”.

*Art. 661.*

El párrafo primero de este artículo debería recibir una nueva redacción por las mismas razones expuestas en la observación al art. 175.

El art. 661 quedaría redactado de este modo:

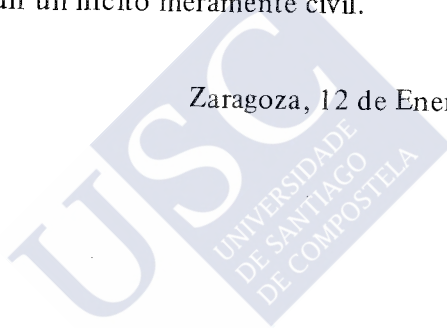
“Los que por imprudencia leve cometieren homicidio o causaren lesiones, serán castigados con la pena de multa de uno a noventa días según la entidad del resultado causado.

Si el hecho se cometiere con vehículo de motor, se impondrá, además, la privación del derecho a conducir por tiempo de uno a tres meses’.

*Art. 668.*

Debe ser suprimido por las razones expuestas en la observación al art. 282. Los daños culposos deben constituir un ilícito meramente civil.

Zaragoza, 12 de Enero de 1980



**AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela



**Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial  
en el Proyecto de Código Penal de 1980.**

## 1. HURTO Y ROBO

El Proyecto de Código Penal de 1980 introduce importantes variaciones con respecto al hasta ahora vigente, ya no sólo en la nueva denominación que utiliza en el Título V del Libro II —“Delitos contra el patrimonio”—, sino también en la sistemática, con prevalencia del delito de hurto sobre el de robo con lo que se pretende alcanzar una valoración más científica aún cuando rompa con el criterio según el cual los Códigos Penales deben marcar una gradación en los tipos, según su mayor o menor gravedad, habida cuenta que sus miras han de ser prácticas y no teóricas.

Pero dejando a un lado estas y otras cuestiones que nos alejarían del tema, hay algo que atrae nuestra atención: la actualizada concesión que se hace al arbitrio judicial, que difiere sustancialmente de la regulación anterior.

Si observamos los preceptos del Código Penal vigente, se puede afirmar que el arbitrio en los delitos contra la propiedad —en el Proyecto “contra el patrimonio”— no es escaso. Prueba de ello es el artículo 501, n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup>, que con su referencia a “una gravedad manifiestamente innecesaria” obliga al juez a decidir cuando la violencia o intimidación que hubiere concu-

ruido en el robo es o no innecesaria; y en esta misma línea, el artículo 509, párrafo primero, con su referencia al que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos especialmente destinados para cometer el delito de robo y no diere “descargo suficiente” sobre su adquisición o conservación, ya que si tal descargo es o no suficiente queda al arbitrio del juzgador.

Pero donde las facultades del Tribunal se acusan con mayor relieve es en la aplicación de la pena, dado el amplio margen que le concede el artículo 511, que rompe con la técnica tradicional de las circunstancias. Si recordamos el origen de este precepto previsto en similar fórmula por el artículo 5º de la Ley contra el terrorismo de 11 de octubre de 1934, puesta en vigor por la Ley de 5 de julio de 1938 y mantenido por el Código Penal de 1944, no es extraño que el nuevo Código Penal, que nace en un Estado democrático, actúe con la mayor cautela ante un artículo que permite aplicar las penas superiores en grado a las establecidas en el capítulo cuando se dan las situaciones vagas e imprecisas que en el mencionado precepto se exponen, todas ellas susceptibles de arbitrio judicial difícilmente enmarcable. De los diversos supuestos que en él se tratan de detallar, a saber, alarma producida, estado de alteración del orden público que pudiese existir cuando el hecho se realizare, y antecedentes de los delincuentes, solamente este último permite una fácil concreción. Y para mayor imprecisión aún se añade: “y las demás circunstancias que hubieren podido influir en el propósito criminal”.

Otra excepción a la técnica de aplicación de las circunstancias que fija el artículo 61, a nuestro entender más correcta, es la concesión que se hace al arbitrio judicial en los casos de los hurtos cualificados del artículo 516 al especificar su penúltimo párrafo que el Tribunal puede imponer la pena en el grado que esti-

me conveniente aunque concurren otras circunstancias de agravación, aunque estas facultades se reducen en el último párrafo al poner el tope máximo de presidio o prisión mayores y añadir que cuando haya tal limitación de la pena no tendrá efecto el libre arbitrio de que se ha hecho mención y se impondrá la que corresponda en su grado máximo.

El nuevo articulado es más parco en la utilización del arbitrio, lo que no quiere decir que no lo utilice; antes bien, hace uso frecuente de él, especialmente para la posible elección de la pena a aplicar, pero sus límites son más precisos que en la regulación anterior. No se encuentra un precepto que pudiera ser concordante con los supuestos y posible aumento de penalidad del citado artículo 511. Así, en la nueva regulación del delito de hurto se determina en el artículo 237 que la pena de prisión de seis meses a cuatro años —como se puede observar con amplio margen para elección— se fijará en consideración al valor de la cosa hurtada y quebranto económico ocasionado al perjudicado, “y cuantas otras circunstancias sirvan para individualizar la infracción”; y añade en su párrafo segundo que el Tribunal podrá sustituir la pena de prisión por la de arresto de doce a veinticuatro fines de semana. Y en el caso de hurto impropio —nueva denominación legal, que adquiere así carta de naturaleza—, se concede al Tribunal la facultad de imponer la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando estime grave el perjuicio causado (se puede observar en la redacción del Boletín Oficial de los Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 17 de enero de 1980, un error: la omisión de la palabra “meses”, que esperamos se subsane y no ocurra como con el artículo 507 en su equivocada referencia al 502, en lugar del 500, que se mantuvo, a pesar de las críticas de la doctrina científica, hasta el texto revisado de 1963 que lo co-

rrió). También en el delito de robo se pueden apreciar concesiones al arbitrio en el artículo 245, “teniendo en cuenta la fuerza empleada” y “cuantas otras circunstancias sirvan para individualizar la infracción”.

Mención especial requiere la referencia cuantitativa de quince mil pesetas que se determina en el artículo 237 con respecto al hurto —que juntamente con el artículo anterior diferencia el delito de hurto de la falta de hurto, convirtiendo así la diferencia cuantitativa en cualitativa— y que se repite en el robo con fuerza en las cosas del artículo 245 si bien aquí, es obvio destacarlo, es meramente cuantitativa ya que solo incide en la penalidad a aplicar según la cantidad sea superior o inferior a las quince mil pesetas. Pero lo que llama la atención es la redacción que utiliza el legislador por la novedad que supone; en el artículo 237: si la cuantía de lo sustraído “no excediere en mucho de 15.000 pesetas”; en el artículo 245: si el valor de lo robado no excediere de 15.000 pesetas “o rebasare en poco esa cantidad”. Parece, con esta nueva y original redacción, que el legislador trata de huir del absurdo que supone que una mínima diferencia en la cantidad pueda llevar a una desproporción, a todas luces evidente, en la aplicación de la pena; se pretende romper con el criticado paralelo, fijo e inamovible, que puede conducirnos al absurdo y, lo que es peor, a la injusticia. Se trata de flexibilizar la norma con la necesaria intervención del arbitrio judicial, pero en uno y otro caso para atenuar la pena, nunca para agravarla. La dificultad está en precisar cuando no excede “en mucho” o cuando rebasa “en poco” esa cantidad; pero el tacto y cierta uniformidad en la práctica en la interpretación, es de esperar que sean preferibles a las situaciones a que nos conduciría la redacción de los Códigos Penales anteriores.

## 2. UTILIZACION INDEBIDA DE VEHICULOS

La referencia anímica que utiliza el art. 250 del Proyecto es prácticamente igual al vigente art. 516 bis; el plural que emplea el nuevo texto —“sin ánimo de haberlos como propios”— es la lógica consecuencia de la concreta referencia a “automóvil o ciclomotor” que sustituye a la más amplia “vehículo de motor” a la que se añadió, por Ley de 28 de Noviembre de 1974, “cualquiera que fuere su clase, potencia o cilindrada” con la que se pretendió ampliar aún más el objeto material del delito, a todos los vehículos de motor. Parece que con la nueva redacción se pretende limitar el delito a los automóviles o ciclomotores, lo que no guarda mucha relación con el epígrafe del capítulo que mantiene la expresión “vehículos” e incluso suprime “de motor” que se había introducido por la Ley antes citada. Con ello asistimos a una concreción en el texto del artículo y a una ampliación en el epígrafe que parece referirse a todo tipo de vehículos.

Pero lo que aquí nos interesa es la mencionada expresión “sin ánimo de haberlos como propios” que ofrece dificultades de prueba y que convierte la determinación del *animus* —como hemos señalado en otra ocasión— en función específicamente judicial, con apoyo, especialmente, en los factores anteriores, coetáneos y posteriores que acompañen a la utilización indebida del vehículo; la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana, para los casos de restitución en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, es lo suficientemente elástico para la apreciación de las circunstancias que rodeen al hecho delictivo y solo se corta con la limitación de que no supere a la que correspondería si se apropiase definitivamente el vehículo.

En cuanto al carácter imperativo que utiliza el pá-

rrafo segundo del nuevo artículo, no debe llevarnos a la falsa conclusión de que el arbitrio queda suprimido en los tres supuestos que en él se recogen, a saber: cuando el hecho causare graves trastornos al propietario; cuando el agente hubiere empleado fuerza para cometerlo; cuando el vehículo se utilizare como medio para cometer otro delito. Los dos últimos parece que limitan la actuación judicial, especialmente la referencia a la fuerza que deberá apoyarse en el concepto legal de fuerza que mantiene el art. 245; pero no así el primero ya que es el juez quien ha de estimar si los trastornos son o no graves, cuestión fácil de dilucidar en los supuestos extremos, pero que ofrecerá dificultades en los otros casos. Además, en este mismo párrafo y para estos supuestos, el juzgador tiene facultades para elegir bien la pena superior en grado, o bien la misma pena y la de multa de seis a doce meses.

### 3. EXTORSION

El delito de extorsión alcanza su independencia y sustantividad, con el nuevo capítulo IV y su solitario artículo 251. En el Código Penal vigente el art. 503, incrustado entre los robos con violencia o intimidación en las personas y los robos con fuerza en las cosas, creó problemas interpretativos al referirse a la pena señalada en el mismo capítulo para el robo, en general, sin precisar a que tipo de robo se alude, si bien la doctrina, como es sabido, estimó que a los robos con violencia o intimidación en las personas —con base en el lugar que ocupan en el Código Penal (a continuación de estos y antes de los robos con fuerza en las cosas) y en los precedentes que nos ofrece el Código Penal de 1848, en la sección de los robos con violencia o intimidación en las personas—. El artículo 251 del Proyecto no ofrece duda, al remitir al art.

242, donde se regula el robo con violencia o intimidación en las personas.

Pero donde el arbitrio adquiere importancia es en el párrafo segundo del nuevo artículo al conceder facultades al juez para aplicar, como complemento de la pena, la medida de internamiento en un centro de rehabilitación social a los que hagan de la extorsión su medio de vida, con la limitación en cuanto a la duración, que se fija en el n<sup>o</sup> 5 del art. 135, según los supuestos.

#### 4. USURPACION

El Proyecto mantiene —y aún aumenta el articulado, bien que no los supuestos— el delito de usurpación. La doctrina científica había manifestado sus dudas sobre su supervivencia teniendo en cuenta, entre otras razones, su progenie privatista y los medios de protección que hoy amparan a la propiedad inmobiliaria, sin olvidar su posible enmarcamiento en otras figuras afines, que podrían sustituirla caso de que se decidiera el legislador por su supresión.

Por lo que al arbitrio judicial respecta, es curioso destacar que a pesar de que la evolución de este delito supuso una delicada labor de delimitación con tipos que más tarde alcanzaron consistencia y con los límites de otros sectores del ordenamiento jurídico que con frecuencia exigían una interpretación no siempre exenta de arbitrio, éste apenas aflora en nuestros Códigos Penales, ni en el vigente, ni en el Proyecto; únicamente el Código Penal de 1928 concedió facultades al Tribunal para considerar el delito de usurpación como constitutivo del delito de sedición “cuando estimare confabulación o ilícita inteligencia entre sus autores” y en determinados supuestos que fijaba su artí-

culo 709. El artículo 252 del Proyecto, en la misma línea que los anteriores, sólo concede reducida atribución al juzgador en la imposición de la multa, que oscila entre seis y veinticuatro meses, y que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.

## 5. DEFRAUDACIONES

Los cambios sistemáticos que lleva a cabo el Proyecto de Código Penal de 1980 excluyen de nuestro comentario los delitos de alzamiento de bienes, quiebra y concurso. En efecto, el Proyecto introduce variaciones sistemáticas muy importantes y, a nuestro entender, acertadas, ya que el nuevo Título VIII “Delitos contra el orden socio-económico” —cuya creación solicitó la doctrina científica, con fuerte insistencia, en los últimos años— en su Capítulo I “De la insolvencia punible” abarca los citados delitos de alzamiento de bienes (art. 330), quiebra y concurso (art. 331) que dejan así su ubicación entre las defraudaciones; al igual que las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial que pasan, en el Proyecto, a los capítulos segundo y tercero del citado nuevo Título.

### 5.1. ESTAFAS Y OTROS FRAUDES

En cuanto a las estafas mantienen su sistemática tradicional en el capítulo dedicado a las defraudaciones, si bien el contenido del nuevo articulado (arts. 255/260) introduce notables variaciones entre las que se pueden destacar la definición de estos delitos, la inclusión de las referencias expresas al ánimo de lucro y al engaño, y la fijación del límite entre el delito y la falta con apoyo en la cantidad defraudada y la reinci-

dencia; así como la expresa mención a “cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social” y a la llamada estafa procesal.

Como es sabido, el engaño es uno de los elementos fundamentales en el delito de estafa. Supone —como recuerda la Sentencia de 31 de Enero de 1975 (Aranzadi, 255)—, “maquinación, falacia, mendacidad, apariencia, ficción, asechanza tendida a la buena fe ajena, treta, argucia, stratagemas, ardid, artimaña, trampa, insidia o maniobra perversa dirigida a lograr la entrega de una prestación o la dación de consentimiento, de anuencia o de voluntad conteste, del ofendido, los que no se hubieran dado de no mediar los procedimientos maliciosos suasorios enumerados”. En esta prolija exposición del concepto que hace la sentencia al reiterar otras anteriores (Ss. 25 Febrero, 19 Abril, 16 Octubre y 6 Diciembre de 1974 y 18 Enero 1975) e incluir también el ánimo de lucro, se olvida que en algunos supuestos el Tribunal Supremo apreció el delito de estafa aún sin concurrir estos elementos que se consideran imprescindibles. Así, la sentencia de 13 de Enero de 1931 ante el caso de que “la procesada, quizá arrepentida de tal venta y con el ánimo de recuperar la propiedad que enajenara en virtud de ella, sustrajo el referido documento... lo inutilizó, defraudando por consecuencia de ello...”; el Tribunal Supremo no tiene inconveniente en afirmar “que si bien es doctrina reiterada de esta Sala que por regla general uno de los elementos constitutivos del delito de estafa es el engaño, también es cierto que hay casos según la ley, en que ese requisito no es indispensable para que la estafa exista”. Claro está que este supuesto se refiere a una estafa que podemos denominar impropia ya que la sustracción a que hace mención el actual art. 529 nº 8 la aproxima al delito de hurto, del que intenta separarla en uno de sus considerandos la citada

sentencia al estimar la existencia de una verdadera defraudación ya que la sustracción fue “maliciosa”; a nuestro entender con poco acierto, pues la palabra “maliciosa” se puede aplicar, indistintamente, tanto a los delitos de hurto como a las defraudaciones. El Proyecto mantiene en su artículo 257, nº 3, la sustracción, ocultación o inutilización de procesos, expedientes, protocolos o documentos de cualquier clase; pero la nueva definición de estafa y la concreta mención del engaño que se hace en el primero de los artículos de la Sección parece que debe aplicarse a todos ellos y por tanto deberá cortarse la —a nuestro entender— equivocada interpretación judicial que llevó a estimar la existencia del delito de estafa aún sin concurrir el engaño; a partir de ahora, el engaño se consolida como elemento fundamental y característico sin que la jurisprudencia pueda estimar que es suficiente la existencia de un perjuicio (S. 23 de Abril de 1880: “sin que sea necesario que reportara lucro al sustractor para que exista la estafa”) y que este perjuicio sea estimable (S. 17 de Marzo de 1917). Y lo mismo se puede afirmar de una de las figuras especiales de estafa, el art. 532-1º, que regula, como es sabido, el supuesto de “el dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de un tercero”, supuesto que fue estimado por algún sector doctrinal —así Quintano Ripolles (*Curso de Derecho Penal*, II, Madrid, 1963, p. 240)— como “una variedad del uso arbitrario del propio derecho, similar al del artículo 337, y mejor aún, el viejo tipo de *furtum possessionis*”, y ante el cual el Tribunal Supremo estimó que tampoco era esencial aquí ni el engaño ni el ánimo de lucro (S. 11 Noviembre 1897: “... un delito de estafa, a cuya realidad jurídica no se opone que no precediera engaño, ni que se ejecutase ó no con idea de lucro”). El Proyecto de Código Penal ha extraído este

supuesto del delito de estafa y lo ha llevado al art. 240 —al que nos hemos referido en el apartado primero de este trabajo— con la denominación de “hurto impropio” y no muy afortunada redacción, con ligeras variantes y con la obligada referencia cuantitativa diferenciadora entre delito y falta.

El Código Penal vigente, como es sabido, concede excesivas atribuciones a los juzgadores mediante fórmulas amplísimas con las que se pretendió abarcar todos los supuestos de estafa olvidando que —como acertadamente recordó Von Liszt— “la fantasía del delincuente es siempre más fértil que la del legislador”. En efecto, la fórmula que utiliza en su art. 533 —al decir “el que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño, que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección”—, es peligrosa por la excesiva concesión al arbitrio, aún cuando pretenda evitar la impunidad de supuestos que merecerían ser castigados y se exijan —aquí sí— los elementos típicos de la estafa. Como acertadamente subrayó el Prof. del Rosal —en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Esquema de un Anteproyecto de Código Penal español*, Madrid, 1964, p. 77— “deja en manos de los tribunales la creación de un tipo penal, en contra del artículo 1, párrafo primero”. Lo mismo se puede decir del inciso último del número primero del artículo 529 cuando trata de cubrir con una previsión genérica —“valiéndose de cualquier otro engaño semejante”— posibles casos de impunidad, lo que llevó a Quintano a afirmar que el legislador ha de recurrir a la analogía para suplir el casuismo por previsiones genéricas y abiertas (*Curso*, cit., p. 232 s.).

El Proyecto de Código Penal de 1980 trata de suprimir estas amplísimas facultades, pero no puede sustraerse a la influencia que las peculiaridades de la figu-

ra le ofrecen. En el nuevo articulado no se encuentran preceptos similares a los más arriba comentados pero en otros aún se atisban reminiscencias y dificultades que se hacen más patentes al regular la aplicación de la pena. La penalidad, tal como se determina en el art. 256, está claramente orientada a conceder facultades, en su imposición, al juzgador; en efecto, se puede observar que después de las referencias que se hacen al importe de lo defraudado, quebranto económico ocasionado al perjudicado y relaciones entre éste y el defraudador, recurre a la fórmula genérica “y cuantas otras circunstancias sirvan para individualizar la infracción”. En otras palabras, no ha podido evitar las fórmulas genéricas a pesar de las críticas que la doctrina científica había hecho a los preceptos del Código Penal vigente antes mencionados —arts. 529-1<sup>o</sup> y 533— por la posible lesión del principio de legalidad. Pero la amplia concesión al arbitrio que hace el inciso último del párrafo primero del art. 256 del Proyecto, no debe conducirnos a la equiparación con los criticados artículos del vigente Código Penal; tal equiparación sería una interpretación apresurada pues existe entre aquél y éstos una diferencia sustancial, ya que el Proyecto se refiere únicamente a la imposición de la pena y no a la tipificación de la conducta. El gran margen de discrecionalidad, que va desde una pena de prisión de seis meses a la de cuatro años, queda enmarcado en estos límites, y por ello no atenta al principio de legalidad. También en el mismo artículo 256, en su párrafo segundo, podemos hallar otras concesiones al arbitrio cuando la cuantía de lo defraudado “no excediere en mucho de 15.000 pesetas”, similares a las que hemos visto y comentado en relación con los delitos de hurto (art. 237) y robo (art. 245); al igual que en el delito de hurto el Tribunal podrá sustituir la pena de prisión por la de arresto de doce a veinticuatro fines de semana. Del mismo modo tiene

facultades el juzgador en las defraudaciones a que hace referencia el art. 259 para sustituir la pena de prisión de uno a cinco años por pena de multa de tres a doce meses cuando el perjuicio causado no alcanzare la cifra de 15.000 pesetas, o excediere en poco de esta cantidad. Asimismo, a la multa de seis a doce meses que se impone a los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte, se le podrán añadir, cuando se trate de habituales de este delito, las medidas de seguridad previstas para ellos en los artículos 150 y 152.

En cuanto a la posible interpretación judicial que afecta al tipo —no como las anteriores que se limitan a la aplicación de la pena—, y que por ello adquiere especial relevancia, las concesiones se restringen notablemente pero no dejan de ser importantes; así en el art. 257, números 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>, las referencias a “cosas de primera necesidad”, “u otros bienes de reconocida utilidad social” y “análoga entidad”, y el número 2<sup>o</sup> del art. 258 “cuando la defraudación revistiere especial gravedad atendido el considerable importe del perjuicio”, requieren una cuidada regulación jurisprudencial.

## *5.2. APROPIACION INDEBIDA*

La apropiación indebida, del artículo 535, poco margen deja a la discrecionalidad, salvo la remisión que hace a la pena del delito de estafa, si se recuerda que el párrafo segundo del art. 530 autoriza a los Tribunales a imponer la pena en el grado que estimen conveniente en los supuestos de reincidencia de los delitos que se expresan en los números del artículo anterior, que les obliga a castigar con la “pena respectivamente superior en grado”. El nuevo artículo 261 del Proyecto mantiene similar redacción que el vigen-

te y también remite a la penalidad de la estafa, pero esta remisión nos lleva a consecuencias muy distintas habida cuenta —como hemos visto en el apartado anterior— que los artículos 256 y 258 han ampliado en forma considerable las concesiones al arbitrio al utilizar fórmulas que tratan de abarcar los diversos supuestos e individualizar la infracción. Pero aún hay más: en la nueva configuración de la apropiación indebida que utiliza el Proyecto, éste no se limita al solitario artículo de la actual, sino que le dedica, además del concordante y citado 261, el nuevo art. 262 que sanciona la apropiación de cosa perdida —que en el vigente Código se estimó como uno de los supuestos de hurto impropio en el n<sup>o</sup> 2 del art. 514— con la referencia anímica “sabiendo que es de ajena pertenencia” que no figuró en el Código Penal de 1944 aunque sí en la redacción anterior que exigía similar pero más concreto conocimiento al decir “sabiendo quien es su dueño” (art. 505, n<sup>o</sup> 2 del Código Penal de 1932). También incluye el nuevo artículo del Proyecto la apropiación del tesoro oculto en la parte que exceda de lo que le corresponda legalmente. En uno y otro caso se pena con multa de tres a seis meses cuando el valor de lo apropiado exceda de 15.000 pesetas, criterio que apenas concede atribuciones al juzgador, a diferencia de los supuestos del artículo anterior; pero sí se hacen concesiones en uno de los supuestos de agravación de la pena —prisión de uno a tres años— ya que es el juez quien ha de estimar si la cosa apropiada es o no de “elevada cuantía”.

### *5.3. DEFRAUDACIONES DE FLUIDOS ELECTRICOS Y OTRAS*

El Proyecto regula de forma similar a la del Código Penal vigente la defraudación de fluido eléctrico y análogas: utilización ilícita de energía eléctrica ajena mediante determinados medios; fraudes en perjuicio

del consumidor; y defraudación de gas, agua u otro elemento energía o fluido ajenos. En el primero de estos grupos que se pueden apreciar en la regulación legal, se mantiene la referencia a la intención anímica en las expresiones “para” y “maliciosamente” que utiliza el art. 263, que se consideran por tanto como elementos subjetivos del injusto que requieren la intervención cuidada del juzgador, quien ha de apreciar o no la conducta dolosa ya que la culposa queda excluida; y lo mismo se puede decir de la expresa mención al “ánimo de obtener un lucro ilícito” que hace el siguiente precepto. Pero si comparamos las conductas en fraude del consumidor del grupo segundo, podemos apreciar dos variaciones importantes con las que se trata de corregir posibles defectos de la regulación actual; la primera de ellas la pena, en el Proyecto más dura cuando se perjudica al consumidor, a diferencia del sistema aún vigente que inexplicablemente —como con acierto apunta Muñoz Conde (*Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Ed., Sevilla, 1976, p. 251)— castiga con menor dureza, excepto en el caso de reincidencia; la segunda es la desaparición en el Proyecto de una de las anchas fórmulas que utiliza el vigente Código en su art. 537 —“o cometiere cualquier otro género de defraudación”— con cuya supresión parece que se quieren cortar facultades, quizá excesivas, al juzgador; aunque no lo consigue en su totalidad ya que el nuevo art. 264, después de citar —al igual que el Código Penal vigente— las indicaciones o aparatos contadores de fluido eléctrico, también se ve obligado a la utilización de una expresión amplia al decir “o de otros servicios a satisfacer por tarifa”, y en el último de los artículos de la reformada sección —el art. 266— “empleando medios clandestinos distintos a los expresados”. Todo ello pone de manifiesto las dificultades que ofrece el excesivo recorte de atribuciones al juzgador en algunos delitos, so pena que

queden impunes conductas que no deben escapar a la sanción penal por el grave perjuicio que pueden causar ya no solo al particular sino también a la colectividad.

#### 6. ENCUBRIMIENTO CON ANIMO DE LUCRO Y RECEPCION

El encubrimiento con ánimo de lucro y la recepción contienen numerosas disposiciones con respecto a la graduación de la pena y medidas aplicables, que nos ponen en relación con el tema que nos ocupa.

El Proyecto modifica la redacción de los artículos que introdujo la Ley de 9 de Mayo de 1950 en el Código Penal de 1944, reformados en 1963, y suprime la criticada presunción *iuris et de iure* de habitualidad del art. 546 bis b) —cuya dureza templó el Tribunal Supremo—; pero mantiene diversas referencias a la imposición de la pena que obligan, o permiten, al Tribunal, según los casos, adaptarlos a los variados supuestos que la normativa entiende deben ser castigados penalmente. De los cuatro preceptos que el Proyecto dedica a estos delitos —arts. 267/270— los tres primeros contienen disposiciones que señalan las bases para la graduación de la pena, en unas ocasiones rígidas, con apenas margen al arbitrio, y en otras con holgadas concesiones.

El tono imperativo se puede observar en los citados artículos, pero siempre acompañado de la necesaria flexibilidad que debe tener la pena en relación con sus límites —prisión de seis meses a tres años, en el art. 267 párrafo primero, acompañada de multa de doce a veinticuatro meses, en el párrafo segundo de este mismo artículo, sustitución de la privativa de libertad por la de arresto fin de semana o multa en el art. 268, y arresto y multa, conjuntamente, en el art. 269— y

con absoluto respeto al principio de legalidad y garantía de que “en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda del máximo de la que la Ley señale al delito encubierto” (art. 268). Pero este carácter imperativo no empece las convenientes, y en ocasiones obligadas, concesiones al Tribunal; así el citado art. 267 dispone que para la imposición de la pena, dentro de los límites señalados, se atenderá a la entidad de la ayuda prestada o del lucro obtenido, pero no se precisa cuál ha de ser el lucro obtenido ni se precisa la entidad de la ayuda prestada, que ha de quedar al arbitrio judicial; también se indica en este artículo que los Tribunales *podrán* añadir —en los supuestos que se detallan— la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria, así como la medida de clausura, temporal o definitiva, del establecimiento o local, “atendiendo a la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente”. El carácter potestativo se manifiesta también en la concesión que se hace al juez en el art. 269 para elegir entre la pena de arresto o la de multa y la facultad que se le otorga para la clausura temporal del local.

## 7. USURA Y CASAS DE PRESTAMOS SOBRE PRENDAS

Los delitos de usura y casas de préstamos sobre prendas mantienen su conocida estructura, a saber, dedicarse a préstamos usurarios, usura encubierta y la realizada sobre menores (arts. 271, 272 y 273, respectivamente). Los préstamos sobre prendas conservan su carácter periférico que llevó a estimar que se trata de auténticas ilicitudes administrativas criminalizadas.

Las peculiaridades de estos delitos conducen a una cuidada regulación del arbitrio; la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticu-

tro meses, que determina el primero de los artículos para el que se dedicare a préstamos usurarios, podrá acompañarse, si el Tribunal así lo estima, de las medidas de seguridad previstas en el artículo 152. La supresión de la palabra “habitualmente” que figura en el vigente art. 542 parece acertada ya que la habitualidad que en él se exige no debe ser entendida en su concepto técnico-jurídico sino como la mera repetición de préstamos en cuya estimación gozan los Tribunales de gran libertad. En la usura encubierta es donde se pueden apreciar mayores concesiones al arbitrio, en la imposición de las penas y medidas; el vigente artículo 543 simplemente remite al precepto anterior en relación con la pena a aplicar, que será la de presidio menor y multa; el Proyecto, en su art. 272, remite también a la pena que fija el anterior pero con la variante que, a elección del Tribunal, puede imponer la pena de prisión y multa, cualquiera de ellas, o ambas, según la gravedad del hecho; y además podrá aplicar las medidas citadas. Tratándose de la usura sobre menores se restringen notoriamente estas concesiones ya que se aplicarán conjuntamente las penas mencionadas, en su mitad superior; con ello parece que se trata de dotar a los menores de una mayor protección ante la codicia de los usureros que abusan de su impericia o pasiones.

En cuanto al segundo grupo de delitos, los que sancionan la omisión de formalidades en los préstamos sobre prendas, no existe alteración alguna con respecto a la redacción vigente; el Proyecto únicamente sustituye la pena de multa tradicional por la nueva multa de tres a doce meses o de tres a seis meses, según los casos, pero sin otras concesiones al arbitrio que el normal dentro de los límites fijados.

## 8. DAÑOS

El delito de daños requiere una cuidadosa atención por parte del juzgador habida cuenta de sus diversas acepciones y la identidad de sus principales elementos en los sectores civil y penal que la legislación extranjera suele corregir acudiendo al simple criterio diferenciador de estimar que el daño culposo pertenece a la esfera civil y el daño doloso a la esfera penal. Nuestro Proyecto, tan inclinado a dar definiciones en otros supuestos delictivos, no expone en su inicial artículo 276 fórmula adecuada a la problemática que suscita el delito, aunque sí incluye los daños por imprudencia grave en el último artículo de este Capítulo IX. Así pues, se mantiene un artículo —el citado 276— que ha sido tachado de impreciso, excluyente y contradictorio; en efecto, la referencia a la propiedad ajena choca con los daños en cosa propia del art. 281, y el término “propiedad” debiera haberse sustituido por “patrimonio” dada la nueva denominación del Título y por la consideración —ya apuntada por la doctrina científica— de que parece que en los daños en cosa propia, de igual forma regulados en el vigente Código Penal y en el Proyecto, se apunta más a la protección de un patrimonio ideal comunitario. En cuanto a su carácter de generalidad se ha aumentado al ampliarlo a los otros Títulos del *Código*, si bien se suprime la tipicidad abierta del vigente art. 563 que con su expresa mención a “los daños no comprendidos en los artículos anteriores” acrecienta esta generalidad y concede amplias facultades al juez que no sólo afecta a la pena a aplicar sino a la existencia del delito.

Al igual que hemos visto en apartados anteriores de este trabajo, la cuantía que gira alrededor de las quince mil pesetas marca la pauta diferenciadora entre el delito y la falta. Pero en los otros supuestos —como

subraya la *Memoria explicativa del Proyecto*, p. 68— “se remite el precepto a distintos criterios valorativos a tener presentes por el Juez”. Pues bien, estos criterios valorativos son abundantes y buena prueba de ello da el nuevo art. 277 al conceder al Tribunal la elección de pena —arresto de seis a veinticuatro fines de semana o multa de tres a veinticuatro meses— “atendida la cuantía del daño, el móvil del culpable, la condición económica de la víctima y cuantas circunstancias sirven para individualizar la infracción”. Este precepto recuerda el vigente art. 563 bis a), pero de él lo separan notorias diferencias, ya que éste concreta el arbitrio del Tribunal a los supuestos en que las cosas objeto del delito “fueren de relevante interés histórico, artístico o cultural”, limitación que no se da en el art. 277 que es mucho más generoso en sus concesiones al arbitrio, aún cuando haya eliminado la expresa mención a él, que figura en el vigente y aparentemente concordante precepto.

En cuanto a los daños cualificados del art. 278 del Proyecto se mantienen los siete números del actual art. 558 del Código Penal con algunas variantes tales como la sustitución en la circunstancia 4<sup>a</sup> de “cuadrilla o despoblado” por “banda” al estimar —según indica la *Memoria explicativa del Proyecto*, p. 68— que es “más apropiada a la realidad criminológica de nuestros días”. Más importancia tiene la expresa referencia en la circunstancia 2<sup>a</sup>, por su novedad entre los daños cualificados y su actualidad, a la destrucción por incendio de masas forestales o grandes plantaciones arbóreas; pero este supuesto mantiene estrechas vinculaciones con los delitos de incendios y otros estragos que en el Proyecto dejan de ser considerados delitos contra la propiedad y pasan al Capítulo I del nuevo Título VII “Delitos contra la seguridad colectiva” (arts. 301/311). Cambio sistemático acertado.

do si se observa que de los intereses jurídicos protegidos que el incendio puede lesionar —entre otros, y como más importantes, vida, propiedad y seguridad colectiva— la propiedad es el menos importante, y motivo por el cual se afirmó por la generalidad de la doctrina que el bien jurídico protegido es la seguridad general y sólo incidentalmente la propiedad. Prueba de ello —como dice Quintano, *Compendio*, p. 367, nota— “es el nulo o escaso papel que en ellos desempeña la condición de ajenidad de la cosa y su valor”; pero no es tan acertado que la inclusión del incendio en esta circunstancia segunda se realice sin conexiones más explícitas con los artículos 301 y siguientes. La *Memoria explicativa del Proyecto* (vid. p. 68) poco ayuda en la delimitación de supuestos, al decir: “De este modo el reenvío que hace el artículo 301 a los daños queda incluido aquí cuando de bosque se trate. Ahora bien, si existe el riesgo de propagación a sitios habitados, entonces se aplicará con preferencia el artículo 302, con penalidad adecuada a dicho riesgo”. El caso es que el artículo 301 no hace reenvío alguno, y el artículo 302 no se refiere al riesgo de propagación a sitios habitados, sino que es el artículo 306 el que concretamente menciona ese riesgo derivado del “incendio de mieses, pastos, bosques, montes o plantíos”, que le aproximan, hasta confundirlo, al incendio de “masas forestales o grandes plantaciones arbóreas” del artículo 278, 2ª, con prevalencia de aquel precepto sobre éste con base en la mayor penalidad que aplica al supuesto.

Todos los daños cualificados del artículo 278 arrancan de un requisito necesario, que no figura en el concordante y vigente 558, y que requiere la apreciación judicial: “que por su cuantía revistan especial gravedad”. En las circunstancias que se enumeran en este precepto legal esta interpretación judicial se hace

necesaria, como se deduce de las expresiones “o de cualquier otra manera” (circ. 1<sup>a</sup>), “por cualquier medio” (circ. 2<sup>a</sup>), “institución análoga” (circ. 5<sup>a</sup>) y “otros objetos” (circ. 6<sup>a</sup>); así como del último párrafo que obliga a imponer la pena inferior en grado “si el daño no revistiere especial gravedad”, ya que lógicamente ha de ser el juez quien estime si el daño reviste o no la especial gravedad.

También, por último, son concesiones al arbitrio —en algunos supuestos a la consideración del delito y en otros a la imposición de la pena—, los daños a obras de arte del artículo 280 “teniendo en cuenta la cuantía del daño”, los daños en cosa propia del artículo 281 con las abiertas expresiones “o de cualquier otro modo” y elección de pena de arresto o multa “fijada en atención al valor de la cosa o del daño producido” y en el citado artículo 282 donde los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a quince mil pesetas serán castigados con multa de tres a seis meses “atendida la importancia de los mismos”.

**ANGEL TORIO LOPEZ**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Valladolid



**“El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal”.**

**Indicaciones de política legislativa sobre la “Teoría de la culpabilidad”.**

I.— El Proyecto de Código penal de 1980, a diferencia del Código penal en vigor, contiene una declaración expresa sobre el error de prohibición en el art. 20, pfo. tercero, en el doble sentido siguiente. En primer lugar declara que en los casos de error inevitable de prohibición falta la responsabilidad. El Proyecto se sitúa así al lado de los Códigos penales alemán (pgfo. 17), austriaco (pgfo. 9), suizo (art. 20) y de los Proyectos más modernos, como el Avant Projet francés (art. 42), la Declaración de la Comisión belga para la reforma del Código penal de 1978 y el Código penal tipo para Latinoamérica (art. 28, pfo. primero). Si el autor no pudo comprender que realizaba algo prohibido, falta la culpabilidad.

El Proyecto efectúa una segunda declaración. En los casos de error vencible sobre la licitud, debe condenarse con la pena, reducida en grado, del delito doloso, según el art. 81. Se rechaza así el criterio de que el error evitable excluye el dolo. Es rehusada la llamada teoría del dolo, según la cual la conciencia de la antijuricidad es elemento integrante del dolo, con el efecto de que su evitable desconocimiento origine la absolución, de no ser que excepcionalmente esté presente un paralelo delito culposo.

El Proyecto se distancia, por tanto, de la comprensión del problema de la conciencia de la antijuricidad por los autores que en mayor medida han contribuido

al progreso del derecho penal nacional, como Rodríguez Muñoz, Antón Oneca, Cuello Calón y Jiménez de Asúa (éste con concesiones a la teoría limitada del dolo, para incorporar al ámbito de éste las hipótesis de hostilidad hacia el Derecho del autor).

Igualmente, se separa el Proyecto del pensamiento de la jurisprudencia, que en sentencia de 30 de marzo de 1976 no acoge la solución contenida en él, propuesta en la doctrina por Cerezo Mir, sino que afirma que la conciencia de la antijuricidad es elemento del dolo. Y que en los casos de error de prohibición evitable no procede aplicar la pena del dolo.

La Exposición de Motivos no informa sobre el porqué de este cambio de orientación abandonando el criterio latino, puesto de manifiesto por Binding y Engelmann, para adoptar el criterio germánico del llamado dolo natural.

En contra del criterio del Proyecto se encuentra en España la tradición filosófico jurídica y penal que rechaza el pensamiento de la inexcusabilidad de la ignorancia del Derecho (Costa, Dorado Montero), que el Proyecto no toma en consideración, pues pone al funcionamiento del error inevitable tales exigencias —ha de ser invencible y, además probarse— que en la práctica conduce a perpetuar la regla '*nemini licet ignorare ius*'.

Es más significativo aún que el Proyecto nada diga sobre los motivos político criminales que hacen obligatorio intensificar la represión en esta materia, en el sentido de que el ciudadano de buena fé, que por error evitable infringe el Derecho, deba de ser condenado con la pena del dolo.

II.— En el art. 20, pfo. final, se importa en España por el Proyecto la solución finalista alemana, es decir, la llamada teoría de la culpabilidad, sobre el error de

prohibición. De la mano de Hegel, la teoría alemana del delito estima que sólo donde existe un “sistema” cabe hablar de “ciencia” del Derecho penal. El sistema finalista parte de la premisa básica de la noción final de acción. Después, dice que la voluntad final es parte subjetiva integrante de la tipicidad y de este modo queda definitivamente prejuzgada la independencia del dolo respecto a la conciencia de la antijuricidad. Esta funciona posteriormente al dolo, al cual no puede tardamente rectificar. La construcción es lógico formalmente irreprochable. La teoría del error refleja “como en un espejo”, dirá Schröder, la teoría del tipo y se presenta, en sentido hegeliano, como “círculo dentro de otros círculos”, aunque sin ser contrastada ni enfrentada con la realidad social. Como única alusión a la realidad social se destacará por el finalismo que de exigirse la conciencia actual de la prohibición se producirían demasiadas absoluciones (como si fuera preciso un caudal determinado de condenas para la vigencia de aquellos valores éticosociales de actuación a los que —antes que a los bienes jurídicos— el Derecho penal, según la teoría finalista, dispensa protección): una afirmación no aceptable por la función de advertencia que el tipo despliega sobre la antijuricidad.

III.— El tratamiento político criminal del error de prohibición ha de ser predeterminante —antes que los criterios dogmáticos o sistemáticos— de su definición en el Código penal. La llamada teoría de la culpabilidad, independientemente de su coherencia lógico formal, presenta implicaciones ideológicas y sociales que deben ser objeto de consideración. En Alemania existen actualmente criterios discrepantes de la regulación del error que contiene el código penal en el pgfo. 17, como lo prueba que se haya planteado la cuestión de su compatibilidad con la Constitución y que se traten

de ofrecer interpretaciones que lo hagan compatible con la teoría del dolo (1). En Suiza, según informa Schultz, también la Comisión para la Revisión del Código penal propuso en 1959 la reforma del art. 20 del Código penal en el sentido, aprobado por este autor, de abandonar la consideración como delito doloso del vencible error de prohibición (2). De modo consciente, la teoría de la culpabilidad no ha sido acogida por el Código penal de la RDA de 1978, no aceptándose el criterio que contiene el pgfo. 17 del StGB.

No sugerimos que el sistema penal pueda encontrarse aquí proximately ante un desajuste como el que padece ya el modelo resocializador acogido por el art. 25, 1, de la Constitución y el art. 1 de la Ley General Penitenciaria, modelo en crisis en Estados Unidos e Inglaterra, donde, la progresiva concepción de la pena como disuasión (*deterrent*) hace progresivamente más cuestionable la idea de la readaptación social. Pero antes de adoptar la teoría de la culpabilidad debería reflexionarse —sobre todo a la vista de su dudoso origen político— sobre qué modelo, en el contraste con la teoría del dolo, responde mejor a la Constitución.

IV.— La teoría del dolo conduce ordinariamente a la no intervención del Derecho penal en casos de error evitable de prohibición. Prescinde generalmente de la pena criminal, que sólo surge por excepción si está presente un delito culposo, paralelo al delito doloso (homicidio, lesiones, y ya dudosamente, falsedades, daños, etc., culposos). Esta decisión está en conso-

---

(1) V. Schmidhäuser, E.: *Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz* (pgfo. 16, I, Satz 1 und 17 StGB), en *Juristenzeitung*, 1979, pp. 361 y ss.

(2) V. Schultz, H.: *Einführung in dem allgemeinen Teil des Strafrechts*, Erster Band, 3 Aufl., 1977, p. 213.

nancia con las reservas que suscita actualmente la apelación inmediata al Derecho penal por el Poder.

La teoría de la culpabilidad sanciona, por el contrario, con pena —con la pena del dolo— todo caso de error evitable de prohibición. Es la heredera descolorida de la doctrina *error iuris criminalis nocet*: la mediación dialéctica entre el criterio del Estado Político *nul n'est censé ignorer la loi* —pues mantiene la pena del dolo— y la teoría del dolo —pues absuelve en casos de error inevitable de prohibición—.

La teoría de la culpabilidad enseña su verdadero contenido a la luz de los valores del Derecho. Hace predominar sobre la justicia el valor lógico de la certeza y el valor pragmático de la conveniencia o utilidad. Desde la perspectiva de la Justicia es improcedente sancionar igual la decisión consciente y la inconsciente contra el Derecho. Así lo indican Binding, Birkmeyer y, también, Hippel, quien en la Exposición comparada del Derecho penal adoptaba el criterio de que el error evitable de prohibición pertenece al dolo sólo por poderosas razones de necesidad. En caso de conciencia real, se sanciona la voluntad antijurídica; en el de conciencia potencial, la buena fé, es decir, el error evitable de prohibición. Atribuyendo ambos al ámbito del dolo, se tratan de modo igual casos con contenido desigual de culpabilidad. Hippel cambia en el Tratado su punto de vista por razones de oportunidad. Extiende la pena del dolo a la culpa de Derecho porque —dice— de prescindirse de la punición en casos de error de Derecho, se pondría en peligro gravemente por el legislador la eficacia de su propio ordenamiento jurídico (*Ein Gesetzgeber der auf diese vollberechtigte Forderung verzichten wollte, würde die Wirksamkeit seiner eigenen Rechtsordnung aufs schwerste gefährden*), lo cual reclama situar bajo la pena del dolo los casos de culposo obrar contra el

Derecho (3). Pero de esta forma ha sido resuelto en favor de la adecuación a fin o utilidad un problema en que está comprometida la justicia. Se ha transitado de la perspectiva de la retribución de la culpabilidad al pensamiento de la prevención general, con hegemonía del Derecho —y del Estado— sobre la persona; subyugación por el Estado de la persona y de la sociedad, desconocimiento de las diversas propiedades valorativas del objeto de la regulación y predominio de la valoración de la materia sobre la materia de la valoración.

El motivo por el que la teoría de la culpabilidad equipara, sometiéndolos a la pena del dolo, objetos con propiedades axiológicas tan diferenciadas, es impedir que se produzcan demasiadas absoluciones (Maurach) o vacíos inadmisibles en la punibilidad (Welzel). De esta forma resulta inmediatamente confirmado el Derecho penal como totalidad, sin distinguirse sectores dentro de él, y reforzado, en el propio área de la culpabilidad, aún, aquel instrumento que —antes que a los bienes jurídicos— dispensa protección a determinados valores ético sociales del obrar, y de forma no declarada a los valores fundamental-

---

(3) V. Hippel, R.: *Deutsches Strafrecht*, II, 1930, p. 348. El texto de la *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländisches Strafrechts*, Bd. III, 1908, p. 591, dice que la solución propuesta por van Hamel de considerar suficiente para el dolo la culpa de Derecho, al lado del conocimiento efectivo de la antijuricidad, aun superando el marco de la responsabilidad por el resultado y siendo derecho penal civilizado (es decir, de culpabilidad) no puede estimarse una solución satisfactoria del problema, pues trata igual casos muy diferentes por su naturaleza, es decir, los de realización dolosa y los de realización culposa de la infracción del derecho o del deber, procedimiento que solo puede admitirse cuando poderosas razones prácticas impiden ir todavía más lejos. La posición posterior del Tratado, opta por el criterio del texto, lo cual supone una transformación del problema filosófico jurídico.

mente útiles, propios de la sociedad industrial avanzada, que se hallan detrás del Derecho penal administrativo, de cuya tendencia a la expansión dan noticia colecciones legislativas como la alemana de Erbs-Kohlhaas.

La teoría de la culpabilidad coopera al fortalecimiento del principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley. Hace evocar las palabras de Costa cuando decía “nosotros hemos uniformado el Derecho para todos... imponiendo a todos uniformemente el conocimiento del derecho positivo, al labriego lo mismo que al Presidente del Tribunal Supremo, a la mujer del pastor igual que al Catedrático de Derecho...; y aquí donde ni el profesor de Facultad ni el abogado con treinta años de ejercicio, ni el magistrado encanecido en la profesión, ni el médico, ni el literato... saben la vigésima parte del derecho escrito que rige en su país, se pretende que lo sepa el bracero, el menestral, el labriego..., a quien ese mismo legislador y ese mismo estado social toman las veinticuatro horas del día para que sirva de sostén físico a una civilización que no es la suya y que ni siquiera llega a conocer...” (4).

La teoría de la culpabilidad tolera el hecho de que en las llamadas sociedades industriales avanzadas —entre las que se halla, según el Proyecto, España— el Estado se sirva del Derecho penal para proteger intereses que no están respaldados por la conciencia moral general, lo que si ha ocurrido con el Derecho penal político, sucede con el Derecho penal administrativo también.

La teoría de la culpabilidad pone en manos del Estado la pena del dolo frente al ciudadano que infringe el Derecho por negligencia o equivocación. Pese a que el Estado provoca el error con su hipertrófica legisla-

---

(4) Costa, J.: *La ignorancia del Derecho*, s.f., p. 22.

ción, no es tolerado que el ciudadano incurra en equivocación. Para la construcción de la responsabilidad —para evitar la eficacia del error de prohibición— el Proyecto en el art. 20 establece barreras, que prácticamente conducen a la vigencia del brocardo *nemini licet ignorare ius*. El error ha de ser *invencible*, no sólo inexcusable —cabría preguntar que invencible para quién—. El error ha de ser *probado* —aquí el principio “*in dubio pro reo*” no halla, pues, aplicación. Reaparece así subrepticamente la presunción de voluntariedad —vid. sentencias de 30 de marzo de 1976 y de 26 de marzo de 1979—, que algunos autores y la jurisprudencia han conectado con el problema de la conciencia de la antijuricidad. En estas limitaciones se revela el carácter propio y el uso represivo que se efectúa de la teoría de la culpabilidad.

En los países de cultura jurídica poco evolucionada, la proliferación del Derecho penal administrativo, económico, etc., combinada con la teoría de la culpabilidad, supone un peligro para el ciudadano que guía la acción por pautas elementales, coincidentes con la moral social y coherentes con valores básicos que reconoce la Constitución (respeto a la vida, libertad, integridad, autodeterminación sexual). La persona debe guiar su conducta, además, por la legislación. Es cierto que se acepta como “*topos*” para tratar el problema de la conciencia de la antijuricidad la llamada “*valoración paralela en la esfera de profano por el autor*”. Pero ante el caudal de los posibles preceptos y prohibiciones artificiosos del Derecho penal económico y administrativo, establecidos para proteger el modo dominante de producción, como las de control de cambios y contrabando, que sanciona, dentro de límites cuantitativos, el Proyecto de Código penal, el ciudadano se halla atado de pies y manos para formular, como profano, cualquier valoración. En el campo del Dere-

cho penal de orden o administrativo hay una artificial identidad entre Derecho y Ley. Contra la indicación de Radbruch, no es que la Ley prohíba la acción porque sea injusta, sino que la acción es injusta porque la prohíbe la ley (en blanco, frecuentemente) penal. Y aquí se halla un ámbito propicio para el florecimiento del error.

La teoría de la culpabilidad constituye un peligro para el ciudadano que accidentalmente obra en un sector en que existen normas de Derecho penal administrativo. No puede contar ya con la buena fé si quiere estar lejos de la pena criminal. Debe poner un ojo en las cosas y otro ojo en la Ley. Han de acudir los ciudadanos a peritos en Derecho para poder actuar (el informe jurídico equivocado se menciona con frecuencia en libros y jurisprudencia al ocuparse del error de prohibición). La teoría de la culpabilidad obliga al ciudadano a un estado de alerta jurídica, y sanciona el fracaso de la vigilancia con la pena del dolo. Es el reflejo invertido del Estado analizado por Foucault. Paralelo al derecho del Estado de vigilar y castigar, se halla el deber de vigilar la producción normativa, para evitar la pena criminal, presta a actuarse por parte del Estado.

Por el contrario, la teoría del dolo presupone la libertad social de acción. El Derecho penal se considera articulado legislativamente para poder ser conocido, de modo que la ejecución dolosa del hecho implique también una advertencia sobre la antijuricidad (*Appeltatbestand*). El que realiza el tipo, en un derecho penal correctamente formulado, como Muñoz Conde ha procedido a destacar en sentido afín, debe también obtener por ello una referencia personal sobre la antijuricidad de su actuar. Esto sucede cuando el Derecho penal está en coincidencia con la moral social, es decir, cuando no se produce la hipertrofia del Derecho

penal que Hellmuth Mayer trató en sentido político criminal de denunciar.

La teoría de la culpabilidad únicamente sería aplicable en el derecho administrativo penal, diverso —según la feliz contraposición de Antón Oneca— del Derecho penal administrativo. El artículo 25, 3, de la Constitución impide a la Administración pública la imposición de sanciones que directa o sustitutoria-mente impliquen privación de libertad. La reacción propia del derecho administrativo sancionador es la multa. Posee sentido aquí —por el limitado daño que la multa lleva consigo frente a la privación penal de libertad— renunciar a más fuertes exigencias de culpabilidad. En este sector es permisible un cierto riesgo social, haciendo indiferentes la voluntad anti-jurídica y la voluntad inconsciente infractora, aunque estableciendo siempre el límite de la irresponsabilidad en casos de error inevitable de prohibición.

En el Derecho penal, por el contrario, la utilización de la teoría del dolo es la única compatible con el contenido —y con el sentido— de la pena criminal. El autor que obra con error vencible de prohibición debe ser inmune ante el Derecho penal, salvo en los delitos donde es exigible indiscutidamente un esfuerzo personal de conciencia para elevar la pretensión de respeto que surge del bien jurídico —o de la norma— a criterio de decisión. Están aquí presentes ante todo los delitos centrales, integrantes del núcleo del Derecho penal.

En este campo —frente a la opinión de que muy frecuentemente se obra con conciencia “inactual” de la antijuricidad, “del mismo modo que se sabe sumar y restar”— es improbable que surja un error de prohibición. La realización dolosa del tipo, en el homicidio, falsedad, robo o violación, conlleva simultánea-

mente una advertencia sobre la antijuricidad. Es lo que denomina la doctrina extranjera advertencia por la dolosa ejecución típica de la prohibición (*Appeltatbestand*). En este grupo de delitos puede brotar, por el contrario, el error acerca de la existencia o el alcance de las causas de justificación, pudiéndose conseguir una solución satisfactoria, o tolerable con los tipos de la culpa de la parte especial (homicidio, lesiones culposas, etc., por error sobre una particular causa de justificación) en orden a la punición.

V.— La solución que acepta el art. 20, pfo. final, del Proyecto es incoherente con una de las premisas básicas de la teoría de la culpabilidad. Un precedente directo de ella es el criterio de Hippel de colmar el concepto del dolo tanto con la conciencia real como con la conciencia posible de la antijuricidad. En un primer momento, es decir, en la *Exposición comparada del Derecho penal*, admitió este criterio como mal menor, por razones poderosas de necesidad, previo establecer que hay una diferencia esencial entre la actual y la posible conciencia de la prohibición (*Rechtsvorsatz* y *Rechtspfärlässigkeit*). En el Tratado, por el contrario, se indica que el legislador ha de estimar como delito doloso la conciencia potencial de la antijuricidad, porque de no seguir este criterio se está en un *non liquet*: no habrá ordinariamente prueba de la culpabilidad, teniéndose que absolver, pues la culpa se sanciona de forma excepcional. Este argumento es seguido por la dogmáticamente diversa teoría de la culpabilidad. Welzel afirma que la teoría del dolo no puede poner seriamente en práctica su tesis, pues raramente tiene el autor conciencia real o efectiva de la antijuricidad. Pues bien, tampoco el Proyecto podría seriamente poner en práctica su tesis de que se imponga la pena plena, sin reducción, del dolo, cuando el autor conoce la prohibición. Pues el autor no tiene concien-

cia actual, sino solo “inactual”, “como sabe sumar y restar”, etc..., de la antijuricidad. El Juez se verá, pues, generalmente obligado, de admitir tal premisa básica de la teoría de la culpabilidad, a invertir la relación regla-excepción. De ordinario, se impondrá la pena reducida, según el art. 81, al autor, por falta de prueba de la conciencia de la antijuricidad. Y se impondrá la pena plena del delito solo cuando excepcionalmente se acredite que tuvo conocimiento real de la ilicitud. El Proyecto no capta el sentido del párrafo 17 del StGB cuando únicamente otorga al Juez un poder discrecional para atenuar la pena en casos de error sobre la ilicitud.

VI.— El Proyecto prima —o favorece— a la concepción finalista del delito sin proporcionar mayor explicación. Este no es un criterio admisible en cuestión tan importante cuando se trata de reformar el sistema penal. Como no cabe admitir que se trata sólo de incrementar la represión, debería proporcionarse alguna razón sobre por qué se decide así. En un sistema en que se practique la separación entre Derecho criminal y Derecho penal administrativo (y el sistema español lo hacía así desde 1848) la posibilidad de aparición del error de prohibición es mas bien desdeñable. La práctica nunca ha reaccionado en favor de un cambio de concepción, pese a que la comprensión del dolo como “malicia”, sin necesidad de una formalización de las absoluciones por medio de la teoría del error, opera en la jurisprudencia desde tiempo inmemorial.

Otro problema que plantearía la reforma es la dificultad que existe para distinguir entre error de tipo y de prohibición. Baumann niega que sea fácil practicar esta distinción a pesar de lo cual se sancionan uno y otro con pena diversa, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad. Hay quienes afirman que el error de ti-

po es menos grave que el de prohibición. Pero entendemos con Baumann que es más fácil percatarse de que se ejecutan o realizan los hechos propios del tipo que hacerse cargo, en situaciones a veces jurídicamente complejas, de la prohibición (5). Por otra parte, la distinción entre error sobre los elementos normativos del tipo y sobre la antijuricidad tampoco presenta frecuentemente una línea nítida de demarcación. Esto lo acredita casi anecdóticamente la sentencia del T.S. de 30 de marzo de 1976. La conducta del inculpado constituye objetivamente un delito de apropiación indebida del art. 535 C.p., en cuanto vende un automóvil del que no podía disponer por estarlo adquiriendo a plazos y haberse reservado el dominio la entidad que financiaba la operación (*pactum reservati domini*). La absolució n se razona en el sentido de mediar un error de prohibición, por creer que estaban autorizados a realizar la venta los procesados. Es indudablemente polémico si aquí está presente un error de prohibición, como afirma la sentencia, o un error sobre una característica normativa del tipo penal. De creer el adquirente con reserva de dominio que en virtud del contrato tiene facultades para vender, o de creer que la cosa es propia y no ajena, el error versa sobre una nota —la ajenidad de la cosa— que pertenece implícitamente al tipo de la apropiación indebida. Habría error de prohibición, por el contrario, si se desconociera la general prohibición de la apropiación de dinero, efectos o cosas muebles en la hipótesis de haber sido recibidas por los títulos del art. 535 del C.p. Esta sentencia ha sido estudiada sin contradicción por especialistas del Derecho penal. Ello pone de manifiesto la dificultad de distinguir entre error de tipo y de prohibición y la línea sinuosa que puede conducir a la imposición de la pena criminal. El Proyecto

---

(5) Baumann, J.: *Strafrecht*, Allg. T., 8 Aufl., p. 446.

de Código Penal difícilmente hubiera conducido en este caso a la absolución, supuesta la posibilidad de ser evitado el error en la situación concreta.

Es claro también que, como Baumann indica, el autor no realiza una valoración analítica de los elementos normativos del tipo e independiente de la antijuricidad. Puesto que el autor no efectúa esa distinción —se trata de una cuestión relativa a la culpabilidad, subjetivo personal—, la ley tampoco debería distinguir, sobre todo cuando se trata o de absolver —error de tipo, en los delitos que no admiten la forma culposa— o de condenar —como solución general del error evitable de prohibición. Lo cierto es que el autor posee una percepción unitaria de la realidad, como materia que posee determinadas propiedades, a la que simultáneamente hace objeto de determinada valoración. Esta unidad entre ser y valor —o la inescindibilidad entre ser y valor— obligaría lógicamente a una consideración unitaria del error de tipo y del error de prohibición (6).

VII.— Entendemos que el inciso final del art. 20, pfo. tercero, debería desaparecer.

El Proyecto haría bien limitándose a sostener el punto de vista tradicional, según el cual, de no existir un delito culposo paralelo, en las hipótesis de error evitable de prohibición, es procedente la absolución. Este ha sido el criterio propio de la doctrina española, por lo que ni las preferencias dogmáticas ni el perfeccionismo sistemático deberían influir en la variación de tal concepción.

El Proyecto debería indicar también claramente si desde la perspectiva político criminal se estima im-

---

(6) V. Kaufmann, A.: *Das Schuldprinzip*, 2 Aufl., p. 131, con referencia a la posición de Naka, sobre la función de advertencia del dolo típico sobre el carácter prohibido de la acción.

prescindible incrementar la represión, es decir, sancionar con la pena del dolo el evitable error sobre la antijuricidad. Si su punto de vista es que el autor, fundamentalmente en los delitos pasionales y habituales, suele actuar sin conciencia actual de la prohibición y que con finalidades político criminales se atribuye a la esfera del dolo la conciencia posible de la antijuricidad, debería advertirse que este argumento nunca ha conmovido a la práctica española, y que se opone a la concepción admitida entre otros por Jescheck sobre que la realización típica proporciona de hecho al autor información sobre la antijuricidad de su actuar.

Nuestra opinión es favorable a la supresión del párrafo último del art. 20 del Proyecto en su totalidad. De este modo el error de tipo y el error de prohibición pueden ser sometidos por la jurisprudencia a un tratamiento homogéneo, de llegar a ser Ley el Proyecto.

De no aceptarse esta conclusión, podría ser planteada la posibilidad de incorporar a su Libro Segundo, Título final, una disposición relativa al error de prohibición de carácter general. Este punto de vista ha sido patrocinado de *lege ferenda* por Schröder. Para evitar que la equivocación jurídica del autor o el error evitable de prohibición sea atribuido al ámbito del dolo, conforme a la teoría de la culpabilidad, se ha propuesto incorporar al Código penal una cláusula sobre la llamada culpa de Derecho (*Rechtsfahrlässigkeit*). Córdoba Roda ha estudiado con profundidad esta cuestión, con referencia al art. 565, C.p. actual, con vista a integrar en él no solo la culpa de hecho, sino la culpa de Derecho, o la imprudencia relativa a la prohibición.

La propuesta de tratar el error de prohibición inexcusable a través de tal cláusula general ha encontrado

graves censuras en la literatura alemana. En parte se le ha dirigido una crítica fácil por los partidarios de la teoría de la culpabilidad, donde están presentes subrepticias acusaciones políticas, por el parentesco de esa solución con el Proyecto Gürtner de 1936, en el que la culpa de derecho se preveía como tipo o delito general, sancionado con pena unitaria de hasta tres años de prisión. Prescindiendo del signo político de la acusación —no hay que olvidar que Hellmuth Mayer, en su parte general del derecho penal alemán de 1936, es quien más claramente establece las bases para el desenvolvimiento de la teoría de la culpabilidad en el porvenir, al reclamar únicamente para el dolo el conocimiento de la contradicción entre la moral del pueblo y la acción—, la realidad es que la crítica de Welzel y Maurach a la teoría de la culpa de Derecho, según dicha formulación, se debe compartir. Una cláusula general relativa a la culpa de Derecho sancionada con *pena unitaria* prescinde del contenido de injusto del delito particular. Desconecta la culpabilidad de la antijuricidad tipificada y origina un “*crimen culpae*” jurídico, difícilmente compatible con el principio de legalidad.

El criterio correcto para el tratamiento del error vencible de prohibición lo proporciona, según nuestra opinión, la teoría estricta del dolo. En esta situación falta la responsabilidad penal salvo si existe una figura culposa que permita su incriminación. Esta toma de posición no impide, sin embargo, observar que las reservas suscitadas por el criterio de Schröder sobre la formación de una cláusula general que asegure la punibilidad del error vencible de prohibición, se atenúan considerablemente si se consigue conectarla o relacionarla más firmemente con los tipos particulares de la parte especial. La norma sobre la culpa de derecho exige entonces la realización por el autor de los elementos objetivos y la presencia de los elementos sub-

jetivos del injusto que vengan en consideración. Han de ser realizados dolosamente los elementos del aborto, del allanamiento de morada, de las infracciones a las reglas sobre control de cambios, etc. De este modo son neutralizadas en alta medida las objeciones dirigidas a la cláusula general sobre la imprudencia jurídica desde la perspectiva del postulado *nullum crimen sine lege*. No cabe hablar ya de un *crimen culpae*, es decir, de un delito culposo independiente, con equívoco contenido de injusto, sancionado con pena unitaria, sino de verdaderos *crimina culposa*, delimitados legislativamente, con propio contenido de injusto en tanto son descritos en el tipo la acción y el resultado lesivo del bien jurídico. Para adaptar la pena a la gravedad del injusto, se puede proceder a reducir en uno o dos grados la prevista para la realización dolosa del tipo con pleno conocimiento de la prohibición. Presupuesta la definición exacta del delito y de la pena, la valoración final del acontecimiento como culpa de derecho permite hablar de verdaderos *crimina culposa*, es decir, de delitos particulares cometidos con error evitable de prohibición. En ellos resulta decisiva la ausencia de la conciencia de la antijuricidad para la valoración jurídica definitiva. No se trata únicamente, pues, de reducir la pena del dolo, sino de la presencia de un título jurídico diverso, en sentido paralelo al método legislativo propio de la imprudencia punible del Código penal vigente (7). El autor no sería condenado por delito doloso atenuado, como establece el art. 20, pfo. último, en relación con el art. 81, del Proyecto de Código penal, sino por el especial tipo de delito de la culpa de derecho, en el que la culpabilidad personal despliega la función definitoria final de la responsabilidad, es decir, en el que el particular tipo de culpabilidad propio del error vencible de prohi-

---

(7) Vid. Córdoba Roda, J., *loc. cit.*, pp. 130 y ss.

bición predomina a los fines de la definición del delito sobre el tipo de lo injusto.

Esta solución no vulneraría las exigencias histórico culturales, político jurídicas y constitucionales dimanantes del principio *nullum crimen sine lege*. La norma sobre la culpa de derecho opera con base en la determinación precisa del injusto típico, para valorar la actitud culpable característica del error vencible de prohibición, diferente de la infracción consciente del Derecho. En el tratamiento del error evitable de prohibición, el orden jurídico no debe distanciarse de las valoraciones sociales. La definición como autor de un delito doloso de quien no se decidió conscientemente contra la norma, es decir, de quien incurrió en equivocación jurídica y obró de buena fé, no respeta las relaciones valorativas existentes entre las cosas. La definición y sanción de estas hipótesis como casos de culpa jurídica es una decisión legislativa menos desacertada que su atribución al ámbito del dolo.

Esta solución se presta, sin embargo, a reparos significativos. No ofrece los inconvenientes que en el plano valorativo y social presenta la teoría de la culpabilidad (8), pero pone de relieve deficiencias lógicas y sistemáticas que tampoco deben pasar inadvertidas. Según el criterio expuesto, el dolo cumple en el tipo una función definitoria del delito, que es rectificadora después al calificarse la acción por la norma de la culpa de derecho. Los delitos mencionados de aborto, allanamiento de morada, infracciones en materia de divisas, etc., se definen inicialmente como injustos dolosos, para finalmente rectificar esta definición,

---

(8) Según la teoría limitada de la culpabilidad, el error sobre los presupuestos reales de las causas de justificación ha de tratarse como error de tipo, no como error de prohibición. Esta cuestión no es abordada en el Proyecto. De igual forma que en Alemania, queda abierta a la discusión dogmática.

considerándolos como supuestos de culpa jurídica. En la definición del delito no es decisivo el injusto típico o las propiedades específicas, diferenciales, entre los diversos delitos, sino el error evitable de prohibición, es decir, una nota propia de la culpabilidad. Ello implica un defecto lógico y sistemático que los autores que, con base en el sistema finalista, consideran al dolo como elemento típico fundamental, difícilmente estarán dispuestos a tolerar. Aunque supere alguno de los defectos observados en la fórmula sobre la culpa de derecho propuesta por Schröder, impidiendo su caracterización como *crimen culpae* y proporcionándose la pena a la gravedad del delito, el criterio examinado presenta graves inconvenientes a la luz de la lógica jurídica y de las aspiraciones —ya que no de las necesidades— sistemáticas del Derecho penal.

Todo ello hace que la presente comunicación —precisada de ampliaciones que desbordarían los límites aconsejables y de aclaraciones que proporcionará la literatura especial sobre el problema (9)— se haya inclinado en favor de la teoría estricta del dolo. En esta decisión son esenciales las razones sociales, político jurídicas y axiológicas. El autor que desconoce infringir normas jurídicas, frecuentemente artificiosas, sin respaldo en la conciencia moral social, ha de ser absuelto, a no ser que el acto pueda incluirse en alguno de los limitados delitos culposos previstos por la ley.

La solución del art. 20, pfo. último, del Proyecto de Código penal es una reminiscencia de la vieja regla *nemini licet ignorare ius*. Es la transacción histórica, o la mediación dialéctica, entre la absolución que la teoría del dolo ofrece a quien no conoció que infrin-

---

(9) Vid. Maurach, R., *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas de Córdoba Roda, J., T. II, pp. 130 y ss.; Welzel, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*, trad. y notas de Cerezo Mir, J., pp. 103 y ss.; y bibliografía citada en nota 1.

gía el Derecho —salvo la existencia de un particular delito culposo— y la regla del Estado Policia *nul n' est censé ignorer la loi*. Desde la perspectiva del principio de intervención mínima supone un posible abuso del *ius puniendi* por el legislador, pues somete al reproche y a la pena del delito doloso la actitud jurídicamente descuidada o negligente, no sólo la actitud consciente contraria a la norma de Derecho.

Dicha solución es también, como esta comunicación ha tratado de mostrar, un retroceso histórico, una recaída en el pretérito jurídico, pese a su modernidad dogmática. No siempre las soluciones más próximas en el tiempo son las más coherentes con la libertad social de acción. La solución del art. 20, pfo. último, del Proyecto de Código penal hace retroceder relativamente la historia a una fase anterior a la decisiva sentencia de 30 de marzo de 1976, en la que el Tribunal Supremo patrocinó abiertamente la teoría del dolo. Este progresivo criterio es desplazado por una solución que no respeta la concepción del Derecho penal como “última ratio”. El art. 20, pfo. último, del Proyecto de Código penal extiende la represión a supuestos en que existe un mínimo contenido de culpabilidad, sólo para favorecer la vigencia incondicional de un orden jurídico en permanente proliferación. En dicha norma jurídica —por elevados que sean sus precedentes dogmáticos y sistemáticos— está presente un acercamiento retrospectivo al abandonado criterio de que el error de derecho penal no beneficia al autor (*error iuris criminalis nocet*). Únicamente cabe observar en ella una disposición hacia la tolerancia represiva que falta en el parágrafo 17 del StGB. A diferencia del art. 20, pfo. último del Proyecto, esta disposición no hace obligatoria, sino sólo discrecional para el Juez, la reducción de la pena en casos de error evitable de prohibición. Pero ambas soluciones son cualita-

tivamente iguales. Sólo se distinguen en su significación cuantitativa. En ambos sistemas se trata de someter a la descalificación social del delito doloso —y a la pena, atenuada o no, del dolo— hipótesis en que es discutible afirmar la presencia de una verdadera culpabilidad material.



**JOSE R. CASABO RUIZ**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Valencia



**La capacidad sancionadora de la administración en el Proyecto de Código Penal.**

Entre los temas básicos del Derecho, destaca el de las relaciones entre la sanción administrativa y la pena, pues afecta tanto a los límites de las disciplinas interesadas, lo que sólo tiene una importancia relativa, como a una concepción del Estado, faceta esta de sobresaliente interés y que a menudo queda relegada a un segundo término, pese a su enorme repercusión práctica. Por este motivo es necesario analizar el planteamiento que de la cuestión hace el Proyecto de Código Penal, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Constitución. Naturalmente, en este trabajo solo se pretende llamar la atención sobre el problema, que es merecedor de extenso y profundo estudio.

El artículo clave en el tema, sin duda alguna, es el que regula la potestad sancionadora de la Administración: el 688 del Proyecto que corresponde al actual 603.

De acuerdo con la tradición jurídica española, el articulado del nuevo Proyecto de Código Penal concluye con un precepto referido a la capacidad sancionadora de las Autoridades administrativas. Colocación sistemática que demuestra la intención del legislador de no olvidar resquicio alguno en materia de penas y su voluntad de no abandonar el campo de las faltas, por eso se encuentra entre sus "disposiciones comunes". El Proyecto, por tanto, respeta al menos formalmente el espíritu de los Códigos anteriores.

El seguimiento de la línea tradicional se manifiesta asimismo en el texto, ya que reproduce prácticamente los dos párrafos del vigente 603, si bien le añade uno más totalmente nuevo. Dice así el art. 688 del Proyecto:

“En las Ordenanzas Municipales y demás Reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales.

Conforme a este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté *encomendada por una norma con rango de ley*.

*Sin embargo, no podrá ser sancionada gubernativamente quien hubiere sido ya castigado como responsable de una falta por el mismo hecho, ni penado por falta quien hubiere sido ya sancionado por la autoridad gubernativa por el hecho constitutivo de aquella” (1).*

La novedad introducida en el último párrafo del artículo es de mucha importancia teórica y práctica, por cuanto puede ayudar al esclarecimiento de ciertos extremos muy discutidos desde antiguo. Esto no obstante, el simple hecho de reproducir el texto clásico es ya de por sí trascendente, teniendo en cuenta el

---

(1) Se han puesto en cursiva las reformas. El párrafo segundo actual concluye: “por leyes especiales”.

cambio experimentado en el ordenamiento jurídico español como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Constitución. Concretamente hay que preguntarse acerca de si es compatible el contenido clásico del precepto con los principios constitucionales. Para averiguarlo nada mejor que asomarse al estudio de las causas que condicionaron el origen y posterior evolución del texto histórico.

Como es sabido, el párrafo primero procede del Código de 1848 (2) y sus redactores seguramente se inspiraron en el Código Penal de las Dos-Sicilias de 1819, cuyo art. 467 disponía: “La policía tiene la facultad de hacer y publicar reglamentos para el buen orden y mantenimiento de la tranquilidad pública. Sin embargo, las penas no podrán ser mayores que las establecidas en estas leyes para las contravenciones”.

La idea limitadora de las facultades administrativas de carácter sancionador, no sólo no era original del Código español de 1848, sino que encajaba de lleno dentro de la preocupación por la división de poderes, muy viva entre los liberales.

La Revolución francesa colocó en la base del ordenamiento político el principio de la radical división de poderes, lo que influía inmediatamente en la esfera penal. Como ha indicado Mattes, según este planteamiento “debía ser eliminada toda arbitrariedad en la punición, la pena debía estar en cada caso determinada de antemano por medio de una ley formal, y no se podía imponer sino en un proceso legal formalmente prescrito, debiendo realizarse con todo rigor la división de los poderes del Estado, lo que produjo como

---

(2) Su texto decía: “En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales de la administración que se publicaren en lo sucesivo, no se impondrá a los contraventores mayores penas que las señaladas en este libro, a no ser que así se determine por leyes especiales”.

consecuencia la transferencia del conjunto de la administración de justicia a los tribunales” (3).

Los legisladores españoles y de otros países no se atrevieron a llegar tan lejos y apremiados quizás por razones de conveniencia práctica, permitieron que la propia Administración pudiera imponer sanciones como excepción al principio de división de poderes. Excepción que para no vulnerar las exigencias de seguridad jurídica, que se encuentra en el fundamento de la exclusiva competencia judicial para imponer sanciones, tenía que reservarse para los actos levísimos, carácter que les venía dado por la escasa importancia de la pena.

El liberalismo decimonónico estaba muy escarmentado por la experiencia napoleónica que vino a confirmar aquellos recelos de los partidarios de la división tajante de poderes. Según cuentan los legisladores españoles de 1821 (4), el dictador Napoleón pretendió controlar la persecución y castigo de las infracciones criminales y como no se atrevió a quitar la institución del jurado, limitó al máximo su competencia en favor de los órganos que él podía controlar. Por este recelo resulta explicable la limitación explícita que introduce el propio Código penal a las posibilidades sancionadoras de las autoridades gubernativas. La verdad es que incluso la modesta facultad concedida fue duramente criticada por entenderla flagrante vulneración del principio de división de poderes. Así, al comentar el texto del que actualmente es párrafo 3º del art. 26 por el que no se reputan penas las multas que administrativamente puedan imponerse, unos autores fran-

---

(3) Mattes, Heinz y Herta: *Problemas de Derecho penal administrativo*. Traduc. y notas por J.M<sup>a</sup> Rodríguez Devesa, Madrid 1979, p. 381.

(4) Vadillo y Calatrava. *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión del proyecto de Código penal*. Imprenta Nacional (Madrid), 1822, p. 228 y 321 del Tomo I.

ceses manifiestan respecto de la multa que “accorder à une autorité autre que les tribunaux la faculté de la prononcer, c’est tolérer un empiètement dans les attributions du pouvoir judiciaire, c’est autoriser légalement une usurpation dont les conséquences ne peuvent qu’être préjudiciales à la bonne administration de la justice” (5).

Aun cuando los conservadores que redactaron el Código de 1848 no siguieron fielmente la idea de la radical división de poderes, no cabe la menor duda de que la tuvieron en cuenta en el momento de preparar el texto. Su conservadurismo se desenvolvía en el marco de las premisas mínimas del liberalismo político, lo que no puede decirse del gobierno de Narváez que impulsó y logró su promulgación.

La razón por la que este gobierno permitió el artículo parece encontrarse en su ignorancia. Con las prisas para tener rápidamente un instrumento represivo eficaz frente a las revueltas sociales del momento, el gobierno no se detuvo a revisar por entero el proyecto. Por este motivo la resolución del Consejo Real de 31 de octubre de 1849 dirá de aquel precepto que “no se trató ni discutió de propósito” (6). Buena prueba de la falta de conciencia gubernamental de lo dispuesto en el Código, es que después de su entrada en vigor, la R.O. de 7 de julio de 1848 aprueba el bando de un gobernador de provincia por el que se prohibía el uso de toda clase de armas, lo que había dejado de considerarse infracción criminal, bajo sanción de 500 reales, cuando el Libro III del Código sólo contemplaba multas de hasta 300 reales (7).

---

(5) Laget, L. y Laget-Valdeson: *Théorie du Code pénal espagnol*. 2ª Ed. Paris 1881 (la 1ª es de 1860), p. 148.

(6) *Colección Legislativa de España*. Tercer cuatrimestre de 1849. Tomo XLVIII, Madrid 1850, p. CVIII.

(7) *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*. Por, García

La incompatibilidad del límite establecido en el texto penal con los planteamientos autoritarios del momento, en que se pretende reforzar al máximo el poder e independencia del ejecutivo, queda manifestada con meridiana claridad en la argumentación utilizada por la decisión del Consejo Real antes citada de 31 de octubre de 1849. En ella se resuelve el conflicto de competencia entre los jueces y la administración para el castigo de un hecho constitutivo de falta según el Código penal y de infracción administrativa de acuerdo con una Ley de 1845. El Consejo Real decide en favor de la competencia de la Administración aduciendo, entre otras, las siguientes razones: En primer lugar, que el Código no ha privado a los funcionarios de las facultades que les pertenecen “como delegados del gobierno”; segundo, que correspondiendo a las autoridades administrativas la facultad de imponer gubernativamente multas “como atribución necesaria para el desempeño de sus funciones, y habiéndose organizado sobre este fundamento toda la administración por leyes recientemente publicadas, este fundamento desaparecería si el Código penal se entendiese en el concepto de que todos los hechos de esta clase han de ser calificados de faltas, y todas las faltas juzgadas... con la dependencia y bajo la subordinación de los jueces de primera instancia”; tercero, que esta última interpretación acarrearía graves inconvenientes como el de que “se entendiese variada la forma actual de la administración pública en su parte más esencial, que es el ejercicio de la autoridad, que debe ser libre y desembarazada sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes”; además, debería someterse a juicio “la aplicación de los medios coercitivos y correccionales y los actos todos de autoridad

---

Goyena y Aguirre; corregida y aumentada por Aguirre y Montalban. 4<sup>a</sup> Ed. por Vicente y Caravantes. Tomo V, Madrid 1852, p. 399 y s.

que requiriesen la imposición de multas u otras represiones semejantes señaladas por las leyes”, y según esto “los agentes y empleados de la administración, como tales, estarían sometidos a las reclamaciones de los particulares que se creyesen agraviados, por más temerarias que fuesen, con grave daño del servicio público y menoscabo de la independencia y responsabilidad de la administración, que la Constitución y las leyes tienen consignadas”.

Con admirable claridad se pone de relieve la actitud de defensa en un poder gubernativo fuerte e independiente, capaz de fijar conductas merecedoras de sanción y de aplicar la pena correspondiente. El ejercicio de la autoridad administrativa no debe en absoluto verse coartada por la intervención judicial y por los recursos propios de los procesos. Estos argumentos encajan perfectamente en el planteamiento político del momento, manifestado a través de la Constitución de 1845.

Al estudiar las figuras e instituciones penales no pueden olvidarse los condicionamientos políticos en que aparecieron. A veces el positivismo jurídico y la vocación de permanencia de las normas penales hacen olvidar, o al menos no darle la suficiente importancia, a las razones sustanciales que determinaron su inclusión, con lo que no se tiene clara conciencia de la trascendencia que implica la adopción de postura. Con razón escribió Silvela que para apoderarse del espíritu de la mayor parte de las leyes penales vigentes hay que atender con diligencia suma a las ideas del periodo de su publicación (8).

La aplicación de estas directrices metodológicas al artículo del Código penal que nos ocupa, lleva a conclusiones altamente reveladoras.

---

(8) Silvela, L.: *El Derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España*. Tomo I, Madrid 1874, p. 28.

El proyecto del que luego sería Código penal de 1848 fue redactado bajo la vigencia de la Constitución de 1837 que, aun cuando de base conservadora, manifestaba cierto talante democrático y progresista, reconociéndose la soberanía nacional y la clara división de poderes, y en consecuencia se habla del “Poder judicial”. Los redactores del proyecto de Código penal eran muy afines a estas ideas constitucionales, hasta el extremo de que cuando en 1845 se modificó la Constitución, alguno de ellos, como Pacheco, no dudó en separarse del partido conservador, formando la fracción llamada “los puritanos”, por tal motivo.

La promulgación del Código penal se produce en unas circunstancias totalmente distintas y con otra Constitución. La primera medida tras la llegada de Narváez al poder es la formación de unas Cortes Constituyentes, en cuyas elecciones se abstuvieron los progresistas, que inmediatamente preparaba una nueva Constitución, la de 1845. Esta nueva ley fundamental era mucho más conservadora que la anterior de 1837, y en ella no se habla ni de la soberanía nacional, ni de la división de poderes; es más, en lugar de Poder judicial, se habla simplemente “de la administración de justicia”.

Los dos planteamientos constitucionales se manifiestan en la distinta concepción de las sanciones administrativas. El Código penal refleja la postura liberal moderada de entender que la facultad de aplicar penas a los casos concretos es competencia exclusiva del Poder judicial y que sólo de modo excepcional y para los casos muy leves, también el Poder ejecutivo puede sancionar. El Gobierno, en cambio, de acuerdo con la Constitución de 1845, al otorgar total preeminencia a la Administración, no puede consentir la mediatización de los jueces para la aplicación de sanciones. Un ejecutivo fuerte debe tener capacidad para

dictar las normas que estime conveniente y para aplicar el correspondiente castigo a sus infractores. Y esta es la actitud manifestada en la resolución del Consejo Real.

Las implicaciones políticas del tema quedan claramente plasmadas en los momentos iniciales de la vigencia del precepto y por esta razón, el tema de las relaciones entre la pena y la sanción administrativa tiene que plantearse teniendo en cuenta dichas implicaciones, de lo contrario se corre el peligro de permanecer sólo en la superficie de la cuestión, por muy profundos que parezcan los planteamientos.

Por la naturaleza política de la capacidad sancionadora de la Administración, su suerte va unida a la naturaleza de los distintos gobiernos. No puede extrañar, por tanto, que desde la "subrepticia" introducción del artículo en el Código penal, se haya limitado su ámbito y eficacia, salvo en muy breves paréntesis.

Así, la R.O. de 11 de marzo de 1850 dispone que las autoridades pueden continuar imponiendo gubernativamente las multas y correcciones señaladas en las Leyes, afectando la limitación de cuantías previstas en el Código penal sólo "a las faltas literalmente previstas en él". De esta manera se deja expedito el campo a la facultad sancionadora de la Administración, únicamente limitada en lo que se refiere a la magnitud de los castigos para los hechos previstos también como faltas en el Código penal.

Como consecuencia de lo anterior, el Gobierno por R.D. de 7 de junio de 1850, modifica el artículo del Código penal añadiéndole su párrafo segundo (9).

---

(9) El texto era el siguiente: "En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo, no se establecerán mayores penas que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atri-

La verdad es que con la nueva redacción no se solucionó el problema, pues su carácter confuso y equívoco (10) daba pie a soluciones contradictorias. Entre los penalistas continuaba la interpretación restrictiva en el sentido de que las autoridades administrativas sólo tenían competencia para sancionar las faltas no castigadas en el Código penal y con los límites allí establecidos. Los gobiernos, en cambio, se afanaban en reforzar el poder de las autoridades administrativas y buena prueba de ello es la R.O. de 23 de septiembre de 1858 que amenazaba con la cesantía a los jueces y promotores que no respetasen las reglas referentes a las competencias, altamente protectoras de esa administración, y entre ellas la de que sólo los gobernadores civiles pueden promover las cuestiones de competencia con la judicatura de acuerdo con los RR. DD. de 4 de junio y 4 de agosto de 1847, y que luego recogería el art. 286 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 supuso un cambio en la orientación, ya que su art. 10 terminantemente dispone que “corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los casos reservados por las Leyes... a las autoridades administrativas o de policía”. De esta manera la Administración únicamen-

---

buciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales.

Conforme a este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes de 8 de Enero, 2 de Abril de 1845, y cualesquiera otras especiales competan a los agentes de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno, y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su reprobación les esté encomendada por las mismas leyes”.

(10) Groizard, A.: *El Código Penal de 1870*. Tomo VIII, Salamanca 1899, p. 489.

te puede castigar los hechos no recogidos en el Código penal.

El texto anterior hay que relacionarlo con el Proyecto de Código penal de 1882 de Alvarez Martínez. Una de las novedades de este texto es el de dividir el Libro III de las faltas en dos Títulos, uno con aquellas cuyo castigo corresponde a los jueces y el otro con las que son competencia de las autoridades gubernativas. Según manifiesta la exposición de motivos, con este planteamiento se pretende cortar de raíz los conflictos existentes entre ambas competencias y aumentar el prestigio de las autoridades administrativas sin menoscabo de las judiciales, pues privar a las primeras “de estas jurisdicción, equivaldría a despojarlas de la fuerza y prestigio que necesitan para el ejercicio de su cargo”. El proyecto inicia claramente un proceso de desincriminación.

La misma línea sigue el de 1884 de Silvela, pero con la particularidad de no recoger en el Código las infracciones administrativas. La exposición de motivos dirá al respecto: “Aparece algo irregular incluir en el Código faltas que no habrían de caer bajo la competencia de los verdaderos tribunales, y que no habrían de ser reprimidas con privaciones que no mereciesen, siguiendo los principios del mismo proyecto, la calificación legal de penas”. En consecuencia, el proyecto reduce el número de faltas criminales, manifestando que el Libro III no excluye ni limita las facultades gubernativas, y omitiendo el límite tradicional.

Como los anteriores proyectos no llegaron a convertirse en norma positiva, lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vino a reforzar la tesis de que la persecución y castigo de los hechos punibles corresponde a la jurisdicción, pasando a ser una excepción a dicho principio la competencia de las auto-

ridades administrativas. Así se escribe que esta última se admitirá tan solo “cuando de una manera expresa, clara, terminante y *sin género alguno* de duda, esté reservado a cualquiera de ellas el conocimiento y la represión de un hecho que corresponda a dicho orden, pues en el caso de haber motivo para dudar de dicha competencia debe conocer la jurisdicción ordinaria, según tiene declarado repetidamente el Tribunal Supremo” (11).

En efecto, el Tribunal Supremo se había mostrado intransigente en este punto, hasta el extremo de que para evitar la burla a la competencia judicial por la rapidez en la imposición del castigo administrativo, no duda en sancionar de nuevo el mismo hecho, recordando que si el Código no excluye ni limita las atribuciones de la administración, tampoco pueden estas “excluir ni limitar en lo más mínimo la aplicación judicial de aquellas disposiciones penales”. Es más, entiende que no puede aducirse el principio de cosa juzgada, pues la sanción gubernativa no se impone “en juicio de ninguna clase” (12). De esta manera se produce la paradoja de que para salvar la autoridad judicial frente a los intentos limitadores de la Administración, los jueces se ven obligados a sancionar otra vez lo que ya había sido castigado gubernativamente.

Para obviar este defecto se intentaron varios criterios delimitadores. Así la R.O. de 28 de julio de 1897 señaló que correspondía solamente a las autoridades administrativas el investigar si se cometen o no las faltas castigadas en las Ordenanzas municipales y que cuando consideren que las faltas cometidas se hallan castigadas en el Código penal, lo deberán poner en

---

(11) Aguilera, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo I, Madrid 1912, p. 127.

(12) STS 21-11-1884; en el mismo sentido, entre otras, 17 de marzo y 6 de junio de 1894, 27 de noviembre de 1916.

conocimiento de los jueces municipales (13). Asimismo la Fiscalía del Tribunal Supremo recuerda en su circular de 24 de noviembre de 1899 que los juzgados municipales tienen competencia exclusiva, “expresamente otorgada por el legislador y reconocida también de modo explícito y terminante por el Tribunal Supremo, Consejo de Estado y decisiones ministeriales para conocer de tales faltas, estén o no castigadas también en las Ordenanzas municipales”. Sin embargo añade la importante limitación de que caso de estar sancionada la conducta en las Ordenanzas, los jueces no pueden perseguirlas sin que por la administración se les haya comunicado.

Pese a los anteriores intentos clarificadores, lo bien cierto es que en la práctica jurisdicción y administración seguían cada una su camino lo que lógicamente daba lugar a la doble imposición. Por este motivo el R.D. de 29 de enero de 1904 resolvió con carácter general que un mismo hecho no puede ser penado por dos jurisdicciones distintas. Por su parte el R.D. de 30 de julio del mismo año 1904 prácticamente venía a reservar la competencia judicial para el castigo de las faltas denunciadas por particulares y la administrativa para las perseguidas de oficio (14).

El poder administrativo llegó a tales extremos que Lastres, no sin cierto asombro, cita haberse resuelto en su favor la competencia para el castigo de quien al resistirse a la detención por los agentes de la autoridad, les infirió una ligera herida (15).

Que el problema lejos de resolverse con las disposiciones dictadas, continuó planteado queda patente en el art. 853 del Código penal de 1928, cuyo texto

---

(13) Aguilera: *Comentarios...* cit., Tomo I, p. 128.

(14) Aguilera: *Comentarios...* cit., Tomo I, p. 129.

(15) Lastres, F.: *Procedimientos civiles, criminales, canónicos y contencioso-administrativos*, 11<sup>a</sup> Ed. Madrid 1902, p. 229.

es el siguiente: “Salvo en su caso lo dispuesto en la legislación especial que regule las atribuciones de los Tribunales tutelares para niños, corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento y castigo de las faltas previstas en este Código, aunque también los hechos a que se contraigan se hallen penados por Ordenanzas municipales u otras disposiciones administrativas. En ningún caso podrá castigarse un mismo hecho con sanción judicial y gubernativa”.

Conocida es la evolución posterior y el modo como en las últimas décadas se fue reafirmando el poder de la administración hasta el extremo de legislativamente consagrarse el principio de doble punición y de establecerse muy graves sanciones pecuniarias que daban lugar a los arrestos sustitutorios. Conocida es también la reacción de la doctrina sobre todo penal, en favor de los límites a la facultad sancionadora de la Administración y del principio *non bis in idem*.

Sin embargo la Sala IV del Tribunal Supremo continúa apegada al planteamiento de considerar que son radicalmente independientes y autónomas, por lo que la administración puede sancionar hechos aunque merezcan el calificativo de infracción criminal y no está sujeta a los límites marcados en el Código penal. Muy expresivas son las sentencias de 28 de mayo de 1979/2600 y de 14 de junio de 1978/2371, junto con las allí citadas. Únicamente es de destacar que esta Sala del Tribunal Supremo no se atreve a llegar hasta las últimas consecuencias aceptando el *bis in idem* y para impedirlo alude al criterio de conveniencia de “evitar la descoordinación del ordenamiento que tales situaciones de doble sanción implican” –STS 14-6-1978–.

Puede decirse, a la vista de lo anterior, que el problema se plantea hoy con una agudeza máxima, por lo que es necesario recordar su carácter político y su vinculación a los planteamientos constitucionales. Lo

que es lógico dentro de un sistema autoritario, basado en la unidad de poder, no resultará aceptable en uno democrático que asuma la división de poderes, como demuestra la historia. Por este motivo es preciso partir de los preceptos constitucionales vigentes.

Característica destacada de la actual Constitución es su preocupación por la defensa de los derechos y libertades individuales. Ningún texto fundamental español ha subrayado tanto la necesidad de salvaguardar tales derechos ni con tanta extensión.

Así su Título I, dedicado a la regulación de los derechos y deberes fundamentales, comienza diciendo que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Para mayor garantía, y dentro del evidente iusnaturalismo reflejado en la expresión *derechos inviolables inherentes a la persona*, el párrafo 2 de ese art. 10 busca el apoyo de las declaraciones y acuerdos internacionales para evitar que de una u otra manera se frustren las garantías individuales.

La clara postura defensora de los derechos de la persona adoptada por la Constitución, no queda en mera declaración programática, sino que se proyecta en niveles de eficacia práctica nunca conocidos hasta ahora, como son las limitaciones a la propia capacidad legislativa de las Cortes Generales y el fácil recurso a la protección judicial.

En el plano de las fuentes, el art. 53, 1 establece que “solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial” podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I. Esta reserva de ley, de por sí tan importante, no se considera suficiente y respecto de

los derechos y libertades públicas, que constituyen la Sección 1ª de aquel Capítulo, se exigen leyes orgánicas, pues el art. 81, 1 manifiesta que son leyes orgánicas, entre otras, “las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. La aprobación, modificación y derogación de estas leyes orgánicas, según el párrafo 2 del mismo artículo, “exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

De acuerdo, pues, con la Constitución sólo normas con el rango de leyes orgánicas pueden establecer sanciones que comporten privación o restricción de cualquiera de los derechos recogidos en la Sección primera del Capítulo segundo de su Título I, sin que en éstos quepa la delegación legislativa por prohibirlo expresamente el art. 82, 1. Por lo que se refiere a los demás derechos reconocidos en la Sección segunda del mismo Capítulo segundo, únicamente una disposición con rango formal de ley puede limitarlos y la delegación legislativa ha de producirse “sobre materias determinadas” y debe recaer solamente en el Gobierno, sin que quepa subdelegación alguna, tal y como dispone el art. 82, 1 y 3.

Si se comparan las anteriores disposiciones con el art. 688 del Proyecto de Código penal resulta evidente su incompatibilidad, al igual que ocurre respecto del art. 603 del Código vigente.

Tanto el Código como el Proyecto permiten que disposiciones administrativas establezcan penas iguales o inferiores a las señaladas para las faltas en el Libro III. Entre estas se encuentra, en primer lugar, el arresto menor o el arresto fin de semana, ambas privativas de libertad. Dado que la libertad se considera un derecho fundamental según dispone el art. 17 de la Constitución, únicamente a través de leyes orgánicas pueden establecerse dichas penas, sin que quepa

siquiera la delegación legislativa. En consecuencia, y por lo que se refiere a la posibilidad de que por leyes o disposiciones administrativas se puedan establecer penas de arresto menor o de arresto fin de semana, tanto el Código como el Proyecto con inconstitucionales.

La segunda pena prevista para las faltas, y por tanto de permitida aplicación por normas administrativas, es la privación del permiso de conducir vehículos de motor. Lógicamente este concreto derecho no viene especificado en la Constitución, sin embargo podría pensarse que es inherente al de libertad de movimiento y de circulación por el territorio nacional de que habla su art. 19. Si la equiparación se considera discutible, no podría decirse lo mismo del derecho “a la libre elección de profesión u oficio” —art. 35, 1— y no cabe la menor duda de que la conducción de vehículos de motor es para muchas personas un oficio, por lo que al tratarse de un derecho recogido en la Sección 2ª del Capítulo 1º del Título I, sólo una norma con rango de Ley o un decreto legislativo del Gobierno, autorizado para una materia determinada, pueden señalar dicha pena para los conductores profesionales. Resulta lógico pensar que si para estos conductores se exigen tales garantías normativas, también deberían entenderse extendidas a los no profesionales.

La multa es la tercera de las penas previstas para las faltas criminales. También aquí hay que recordar que el derecho a la propiedad privada viene reconocido en el reiterado Capítulo 2º del Título I de la Constitución, concretamente en su sección 2ª —art. 33, 1—. Al igual, pues, que en el caso de la limitación a la libre elección de profesión u oficio, es preciso que las multas vengan establecidas por una norma con el rango de ley o por un decreto legislativo promulgado por el gobierno en virtud de una delegación expresa

de la ley y para materia determinada. Las disposiciones meramente administrativas no pueden, por tanto, establecer la imposición de penas pecuniarias. Y si la prohibición alcanza incluso a tales multas, que son las sanciones gubernativas por excelencia, con mayor motivo tampoco podrán disponer la privación del permiso de conducir, considerada generalmente como pena más grave.

El planteamiento constitucional de las fuentes en materia que afecte a los derechos individuales es sumamente restrictivo, llegando a extremos nunca conocidos en la historia constitucional española. Por esta razón no resultan compatibles los preceptos constitucionales con lo dispuesto en los artículos 603 del Código y 688 del Proyecto. Esta inconstitucionalidad, explicable en el primero, no lo es en modo alguno en el segundo, ya que su redacción es posterior a la entrada en vigor de la Constitución. Quizás se opine por algunos que las severas consecuencias de los postulados constitucionales deben corregirse con una oportuna interpretación, pero esta posibilidad ha de ser frontalmente rechazada por la necesaria defensa de los derechos individuales y porque el rigor constitucional finalmente obligará a la necesaria clarificación normativa, deseada desde los inicios de la codificación. El caos legislativo actual es tan enorme, como consecuencia sobre todo de la abundancia de disposiciones administrativas, que ni siquiera un jurista especializado puede seriamente afirmar que conoce la legislación vigente en su parcela y esto pese a los repertorios legislativos, que doblan varias veces en extensión los volúmenes de la Novísima Recopilación, de amplitud tan criticada en su momento.

Analizada la cuestión de las fuentes (16), hay que

(16) La Dirección General de lo Contencioso del Estado acaba de publicar tres gruesos volúmenes con el título: *La Constitución española*

pasar ahora al estudio del planteamiento constitucional de los órganos capaces de imponer sanciones, en otras palabras, si permite que la Administración pueda de por sí aplicar penas y, caso de que la contestación resulte afirmativa, hasta qué límites.

La sobresaliente importancia otorgada por la Constitución vigente a los derechos individuales y al principio de división de poderes inciden asimismo en esta materia. Como no podía ser menos, el texto fundamental coloca a los tribunales en un lugar preeminente que les corresponde de acuerdo con las premisas de un Estado de Derecho. Claramente se refleja esta actitud a lo largo de su articulado, sin embargo hay algunos preceptos que merecen ser destacados.

El art. 24, colocado en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I, textualmente establece: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. De acuerdo con esta disposición, el Poder Judicial constituye firme salvaguarda de los derechos individuales, para lo que constitucionalmente se garantiza la posibilidad de acudir a los jueces y tribunales, de manera que nunca pueda producirse indefensión. A mayor abundamiento, enumera para que no haya du-

---

*y las fuentes del Derecho.* Esta obra, en apariencia importante, no ha podido ser tenida en cuenta para este trabajo. Sorprende, sin embargo, que no haya trabajo alguno dedicado a la materia penal.

da, una serie de derechos consecuencia del anterior principio, como los de a un Juez ordinario preestablecido por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a un proceso público sin dilaciones y con todas las garantías, etc.

Dentro de esta línea, la protección judicial se refuerza aún mas cuando se trata de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, pues el art. 53, 2 dispone que cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios “por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”.

De acuerdo con las exigencias constitucionales, sólo los Jueces y Tribunales podrán imponer sanciones que impliquen privación o restricción de los derechos, mediante un proceso público con las debidas garantías.

La verdad es que este rigor resulta explicable dentro de la línea protectora de las libertades seguida por la Constitución. De nada serviría que para la sanción se exigiera una norma con rango de ley orgánica o de ley ordinaria, si luego su aplicación se deja en manos de la administración. Nadie puede dudar que se vulneraría la protección constitucional del derecho a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional, si la ley orgánica que estableciera el destierro o el confinamiento, declarase que su aplicación es competencia de las autoridades gubernativas. Por tanto, la garantía jurisdiccional es consecuencia necesaria de la actitud defensora de los derechos y libertades fundamentales y, también, de la división de poderes.

A la vista de lo anterior podía pensarse que la Constitución supone la vuelta al liberalismo extremo, tal y como lo plantearon los revolucionarios franceses y que representó una tendencia del siglo pasado, de ma-

nera que la Administración queda privada de toda capacidad sancionadora. Sin embargo, la Constitución española vigente no ha llegado tan lejos.

Existen algunos artículos constitucionales en los que expresamente se reconoce que la administración pueda imponer sanciones. Así, el art. 25, 1 manifiesta que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o *infracción administrativa*, según la legislación vigente en aquel momento”. En este impreciso precepto, por superabundante, de modo claro se reconoce la facultad de castigar a las autoridades gubernativas. En primer lugar, la contraposición entre condena y sanción parece demostrar la existencia de penas extrajudiciales, en las que no existe condena. En segundo, expresamente se habla de infracción administrativa, con lo que ya no cabe duda alguna al respecto.

Por otra parte, la afirmación contenida en el párrafo 3 de ese mismo art. 25 de que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”, *a sensu contrario* puede entenderse como implícito reconocimiento de la capacidad para imponer otro tipo de sanciones.

A la vista de cuanto antecede, sólo puede llegarse a la conclusión de que el sistema adoptado por la Constitución es el de partir del principio de competencia judicial para la imposición de castigos, pero que de modo excepcional se reconoce potestad sancionadora a la Administración. Potestad que no puede hacer peligrar los derechos individuales, por lo que únicamente podrá imponer sanciones de gravedad mínima. Y aún así, dentro de un control judicial, no sólo por las garantías establecidas en el art. 9, 3 de la Constitución, sino también porque su art. 106, 1 establece

que los Tribunales controlan “la legalidad de la actuación administrativa”.

De nuevo se cumple el proceso ya repetido en la historia de que sólo tras sufrir los abusos, se reconoce la validez de las precauciones adoptadas por los penalistas decimonónicos, quienes habían conocido idénticos excesos bajo el absolutismo. La idea de restringir al máximo la capacidad sancionadora de la Administración, devolviendo a los jueces el poder que les corresponde —la plenitud de la potestad jurisdiccional, a que se refiere el art. 117, 3— se convierte en claro principio constitucional que necesariamente ha de orientar los preceptos del Código Penal.

El Proyecto de Código Penal no parece orientarse en la línea constitucional desde el momento en que se inclina por la ampliación de la esfera sancionadora de la Administración. La propia exposición de motivos que acompaña al Proyecto manifiesta la reducción del Libro III por relegarse al ámbito de las infracciones administrativas gran parte de las faltas de contenido puramente contravencional y que carecen de un correlativo delito. Trasladar a la Administración la competencia para el castigo de una serie de actos tradicionalmente considerados faltas criminales, contradice abiertamente el espíritu judicialista de la Constitución, porque en realidad tales casos no suponen un cambio en la penalidad, sino simplemente una reducción de las garantías individuales. El planteamiento pseudo-iusnaturalista de que el Derecho Penal debe reservarse tan sólo para los ataques más graves de los bienes esenciales, olvida el deber de garantía en materia de penas. La segregación del campo penal, no significa que queden impunes las conductas, sino que pasan a castigarse prescindiendo de las garantías penales. El Proyecto está, pues, en contradicción con la línea constitucional.

Desgraciadamente, la incompatibilidad anterior se ve agudizada por el hecho de que el art. 688 del Proyecto, al igual que el art. 603 actual, permite a las autoridades gubernativas la imposición de las mismas penas previstas para las faltas e incluso mayores, si una ley así lo establece. De esta manera se coloca a la Administración en un lugar que puede ser superior al de los jueces encargados de castigar las faltas e igual al de los Tribunales competentes para el castigo de los delitos. Ni los principios de la Constitución, ni sus propios preceptos concretos consienten tal posibilidad. El Poder judicial, como corresponde a todo Estado auténticamente de Derecho, es el competente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y estas expresiones no pueden interpretarse desde la legislación ordinaria, sino desde el punto de vista sustancial, ya que de lo contrario bastaría sustraer al procedimiento judicial una sanción, para frustrar el imperativo constitucional. El ejemplo arriba mencionado del destierro y del confinamiento, es altamente expresivo.

A lo expuesto cabría objetar que el Proyecto en su art. 688 está pensando únicamente en la pena de multa. Pese a que el argumento se basa en una opinión y no en la letra de la ley, puede admitirse como hipótesis, pero entonces queda aún el problema de su cuantía. De nada serviría la reserva de ley establecida en materia de propiedad, si luego los poderes gubernativos pueden imponer multas gravísimas, como ya ocurre en la actualidad. Por otra parte, resulta absurdo que tanto el Código Penal como el Proyecto, prohíban a los jueces la condena a multas superiores a una determinada cuantía y se conceda facultades más amplias a las autoridades administrativas, cuando ni gozan de independencia, ni siguen los trámites propios del proceso. Además, no establecer límites a las multas administrativas, suscita los problemas de la

confiscación de bienes y el de la sanción sustitutoria por el impago.

Las Constituciones españolas han venido prohibiendo expresamente la confiscación de bienes —a la de 1931, en su art. 44—, pero no aparece en la actual. Bastaría por tanto, que una ley confiriera a la Administración una facultad omnímoda en materia de penas pecuniarias para que se llegara a la incautación de todos los bienes del sancionado, causando su ruina total, sin que ni siquiera las limitaciones establecidas en la LECiv. pudieran aducirse, porque una ley puede derogar a otra anterior del mismo rango. Evidentemente, también podría la ley admitir la pena de confiscación confiriéndola a la competencia judicial, pero nadie puede negar que el planteamiento no es el mismo. Los Tribunales condenan a penas privativas de libertad que son mas graves que la confiscación, por lo que no se habría alterado el ámbito de las garantías individuales, sino simplemente un cambio de valoración en las penas pecuniarias.

Por lo que al impago se refiere, debe recordarse la prohibición constitucional de que la Administración civil pueda imponer directa o subsidiariamente la privación de libertad —art. 25, 3—. En consecuencia, la Administración buscará otras vías para evitar que la finalidad perseguida con la imposición de la multa se vea frustrada por su impago, en concreto se inclinará por las privaciones y restricciones de derechos, tal y como ocurre hoy en día para las infracciones de tráfico y respecto del derecho a conducir. Evidentemente, la concesión de una amplísima facultad a la Administración para que imponga multas, ha de traer como lógica consecuencia, la concesión de facultades igualmente amplias para la imposición de penas sustitutorias del impago, con lo que indirectamente se amplía en gran manera la competencia administrativa.

La única manera de respetar el espíritu y la letra de la Constitución, es reformando el artículo del Proyecto de manera que únicamente se permita a la Administración la imposición de penas de multa, hasta una cuantía limitada, inferior incluso al límite señalado para las faltas. De esta manera quedaría subrayada la necesaria superioridad, en esta materia, del Poder judicial. Por su escasa gravedad, también deberían revestir mínima importancia las sanciones sustitutorias del impago y en este punto debería ser el propio Código penal, con su naturaleza de ley orgánica, el que las estableciese.

El art. 688 del Proyecto de Código Penal suscita, además de los anteriores, otros reparos que afectan a su constitucionalidad. En primer lugar está la postura adoptada en torno al siempre controvertido tema de si la Administración puede castigar, de acuerdo con las disposiciones administrativas, hechos que el Código Penal también califica de falta. En la breve exposición histórica ya se ha visto la interpretación contradictoria al respecto, tanto en la doctrina como en la práctica. Lo que resulta discutible en el actual art. 603, se convierte en postura afirmativa en el proyecto, desde el momento en que prohíbe el *bis in idem*. Si realmente no se permitiera que el ámbito sancionador de la Administración alcanzase a las conductas castigadas como faltas, no habría necesidad alguna de prohibir la doble punición administrativa y penal, tal y como ocurre respecto de los delitos. La ventaja de dicha prohibición es sólo aparente, ya que implícitamente consagra la idea de que también pueden gubernativamente castigarse hechos que, desde el punto de vista del Código Penal, son faltas. En definitiva, el proyecto, en contra de los principios constitucionales, amplía la competencia administrativa en materia

sancionadora, invadiendo incluso el campo de conductas propio del texto penal.

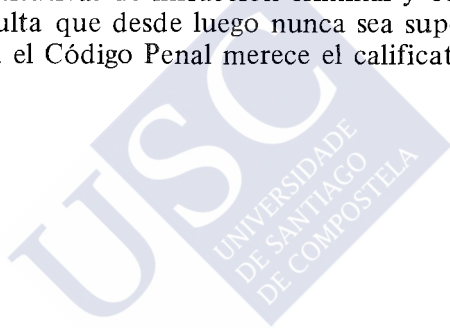
Dentro de esta línea, el Proyecto llega al extremo de equiparar la fuerza de las resoluciones administrativas a la de las sentencias judiciales. Claramente dispone el párrafo 3º del repetido art. 688 que “no podrá ser sancionado gubernativamente quien hubiere sido ya castigado como responsable de una falta por el mismo hecho, *ni penado por falta quien hubiere sido ya sancionado por la autoridad gubernativa por el hecho constitutivo de aquella*”. De esta manera se restringe abiertamente la competencia judicial, hasta el extremo de colocarla prácticamente en lugar secundario respecto de la administrativa, pues para nadie es un secreto la mayor celeridad de esta última.

Nunca, ni siquiera bajo los gobiernos mas autoritarios se había llegado tan lejos. Ninguno se había atrevido a sacrificar la competencia judicial en favor de la administrativa. Si, como anteriormente se ha visto, la Constitución establece el principio opuesto de que debe ser la Administración la que se subordine al Poder Judicial, resulta evidente la anticonstitucionalidad de lo dispuesto en el Proyecto de Código Penal.

Dado el fundamento político que late en el tema de las relaciones entre el poder sancionador de la Administración y el Poder Judicial, resulta imprescindible enfocarlo desde los principios establecidos en la Constitución. La defensa y garantía de los derechos individuales constituye una de las bases sobre las que se asienta la actual estructura jurídica del Estado. De acuerdo con los postulados de un Estado de Derecho, la legalidad estricta y la jurisdiccionalidad son las firmes barreras frente a cualquier abuso, según se reconoce a nivel constitucional. En consecuencia, serán anticonstitucionales los preceptos que infrinjan dichos planteamientos.

Con lo expuesto no se pretende la supresión del art. 688 del Proyecto de Código Penal, sino simplemente su adecuación a la Constitución. Debe permanecer el precepto para que quede clara la naturaleza penal de las sanciones administrativas y el carácter residual de las infracciones de esta índole. La idea que inspiró al Código Penal de 1848 no sólo está vigente, sino que se ha visto fuertemente reforzada por la Constitución de 1978.

En resumen, lo que aquí se propone es una clarificación del art. 688 en el sentido de concretar que la Administración únicamente puede sancionar conductas no constitutivas de infracción criminal y con una pena de multa que desde luego nunca sea superior a la que para el Código Penal merece el calificativo de pena leve.



**GERARDO LANDROVE DIAZ**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Murcia



**Un Proyecto regresivo en tema de aborto.**

## I

Como se expresa con las primeras palabras de la Exposición de motivos del *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, “la redacción de un nuevo Código penal resultaba inaplazable”. El Código penal vigente es en realidad, y con retoques no siempre afortunados, el viejo Texto de 1848. Esta situación ha sido denunciada hasta la reiteración por la doctrina española. El proceso de aceleración histórica experimentado en nuestro país en los últimos años, la lógica evolución de la ciencia jurídico-penal y, sobre todo, la instauración de un régimen limitadamente democrático y la aprobación de la Constitución de 1978, son factores que justifican —hasta cierto límite— la urgencia en tan ambiciosa empresa.

Sin embargo, el proceso de elaboración del Proyecto ha sido —en mi opinión— excesivamente sigiloso y excluyente. No se trata de resucitar la fenecida democracia “orgánica” del franquismo, pero es necesario un alambicado escamoteo de la realidad para justificar la exclusión en las tareas redactoras y de acarreo de datos de los profesores de Derecho penal, Tribunales, Colegios de Abogados, etc. De la Ponencia primitiva y de la Comisión General de Codificación formaron parte muchos y muy cualificados profesionales. Tal reconocimiento, y al mediocre resultado de su la-

bor me remito, no debió impedir una más amplia y esclarecedora colaboración. Otros países embarcados en tareas semejantes ofrecen ejemplos aleccionadores o, al menos, no han mantenido en secreto los Anteproyectos redactados.

Personalmente, no me parece satisfactoria la explicación de que en los regímenes democráticos los ciudadanos todos hacen oír su opinión en las Cámaras legislativas a través de sus representantes libremente elegidos. Tal afirmación, y en este tema concreto, quizá pueda tranquilizar alguna conciencia; a mi me parece, simplemente, una coartada. No quiero insistir al respecto. Plumas más autorizadas que la mía lo hacen en esta obra colectiva y, quizá, en términos más radicales.

Nos encontramos, en definitiva, y después de serios retoques gubernamentales de la obra, ante lo que ya ha sido denominado —no sé si con sorna o con torpe halago— “Proyecto de UCD”.

Como pienso que pertenezco al cada vez más reducido grupo de españoles que no tienen por principal empeño la huida de la biografía personal, quiero añadir tan sólo que no todos estamos éticamente legitimados para hacer afirmaciones de este tipo. Por ello, y a pesar de mi escasa capacidad de asombro, no puedo dejar de confesar que asisto perplejo a la suscripción de críticas como las antes expresadas por parte de algunos que durante muchos años han monopolizado empresas por lo menos tan sigilosas —y en ocasiones menos confesables— como la que ha conducido a la elaboración del Proyecto de Código penal.

En otro orden de cosas, quiero esbozar mi convencimiento de que el Título preliminar y el Libro I del Proyecto son sensiblemente superiores a los Libros II y III, en los que la precipitación parece haber causado

estragos. Bien es verdad que la inmensa mayoría de los aciertos no han debido exigir demasiado esfuerzo a los redactores, habida cuenta que se han limitado a recoger las críticas prácticamente unánimes de la doctrina española a la legalidad hoy vigente. Sin embargo, la denuncia de la etiología del Proyecto no debe llevarnos a una infravaloración de los resultados alcanzados.

Ello no obstante, abundan también las soluciones absolutamente rechazables. En ocasiones, la declaración de principios contenida en la Exposición de motivos resulta desvirtuada en el texto articulado. Tal es el caso, en mi opinión, del tema a que voy a referirme: la voluntaria interrupción del embarazo. Se positivamente que constituye éste un campo abierto a todos los maximalismos, de uno u otro signo, y que se encuentra en la hora actual condicionado por una carga ideológica, ética, religiosa y política que prima, muchas veces, sobre valoraciones estrictamente jurídicas. Creo que determinados estamentos, por las razones que fuere, han impuesto la rechazable redacción del Proyecto, *regresiva* sin duda, como me propongo demostrar a continuación.

## II

El Capítulo II del Título I (Delitos contra la vida e integridad personal), Libro II del Proyecto, ofrece la siguiente fisonomía:

“El que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años. Si se hubiera empleado violencia o intimidación para provocar el aborto u obtener la aquiescencia de la mujer, se impondrá la pena de prisión de seis a ocho años” (art. 161).

“El que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de seis (meses) a tres años. En igual pena incurrirá la mujer que consienta su aborto o se lo produzca a sí misma. En el supuesto del párrafo primero de este artículo se impondrá la pena superior en grado cuando el consentimiento fuere obtenido mediante engaño” (art. 162).

Las penas que corresponden según los artículos anteriores —precisa el art. 163— “se impondrán al culpable en su mitad superior: 1º Cuando se dedicase habitualmente a provocar el aborto; 2º 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”.

Finalmente, dos preceptos endurecen la punición de los facultativos que habitualmente se dedicaren a provocar de modo ilegal el aborto: “Serán condenados, además de a las penas señaladas en los artículos anteriores, a la 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” (art. 164). La sanción establecida en el artículo anterior comprende —según precisa el art. 165— “a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de un título sanitario, a los farmacéuticos y sus dependientes”.

Tal criminalización se aproxima aún más a la hoy cometida (arts. 411 y siguientes del Código penal) si se alude a otros preceptos diseminados por el Proyecto. En efecto, entre las Disposiciones comunes a todo el Título se ubica un artículo, el 174, redactado en los siguientes términos: “El que ejerciere violencias sobre mujer encinta, a sabiendas de su estado y le ocasionare el aborto sin propósito de causárselo, será cas-

tigado con pena de prisión de seis meses a tres años”. Es, prácticamente, reproducción literal del art. 412 hoy vigente; tipo, por otro lado, de poco afortunada redacción y de naturaleza entre culposa y preterintencional, que ha sido blanco repetidamente de las críticas de nuestra mejor doctrina.

El paralelismo entre alguna de las precisiones de los actuales arts. 415 y 416 y la redacción de los arts. 314 y 315 del Proyecto es, asimismo, evidente. Los dos últimos preceptos mencionados sancionan determinados casos de expendición, despacho o venta de sustancias abortivas.

Consecuentemente, y como ha expresado García Valdés (Vocal Asesor de la Secretaría de Estado para el Desarrollo Constitucional) el Proyecto se adscribe a la tesis *antiabortista* (1), siendo —en su opinión— las notas más relevantes de la “nueva” regulación la adecuación de las penas y la supresión del delito cualificado por el resultado del vigente art. 411, aborto con resultado de muerte o lesión grave de la madre, castigándose en el futuro el resultado letal o lesivo según las reglas del concurso o con aplicación a los mismos de los criterios del dolo eventual o de la culpa.

Todo ello supone, en definitiva, el rechazo por los redactores del presumiblemente futuro Código penal de la *teoría del plazo* (impunidad de la voluntaria interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas) y de la *teoría de las indicaciones*, más frecuente en el ámbito del Derecho comparado con específica referencia a las indicaciones médica, eugénica y jurídica.

Muy posiblemente la convicción de que en la materia no se ha dado paso alguno en el rumbo marcado

---

(1) Cfr.: C. García Valdés, *Notas sobre el Proyecto de Código penal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, pp. 15 y s.

por la más moderna Política criminal lleva a García Valdés a afirmar —en un intento de encontrar, al menos, una salida a trágicas situaciones ignoradas hoy por nuestro legislador— que “una interpretación correcta del estado de necesidad en los supuestos de riesgos en la vida o salud de la madre resuelve legalmente el problema al entender aplicable a la conducta abortiva realizada aquella causa de justificación (indicación terapéutica)”. Tal afirmación es, al menos, discutible desde un punto de vista exclusivamente *técnico*. No existe tan sustancial identidad entre el estado de necesidad como justificante general y la indicación terapéutica. Piénsese, por ejemplo, en el aborto terapéutico indicado para evitar simplemente un grave peligro para la salud física o mental de la mujer embarazada. Sin olvidar, además, que el estado de necesidad supone un mal inminente, mientras que el aborto terapéutico puede suponerlo o no, ya que puede ser previsto clínicamente con notable antelación.

Sea cual fuere la opinión que se tenga al respecto, resulta indudable que el Proyecto de 1980 se limita en tan conflictiva materia a ofrecer una solución hoy infrecuente en el ámbito comparatista: la aplicación —en contados supuestos— del estado de necesidad justificante a la conducta de voluntaria interrupción del embarazo cuando exista conflicto entre la vida del feto y la de la mujer embarazada. Solución que, al menos en teoría, ya existía en la legislación franquista, que se afirma haber superado.

### III

Todo ello sentado, conviene tener muy presente que en el Título preliminar del Proyecto se contienen una serie de preceptos que, de mantener su actual re-

dación, pueden endurecer aún más —si cabe— la represión en materia de voluntaria interrupción del embarazo. Me refiero concretamente a los artículos dedicados a fijar el ámbito espacial de la legislación penal española.

En principio, se consagra solemnemente en el art. 8 la solución de la territorialidad, en términos a los que no cabe hacer objeción de cierta entidad: “Las leyes penales españolas son aplicables, salvo lo establecido en tratados o convenios internacionales, a los delitos y faltas cometidos en el territorio del Estado y demás espacios sometidos a su jurisdicción”.

Sin embargo, y en el propio Título preliminar, se da cabida en términos de rechazable generalidad al principio de personalidad, incompatible —concebido en tales términos— con el de territorialidad recogido en el artículo antes reproducido.

Preceptúa el art. 10 que “las leyes españolas son aplicables a los hechos previstos en ellas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los responsables de los mismos sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho. En tal caso, el delincuente será juzgado por los Tribunales españoles, salvo que haya sido absuelto en el extranjero o, caso de haber sido condenado, haya extinguido totalmente su responsabilidad”.

Las leyes penales españolas, afirma el art. 11, “son aplicables a los delitos y faltas que se cometan fuera del territorio nacional contra ciudadanos españoles, en los supuestos en que no resulte competente para su conocimiento otra jurisdicción”.

Ambos preceptos consagran con exagerada amplitud el principio de personalidad en materia de aplica-

ción espacial de la ley penal. Declaración, sin paralelo en el Derecho comparado de nuestro círculo cultural, que parece haber olvidado que en el Imperio sí se pone el Sol.

Se ignora, en definitiva, que el principio de personalidad (o nacionalidad) debe jugar un papel simplemente complementario del de territorialidad. Y, por supuesto, sometido al menos a la regla de “la doble incriminación”. El texto del Proyecto ignora, no sólo las soluciones comparatistas, sino también la tradición jurídica española cristalizada en las precisiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, más correctas que las que ahora se pretende convertir en Derecho positivo.

La solución alcanzada en los arts. 10 y 11 del Proyecto parece la sublimación de la tesis de la extraterritorialidad de la ley penal en materia de aborto, con la que en España —y por determinados sectores— intenta lucharse contra la realidad incuestionable del *turismo abortivo*. En este sentido conviene tener muy presente la contestación otorgada por la Fiscalía General del Estado a la consulta n<sup>o</sup> 5/1978 sobre *Extraterritorialidad de la ley penal española en relación con un delito de aborto cometido en Francia*. Se alude allí a la “nacionalidad potencial” del feto que, en el concebido por padres españoles, “será la española”, para obviar los inconvenientes representados por la exigencia establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (y así utilizar la excepción a la territorialidad) de que “se cometiere un delito en país extranjero contra otro español” (art. 339).

A la vista del texto de los arts. 10 y 11 del Proyecto, y omitida toda referencia a la regla fundamental en la materia de “la doble incriminación”, se pretende aplicar la intransigente legalidad nacional a las españolas que viajan a otros países en busca de legisla-

ciones más piadosas que les proporcionen el aborto deseado.

Además, si se acepta la tesis de la Fiscalía General del Estado de que los fetos son “ciudadanos españoles”, resultaría de aplicación (a través del art. 11) la normativa española en materia de aborto a multitud de médicos franceses, ingleses, alemanes o italianos, en base de una conducta amparada por la legalidad vigente en sus respectivos países. No hacen falta más palabras: el endurecimiento que se pretende es evidente e indefendible.

Todo ello al margen de que, desde un plano más general, la actual redacción de los arts. 10 y 11 del Proyecto no merezcan más que un radical rechazo.

#### IV

Al margen de otro tipo de valoraciones —que más adelante ofreceré—, de la simple comparación del Derecho hoy vigente en materia de aborto con las soluciones ofrecidas en el Proyecto solamente puede llegarse a una conclusión: es éste claramente regresivo y supone, en determinados casos, un endurecimiento de la reacción punitiva, construido de espaldas a la corriente político-criminal mayoritaria.

Desaparece en el texto del Proyecto la modalidad privilegiada del aborto *honoris causa*, es decir, el contenido en el actual art. 414 que permite la imposición de la pena de arresto mayor a la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause “para ocultar su deshonor”. Idéntica pena es de aplicación a los padres que, con la misma finalidad y con el consentimiento de la hija, “produzcan o cooperen a la realización del aborto de ésta”. La desaparición

del precepto de referencia suprime, en cierta medida, la posibilidad de notables atenuaciones en la materia.

Todo ello con independencia, por supuesto, de la poca simpatía que me inspira la actual redacción del art. 414 que acoge, en definitiva, el reconocimiento de un trasnochado sentimiento solidario de la honra familiar (2). Lo que no obsta para reconocer que en determinados supuestos permite alcanzar una pena casi simbólica, por lo liviana. Su supresión cierra el camino a notables atenuaciones del rigor punitivo en casos no infrecuentes en la realidad criminológica.

Para referirme sólo a los supuestos más elementales, destacaré que el aborto realizado sin consentimiento de la mujer se castiga actualmente, en el art. 411-1<sup>o</sup>, con la pena de prisión mayor (de 6 años y un día a 12 años) y que el Proyecto prevé la prisión de 3 a 6 años, en el art. 161, párrafo 1<sup>o</sup>; el aborto consentido y el autoaborto, arts. 411-2<sup>o</sup> y 413, posibilitan hoy la pena de prisión menor (de 6 meses y un día a 6 años), previendo el Proyecto, en el art. 162, párrafos 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>, la prisión de 6 meses a tres años. Si bien una desafortunada errata —no corregida— contenida en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 17 de enero de 1980 determina que la pena prevista sea idéntica en los casos en que concurre o no el consentimiento de la mujer embarazada (3), lo que supondría con relación al primer supuesto un endurecimien-

---

(2) Vid. al respecto: G. Landrove Díaz, *Política criminal del aborto*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1976, pp. 53 y ss.

(3) En efecto, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* en que se publica el *Proyecto de Ley Orgánica del Código penal* se establece la pena de prisión de “tres a seis años” (art. 161, párrafo 1<sup>o</sup>) en los casos de aborto realizado sin consentimiento de la mujer, y la pena de prisión “de seis a tres años” en los supuestos de aborto consentido y autoaborto (art. 162, párrafos 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>). La última de las sanciones mencionadas —en la que incide la errata— es en realidad prisión de *seis meses* a tres años.

to aún mayor de los criterios hoy vigentes. Confío en que se subsane en su momento el error de transcripción denunciado.

## V

Así esquematizada la regulación que se pretende otorgar al aborto, cabe examinar la misma a la luz de los principios político-criminales que —se afirma— inspiran la redacción del Proyecto, y a los que pormenorizadamente se alude en la Exposición de motivos.

1) En primer término, se pretende que la redacción del futuro Texto punitivo “se inspira en los postulados de la moderna Política criminal” y que al eliminarse del Proyecto “todo lo que representa pura discrepancia ideológica” se acepta la premisa de que “el Derecho penal no debe ser instrumento de opresión en manos del grupo político dominante, que sirva para imponer coactivamente determinadas ideas políticas o morales, sino, por el contrario, garantía que haga posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas en las restantes ramas jurídicas”.

Nada que objetar a tan sereno planteamiento de lo que debe ser la Justicia punitiva, pero ¿responde la regulación del aborto realmente a los postulados de la moderna Política criminal? ¿qué entienden los redactores del Proyecto por Política criminal moderna al respecto? ¿puede estimarse en tal línea el endurecimiento de una normativa que procede de la ley fascista de 24 de enero de 1941, y que es la hoy vigente en España?

Solamente una ignorancia enciclopédica en la materia puede olvidar que los planteamientos político-crimi-

minales, ya no demasiado modernos, giran en torno a dos soluciones: el sistema de plazos y el sistema de indicaciones (4). Tales criterios han cristalizado de forma abrumadoramente mayoritaria en el Derecho positivo de los países europeos, nuestro pretendido círculo cultural. Las excepciones, quizá puedan reducirse hoy a Irlanda, Luxemburgo y Malta.

Una Política criminal de claro signo desincriminador se ha abierto camino con firmeza en países tan respetuosos con los derechos ciudadanos que hace muchos años que desterraron de sus arsenales punitivos la pena capital o las largas privaciones de libertad. Países en los que —por supuesto— tiene rango constitucional el derecho a la vida de “todos” o de “todas las personas”, según se prefiera. Y hago esta salvedad para salir al paso de aquellas opiniones que pretenden que la Constitución española de 1978 ha prejuzgado la cuestión del aborto.

Por otro lado, ya en 1964 y en el *IX Congreso Internacional de Derecho penal*, celebrado en La Haya, se redactó una resolución en los siguientes términos: “En los países en que el legislador reprime el aborto, es necesario aumentar las posibilidades de obtener un aborto legal. En todos los casos en que el legislador autoriza a la mujer a interrumpir su embarazo esta interrupción debe ser cuidadosamente reglamentada por la ley”.

Por ello, y habida cuenta el radicalismo del Derecho positivo español, que criminaliza todo aborto no espontáneo, siempre he creído que la solución político-criminal adecuada en la hora actual es la de las indicaciones (5), con todas las garantías que se estime

(4) Vid.: M. Barbero Santos, *La reforma penal española en la transición a la democracia*, en *Revue internationale de Droit pénal*, 1978, pp. 66 y ss.

(5) Cfr.: G. Landrove Díaz, *Política criminal del aborto*, cit. fundamentalmente p. 143.

oportuno, pero abarcando —fundamentalmente— las indicaciones médica, eugénica y jurídica. Las situaciones que dan lugar a la indicación económico-social deben ser desterradas por otros medios.

2) El principio de intervención mínima, se declara en la Exposición de motivos de un Proyecto que consta de 688 artículos, “constituye para el legislador una verdadera exigencia ética que los regímenes políticos dictatoriales acaban siempre quebrantando”. Insistiéndose en esta idea con la afirmación de que las concepciones autoritarias del Derecho punitivo ven en la amenaza penal “un remedio para reprimir todo aquello que no son capaces de resolver”. Y es evidente que la compleja problemática de la voluntaria interrupción del embarazo no se resuelve esgrimiendo el rigor de las sanciones criminales. A la ineficacia y peligrosidad del criterio criminalizador a ultranza me referiré en su momento.

3) Se afirma también que “la moderación de las penas que se ha llevado a cabo no supone ningún reblandecimiento del sistema punitivo”, y muy posiblemente sea ésta la única afirmación incuestionable con relación a la fisonomía jurídico-penal que se intenta otorgar al aborto. No se ha suavizado el ciego rigor de la legalidad vigente; incluso, ya he puesto de relieve que el “nuevo” criterio criminalizador resulta claramente regresivo.

4) Finalmente, se precisa en la Exposición de motivos que el Proyecto hace suyo “el viejo y fructífero principio político-criminal, expuesto ya por Beccaria, de que el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad. La certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento”.

Luminosas afirmaciones que hay que contemplar desde la óptica de la voluntaria interrupción del embarazo. Muy posiblemente el aborto hoy considerado criminal ostente, entre todas las modalidades delictivas, la más alta *cifra negra*. No voy a manejar datos numéricos —a veces demagógicamente exhibidos— pero el reflejo judicial del aborto es prácticamente nulo, a pesar de ser una actividad cada vez más frecuente en la sociedad española. Los datos generalmente aceptados han tenido acceso, incluso, a la prensa diaria.

Y si se mantiene la tesis de que la eficacia de la amenaza penal depende menos de la dureza de la sanción que de la certeza de que la misma va a ser efectivamente aplicada, hay que reconocer que tal certeza no existe en los supuestos de aborto. Más aún, puede tenerse la casi seguridad de que en ningún caso va a producirse la persecución criminal. Por ello, la atribución de carácter delictivo al aborto conduce solamente a disminuir el prestigio de la ley penal; en la inmensa mayoría de los supuestos la ley no llega a ser aplicada. Pero lo que singulariza la problemática del aborto es que del mantenimiento de una sanción nominal —ya que no se aplica— se siguen graves daños para la salud o la vida de las mujeres españolas que corren el riesgo del aborto clandestino.

Además, al desgaste y descrédito del Derecho penal en la materia contribuye la realidad incontenible del *turismo abortivo*, privilegio de las clases sociales más informadas y mejor dotadas económicamente, que escapan así a la legalidad represiva. Según datos facilitados por la Oficina de la Población y del Censo británica, en 1972 el número de españolas que abortaron en Inglaterra fue de 730; en 1977 se rebasó la cifra de 10.000. Esta triste modalidad de turismo es la que se trata de criminalizar, al parecer, con la curiosa interpretación del principio de personalidad de la ley

penal que se hace en los arts. 10 y 11 del Proyecto conjugada con el sorprendente criterio de la Fiscalía General del Estado que atribuye una nacionalidad al feto, es decir, lo convierte en ciudadano español. Confío en que ni una ni otra solución se abran camino en la vida jurídica nacional.

## VI

En páginas anteriores he expresado mi personal punto de vista sobre un aspecto muy concreto de la regulación contenida en el *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*. El balance, obviamente, no es positivo.

Hay que reconocer, sin embargo, que las responsabilidades quedan difuminadas por el rechazable sigilo que envolvió la redacción del Texto de referencia. Parece ser, y ello daría una explicación lógica a lo regresivo de la tipificación acometida y a la incoherencia de los tipos examinados con el planteamiento político-criminal de origen, que la regulación del aborto contenida en el Proyecto es responsabilidad exclusiva del Gobierno. Me explico: parece ser, y la información al respecto ha sido casi clandestina para los profesionales de la Ciencia del Derecho penal, que la Ponencia especial que inició la labor redactora daba cabida a las tres indicaciones que mayor difusión han alcanzado en el ámbito comparatista (6): médica, eugénica y ético-jurídica (alcanzando esta última hasta los supuestos de violación); incluso, a través de un voto particular, parece ser que se propuso la más amplia solución de los plazos. El Pleno de la Sección IV de la

---

(6) Y que se declararon "motivos justificados para la práctica del aborto" en el art. 2 del Decreto de la *Generalitat* de Cataluña, de 25 de diciembre de 1936.

Comisión General de Codificación aceptó también la tesis de las indicaciones. Solución que desaparece del Proyecto enviado por el Gobierno al Congreso de los Diputados. Este itinerario puede iluminar la problemática examinada.

Por todo ello, y habida cuenta la ya demostrada habilidad de nuestros políticos para sucederse a sí mismos, la afirmación de Gimbernat —se comparta o se discrepe— de que la despenalización del aborto solamente se alcanzará cuando la izquierda llegue al Poder en España (7), no abona ningún tipo de optimismo.

Estimo, por otro lado, que la discusión del Proyecto en las Cámaras legislativas muy difícilmente se traducirá en soluciones más satisfactorias. Una política de pactos y consensos, a la que se presta una oposición que tampoco sabe serlo, puede imponer el criterio —una vez más— de los sectores más reaccionarios. Siempre cabe la posibilidad de que la cuestión del aborto, que seguramente se convertirá en uno de los grandes temas nacionales, rebase estrategias preconcebidas y entreguismos inconfesados e inconfesables.

Quizá la clave resida en la respuesta que alcancen las lúcidas preguntas formuladas por Iglesias de Ussel (8): “Los socialistas en principio propensos a la despenalización, ¿pueden olvidar la posible incidencia negativa de una postura abiertamente abortista sobre un electorado que tal vez no lo sea tanto? O la inversa, ¿UCD, a quien resulta rentable coincidir con una fuerza social tan importante como la Iglesia Católica, puede olvidar la pérdida de imagen *européa y moder-*

---

(7) Cfr.: E. Gimbernat Ordeig, *Constitución y aborto*, en *El País* de 13 de julio de 1979, p. 24.

(8) Cfr.: J. Iglesias de Ussel, *El aborto: un estudio sociológico sobre el caso español*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979, p. 109.

*nizada* que le proporcionaría un excesivo radicalismo en la prohibición, tanto más cuando no es un tema que sólo (ni tal vez prioritariamente) afecte a las capas obreras?”.



**ANTONIO BERISTAIN**

Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de San Sebastián



**El Proyecto de Código Penal de 1980, víctima de estructuras mas que delito de omisión.**

## SUMARIO

1. NADA INTERESA MAS A UNA NACION..
2. SIN CULPA DE NADIE, EL PROYECTO NO ALCANZA LA LINEA DE FLOTACION
3. CUATRO MOTIVOS PARA LA ENMIENDA A LA TOTALIDAD
4. URGE NOMBRAR COMISIONES INTERDISCIPLINARES QUE ELABOREN UN ANTEPROYECTO RADICALMENTE NUEVO

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

*Antonio Machado (1937).*

## 1. NADA INTERESA MAS A UNA NACION...

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

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

Los que han tomado y están tomando parte directa en la elaboración del futuro Código penal español han de percatarse de cuánto interesa a nuestra so-

---

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

ciudad española que la normativa penal logre toda su madurez posible para que facilite el desarrollo de las libertades civiles así como la buena constitución y seguridad del Estado. Simultáneamente han de caer en la cuenta de las dificultades que encuentra su tarea y de la necesidad de llevar a cabo su trabajo dentro de las coordenadas que exige y salvaguarda el crecimiento del humanismo. Todo esto requiere mucho estudio, mucho tiempo y mucho diálogo, y da pie a una crítica bien intencionada, amplia y quizás profunda.

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

Al comentar el Proyecto de Código penal hemos de conjugar y armonizar por una parte el agradecimiento a quienes han tenido la valentía y la ciencia necesarias para una empresa tan difícil, y por otra parte el deber de colaborar a mejorar esa incipiente

---

(2) En 1977 recibí y acepté la invitación para trabajar en la elaboración del Anteproyecto de Ley General Penitenciaria. En 1978, recibí la insistente invitación para formar parte de la Comisión encargada de preparar el Anteproyecto de Código penal. Agradezco sinceramente a quienes avalaron ambas propuestas. No acepté la segunda por varios motivos, entre otros, por considerar que la técnica y metodología para elaborar una Ley tan importante, compleja y urgente, debe iniciarse desde el primer momento con "luz y taquígrafos", con comisiones multi e interdisciplinarias —sin excluir a filósofos— y con suficientes ayudas personales, institucionales, económicas, etc.

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

legislación criminal que, como todo lo humano, adolece de debilidades e imperfecciones. Hemos de elaborar una crítica seria porque el Código penal nos afecta a todos en lo más personal y noble: la libertad, la seguridad, la paz, la humanidad.

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

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

---

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

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

El Decreto-Ley 21/1978 del 30 de junio de 1978 referente a crímenes cometidos por grupos armados reduce las garantías del Artículo 17 (2) de la Constitución, según el cual todos los detenidos deben, o bien ser llevados ante las autoridades judiciales, o de lo contrario ser puestos en libertad dentro de las 72 horas de su arresto. Reduce —asimismo— las garantías del Artículo 55 (1) de la Constitución, este último derecho no

Con otras palabras, es necesaria la enmienda a la totalidad.

Este Proyecto puede verse *de lege ferenda*, como un delito de omisión, pero más exactamente como una víctima de las estructuras actuales del Estado Español. Como víctima, también, de la *eficacia política* que, a veces, avanza en dirección opuesta a la Política criminal. Algunos políticos ofuscados, quizás, por la urgencia de corregir rápidamente el Código penal actual, por la urgencia de responder a ciertos problemas de seguridad ciudadana (y de seguridad carcela-

puede ser eliminado ni aun bajo el estado de excepción. Sin embargo, el Decreto-Ley 21/1978 permite a las autoridades retener a un sospechoso durante el tiempo que sea necesario para completar sus investigaciones, siempre y cuando aquél comparezca ante un juez dentro de las 72 horas de su arresto.

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

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

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

ria), por la urgencia de cambiar para decir que cambian, aunque solo modifiquen los números o las palabras del articulado y no su contenido, se han dejado atrapar por la engañosa ley de la eficacia y han creído que el fin justifica los medios, olvidándose que, en este caso como en otros, determinados medios prostituyen el fin y corrompen la mayor parte del trabajo. Y que un Proyecto de Código penal nuevo, por la naturaleza de las cosas, exige más tiempo.

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

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

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

No se pretende ahora reprochar a nadie estas omisiones en la elaboración del Anteproyecto. Puede haber víctimas sin delito. Quizás la realidad imponente — ¿invencible? — de la carencia de las estructuras culturales, investigadoras y legislativas que debían existir

---

(4) Además, el texto gubernamental “olvida”, a veces, atinadas consideraciones y formulaciones que estos penalistas habían aportado para la preparación del previo Anteproyecto.

(y que deben crearse) haya abocado, sin remedio, a este texto no merecedor de comentario científico, ni de discusión parlamentaria.

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

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

rá con la pena de prisión de seis meses a seis años”) y muchos otros artículos similares.

### 3. CUATRO MOTIVOS PARA LA ENMIENDA A LA TOTALIDAD

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

#### 1º) *Las soluciones.*

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

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

#### 2º) *Los problemas.*

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

La redacción de un Código penal requiere previa-

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

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

### 3º) *La forma.*

En anterior ocasión (6) he hablado ya algo acerca de este punto, y otros especialistas más autorizados que yo han tratado también el tema. Aquí conviene, por lo menos, recordar que la elaboración de este Proyecto no ha cumplido las normas elementales en la praxis de nuestro ámbito cultural, ni ha guardado los usos y costumbres hoy exigidos en el mundo jurídico, ni ha observado la legislación española (7).

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

Parece nocivo redactar el articulado del Derecho represivo con precipitación anticientífica, sin previas

---

(6) A. Beristain, "Código penal de 1980: sí, no y abstención", en *Estudios Penales y Criminológicos III*, Santiago de Compostela, 1979, pp. 43 y ss.

(7) J.M<sup>a</sup> Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte especial, Suplemento* a la séptima edición, Madrid, 1980, pp. 12 ss. y 129 ss.

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

#### 4º) *El fondo.*

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

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

Pueden ponerse ejemplos muy concretos de doctrinas, escuelas y congresos internacionales cuya influencia se echa de menos en este Proyecto gubernamental. La Política criminal, la Criminología, la Victimología,

la Praxis evaluada y evaluativa en la investigación supranacional exigen su lugar en el futuro Código penal.

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

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

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

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

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

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

Quienes preparen el nuevo Anteproyecto han de tener en consideración de qué manera se ha trabajado en otros países, por ejemplo en dos tan próximos a nosotros como Francia (Cfr. Commission de Révision du Code Penal, *Avant-Projet définitif de Code pénal*, Ministère de la Justice, Paris, La Documentation Française, 1978; Alain Peyrefitte, *Reponses à la violence*, Paris, Presses Pocket, 1977) y la República Federal de Alemania (Cfr. *Materialien y Niederschriften über die Sitzungen...*) (8), con sus Comisiones variopintas, con sus discusiones y ruedas de prensa, con sus discrepancias en la radio, en la televisión, en las revistas, en la Universidad, en la Magistratura...

En este sector no conviene seguir inventando a lo "Robinson Crusoe", o a lo Napoleón, ni sólo con libros, porque los resultados no llegarán al mínimo exigido por nuestros conciudadanos a los cuales estamos obligados a preparar un Código penal con otro contenido, con otra metodología y con otra técnica, mediante los oportunos grupos de trabajo que deberán

---

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

disponer de los instrumentos indispensables para llevar a cabo las investigaciones previas necesarias, a que antes se ha hecho referencia.

El actual Proyecto muestra fallas notables en nuestras estructuras político-administrativas, en nuestra cultura, en nuestra Universidad y en nuestro sistema de justicia. Entre otras, la ausencia de medios para la investigación. Las pruebas de esta falla pueden encontrarse a la vuelta de cualquier esquina. Dos ejemplos: Faltan, si no estoy mal informado, instituciones que lleven a cabo investigaciones tan útiles como las realizadas en Francia por el *Service d' Etudes Penales et Criminologiques. Direction des Affaires Criminelles et des Graces*, del Ministerio de Justicia (9). El otro ejemplo es más cercano: el Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de San Sebastián y el Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco han pedido a varios Ministerios módicas subvenciones para estudiar la criminalidad y sus respuestas (controles sociales, sentimiento de seguridad, etc.) en Guipúzcoa. Sólo se ha recibido contestación afirmativa del Ministerio de Universidades e Investigación. Se pedían ayudas económicas para llevar a cabo varios trabajos interdisciplinares semejantes (aunque más profundos y amplios) al que se realizó en el año 1974 respecto a los problemas de la drogadicción, uno de cuyos frutos se encuentra recogido en el libro editado en Bilbao, con el título "*Las Drogas*" (10).

Urge que los varios Ministerios relacionados con el complejo sistema de la Política criminal dispongan de

---

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

(10) E. Baselga, A. Beristain y otros, *Las Drogas*, Bilbao, Ed. Mensajero, 1974, 200 pp.

presupuestos suficientes y los distribuyan con seriedad, sin miedo a futuribles críticas científicas.

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

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

En resumen, quienes han colaborado en la formulación del Anteproyecto de 1979 han prestado un servicio a la comunidad nacional, y han dado un paso necesario, aunque no debía ser el primero, ni el único. Al constatar que se han omitido algunas “acciones” imprescindibles, se constata que el Anteproyecto es una víctima de tales y cuales estructuras que urge subsanar de raíz. Mientras tanto, sigamos con el Código penal actual modificado parcialmente en sus defectos más notables (primeramente en su excesiva duración de las sanciones privativas de libertad) y aplicado con una interpretación progresiva, que puede llegar muy adelante incluso en el sector de la delincuencia socio-económica, si se aplican inteligentemente los actuales artículos correspondientes a las estafas, falsedades y otras figuras afines.

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

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

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

Catedrático de Derecho Penal

**VICTOR M. MORENO CATENA**

Prof. Ayudante de Derecho procesal de la Universidad de Sevilla



**La prisión provisional en el derecho español.**

## SUMARIO

INTRODUCCION.

I. PERFILES CONSTITUCIONALES DE LA PRISION PROVISIONAL.

II. DELIMITACION DEL ESTUDIO.

III. LA PRISION PROVISIONAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

A) *LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. LA DETENCION EN PARTICULAR.*

B) *LOS FINES DE LA PRISION PROVISIONAL.*

1º Asegurar la persona del inculgado.

2º Impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa.

C) *LOS PRESUPUESTOS PARA ACORDAR LA PRISION PROVISIONAL.*

1. Regla general.

1ª *Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente caracteres de delito.*

2ª *Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.*

3ª *Que el delito tenga señalada pena superior a la de prisión correccional.*

2. Excepciones.

1ª *Libertad provisional cuando la pena señalada sea mayor.*

2ª *Prisión provisional por incomparencia.*

*3ª Prisión provisional cuando la pena señalada al delito sea menor.*

*a) Ley de enjuiciamiento criminal.*

*b) Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.*

*c) Proyecto de modificación de los arts. 503, 504 y 505 de la Ley de enjuiciamiento criminal, en materia de prisión provisional.*

**3. La prisión provisional en el juicio de faltas.**

**D) LAS CLASES DE PRISION PROVISIONAL.**

**1. Prisión provisional comunicada.**

**2. Prisión provisional incommunicada.**

**3. Prisión atenuada.**

**E) LOS REQUISITOS FORMALES DE LA PRISION PROVISIONAL.**

**IV. EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO EN LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL.**

**V. LA SITUACION DE LOS PREVENTIVOS EN LA LEY GENERAL PENITENCIARIA.**

**VI. LA DURACION DE LA PRISION PROVISIONAL.**

**VII. LA INDEMNIZACION POR ERROR JUDICIAL EN MATERIA DE PRISION PROVISIONAL.**

**VIII. EL ABONO DE LA PRISION PREVENTIVA**

**IX. LA PRISION PROVISIONAL EN ESPAÑA: DATOS ESTADISTICOS.**

**X. VALORACION Y CRITICA DE LA PRISION PROVISIONAL.**

## INTRODUCCION

Define Roxin la prisión provisional como la privación de libertad del inculpado que tiene lugar durante la sustanciación de un proceso penal con el fin de asegurar la averiguación del delito o la ejecución de la pena que se pueda imponer (1).

En esta definición se encierra la triple finalidad que actualmente se asigna a esta institución:

1<sup>a</sup>. Asegurar la presencia del inculpado en el proceso penal.

2<sup>a</sup>. Garantizar una ordenada averiguación de los hechos por los órganos encargados de la prevención penal.

3<sup>a</sup>. Asegurar la ejecución de la pena.

Para Roxin la prisión no tiene otras finalidades (2), negando expresamente que pueda servir para prevenir la alarma o excitación social, o el peligro de repetición del delito. En ambos casos, dice Roxin, se introducen elementos extraños en la naturaleza puramen-

---

(1) Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 15<sup>a</sup> ed., Munich, 1979, p. 157.

(2) Roxin, *lug. cit.* En este sentido también Londoño Jiménez, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, 1974, pp. 112 y ss. De otra opinión, Fairén Guillén, *Ideas para una teoría general del Derecho procesal*, en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Madrid, 1969, p. 300; Mattes, *La prisión preventiva en España*, versión castellana y notas de Gurdíel Sierra, Madrid, 1975, p. 20.

te cautelar de la prisión preventiva, cuestionables, tanto desde el punto de vista constitucional como políticocriminal, porque sólo la finalidad de asegurar la averiguación del delito y el aseguramiento de la ejecución de la pena (y, en consecuencia, de la persona del inculpado) puede justificar una tal medida (3).

Sin perjuicio de ocuparnos más adelante de esta cuestión con más detalles, está claro que la prisión provisional representa hoy la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo, sin que medie todavía una sentencia judicial firme por razón de delito (o, en su caso, de peligrosidad) que la justifique. Por eso sólo puede estar justificada en la medida en que sea imprescindible para asegurar los fines del proceso o la ejecución de la pena. Cualquier otro tipo de finalidad excederá de los límites y objetivos que tradicionalmente se asigna a esta institución (4). Con razón dice Gössel que “la institución jurídica de la prisión preventiva está situada en el ‘campo de tensión’ entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber también estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano” (5).

Por eso, se refleja en la prisión provisional, más que en ninguna otra institución jurídica, más incluso que en la propia pena, la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento jurídico. A este respecto dice Londoño Jiménez: “Es incuestionable que la sociedad ofendida con la consumación de un delito, se torna intransigente con la situación del presunto culpable. Querrá para éste la mayor severidad en la

---

(3) Roxin, ob. cit., pp. 159 y ss.

(4) Cfr. bibliografía citada en nota 2.

(5) Gössel, *Strafverfahrensrecht*, 1977, p. 66; en este sentido también Peters, *Strafprozess*, 2ª ed., 1966, p. 353; Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., 1968, p. 276; Roxin lug. cit.

aplicación de las medidas cautelares. Pero es indudable también que el infractor debe ser respetado al máximo en su libertad, esto es, no restringírsela sino en casos realmente necesarios. Este enfrentamiento entre los dos intereses, el público y el privado, el individual y el colectivo, ha sido siempre motivo de controversia en el pensamiento jurídico de los legisladores. Por ello, dentro de un auténtico Estado de derecho, en los regímenes democráticos con las más arraigadas concepciones liberales sobre las libertades humanas, la incoercibilidad del individuo, para el proceso penal, ha sido el principio más acogido. En cambio, en los gobiernos de fuerza, en los Estados autoritarios, en los Códigos de inconfundible tendencia inquisitiva, está más amenazada la libertad individual, son más precarios los derechos a la defensa, más restringidas las causales sobre excarcelación, aquí se sacrifican los intereses del individuo a su libertad, so pretexto de proteger a la sociedad golpeada con el delito. Su lema es: *Salus publica suprema lex est*" (6).

En estas palabras se refleja una vieja tesis que ve en la prisión preventiva un supuesto de colisión de intereses entre el ciudadano y la sociedad, que sólo puede resolverse con el sacrificio de una de las dos partes en conflicto. Sin embargo, como indica Roxín, "en un Estado de Derecho la regulación de esta situación conflictiva no se determina por la antítesis Estado-ciudadano; es el Estado mismo quien está obligado a conseguir ambas metas: asegurar el orden con la prevención penal y defender la esfera de libertad del ciudadano" (7). En efecto, la contraposición persona-sociedad, Estado-ciudadano, tan usual en los planteamientos doctrinales decimonónicos, tiene ciertamente un valor expositivo o sistemático, en todo caso re-

---

(6) Londoño Jiménez, ob. cit., p. 117.

(7) Roxín, lug. cit.

conducible a un planteamiento dialéctico. El Derecho no protege a la persona aislada en cuanto tal, sino en su convivencia con las demás personas. Todo atentado contra la persona es, al mismo tiempo, un atentado contra la sociedad a la que dicha persona pertenece y, por las mismas razones, todo atentado a la convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal, es también un atentado a la persona individual que sólo a través de la convivencia puede autorrealizarse (8). No es, pues, un problema de preferencia por la tesis o por la antítesis, sino la adecuada síntesis entre ambas funciones igualmente importantes para el ordenamiento jurídico. Para ello debe partirse de que la prisión preventiva es un mal que supone la limitación del derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, de la libertad individual. Una tal limitación sólo puede estar justificada en la medida en que sea imprescindible y necesaria para la defensa de bienes jurídicos fundamentales y en la medida en que sea proporcionada a la ofensa cometida a esos bienes jurídicos y no haya otros medios jurídicos menos radicales para conseguirla (principio de intervención mínima). La prisión preventiva debe además estar presidida, por razones de seguridad y certeza jurídicas y dado el carácter de mal que tiene, por el principio de intervención legalizada, que supone la descripción exacta de sus presupuestos, la forma y límites de su realización (9). El problema de la prisión preventiva no es tanto el problema de su existencia, como las dificultades que plantea una buena regulación jurídica de la misma

---

(8) Cfr. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed. 1979 (3ª reimpresión de la 2ª edición, con Anexo de puesta), p. 315.

(9) Sobre la extensión, finalidad y contenido del “principio de intervención mínima” y del “principio de intervención legalizada”, como principios informadores del poder punitivo del Estado, cfr. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 58 y ss.

que tenga en cuenta estos dos principios que se acaban de formular.

En el presente trabajo nos vamos a ocupar de la prisión preventiva en el Derecho español en sus diferentes facetas, de su realidad numérica, de su valoración y crítica, para terminar con algunas propuestas de *lege ferenda*.

## I. PERFILES CONSTITUCIONALES DE LA PRISION PROVISIONAL

Según el art. 1, 1. de la Constitución española de 1978, "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Por otra parte, en la Sección correspondiente a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, su art. 17, 1. establece que "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley". Además en el art. 24, 2. dispone que todos tienen derecho a la "presunción de inocencia" (10).

---

(10) El art. 24, 2. proclama literalmente: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia..." A este último propósito Bettiol, *Instituciones de Derecho penal y procesal* (trad. cast. de F. Gutiérrez-Alviz y Conradi), Barcelona, 1977, p. 191, estima que no es correcto utilizar el término presunción, si bien "ello no excluye que la idea expresada por la presunción de inocencia deba considerarse como una idea motriz de un proceso que no esté al servicio de una tiranía política".

En este contexto se ha de encuadrar el examen de la prisión provisional, por cuanto la Constitución, dado su carácter informador y rector del ordenamiento jurídico, viene a representar un *prius* lógico del estudio. Ahora bien, precisamente a raíz de la constitucionalización de estos principios, es oportuno observar que la prisión provisional no debía tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, la prisión provisional viene admitida y regulada además en todas las legislaciones modernas: ello demuestra que, a pesar de sus indiscutibles inconvenientes, responde a una exigencia universalmente observada (11).

La prisión provisional, *prima facie*, consiste en una privación de libertad, que debe regirse, en lógica coherencia con el mandato constitucional, por el principio de excepcionalidad. Tal privación de libertad acordada en los casos y en la forma previstos por la ley (principio de legalidad), no se produce sino en los supuestos de procesos penales o de peligrosidad en curso, y siempre mediante una resolución judicial motivada, de un auto. Por tanto, destaca el carácter eminentemente procesal del instituto y, sobre todo, su configuración como medida cautelar en un proceso, por tanto, pendiente.

De aquí se deduce que su naturaleza y fines difieran, al menos en vía de principios, de la naturaleza y fines de la pena, de la sanción penal, según reconoce unánimemente la doctrina. Ello no obstante, no han faltado quienes deteniéndose en la realidad de la prisión provisional, como Carnelutti, consideran que en verdad, al equivaler prácticamente el aislamiento sufrido como consecuencia de la imposición de una pena, al aislamiento del inculpado durante el proceso,

---

(11) En este orden de ideas, cfr. Pisapia, *Compendio di procedura penale*, Padua, 1975, p. 228.

la prisión resulta un castigo anticipado sobre la condena (12).

Parece oportuno recordar en unas pocas líneas la evolución operada dentro del proceso penal, desde que el inculcado era considerado como simple *objeto* del procedimiento, hasta que pasó a ser *sujeto del proceso*, el verdadero protagonista de la justicia penal. No olvidemos que en la oscura etapa del procedimiento inquisitivo la libertad personal del inculcado durante el desarrollo del procedimiento podía considerarse como excepción, en tanto que la regla general estaba representada por su encarcelamiento: *in dubio contra libertatem*. La prisión provisional constituía una medida de carácter ordinario dentro de las actuaciones judiciales, cuando no un presupuesto necesario para la obtención de las pruebas: se identificaba al inculcado con el culpable (13).

Contra tal estado de cosas reaccionaron con extraordinario vigor los pensadores iluministas, desde Beccaria, para llegar a los juristas italianos de la escuela liberal, y Carrara entre los más significativos, quien, en concreto, admitía la prisión provisional dentro de los límites rigurosos de la *necesidad* del proceso para obtener la verdad y hacer posible la ejecución de la pena que eventualmente se impusiera, entre otras cosas, reconociendo, ello no obstante, su intrínseca “inmoralidad” y la sustancial “injusticia” que la prisión

---

(12) Cfr. *infra*, epígrafe X.— Valoración y crítica de la prisión provisional. Para la cita del texto, véase Camelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Roma, 1947, p. 136; en el mismo sentido cfr. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, tomo I, 2ª ed., 1965, pp. 526-527.

(13) Cfr. Grevi, *Libertà personale dell' imputato e costituzione*, Milán, 1976, pp. 3 y ss. Sobre el Derecho penal y procesal penal hasta el siglo XVIII y los principios que los inspiraban, cfr. fundamentalmente Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1969.

provisional supone (14). Es el momento en que aflora con todo su auge la presunción de inocencia del inculgado hasta tanto recaiga sentencia firme de condena, que impregna nuestra Ley de enjuiciamiento criminal de 1882, y que ahora ha sido consagrada como derecho, según se ha dicho, en el art. 24, 2. de la actual Constitución española.

Es lógico, por tanto, que a la vista de la importancia de la prisión provisional y de su estrecha relación con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, ésta se ocupase de contemplarla expresamente, siquiera en un plano necesariamente abstracto, pero que proporciona sin embargo un encuadramiento sistemático importante, aludiendo al plazo máximo de su duración, que se determinará por ley, en su art. 17, 4. (15).

## II. DELIMITACION DEL ESTUDIO

En primer lugar, una precisión terminológica. Se viene utilizando indistintamente por la doctrina española las expresiones prisión provisional y prisión preventiva para designar el mismo instituto. La primera aparece recogida en la Constitución española y en la Ley de enjuiciamiento criminal (16); la segunda, en el Código penal, en el Código de justicia militar y en la Ley orgánica general penitenciaria, además del internamiento llamado también preventivo en la Ley de peligrosidad y rehabilitación social. Esto lleva consigo que las preferencias lexicales en la doctrina difieran,

(14) Cfr. Carrara, *Inmoralità del carcere preventivo*, en *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, 2ª ed., 1881, pp. 299 y ss.

(15) Vid. *infra*, epígrafe VI. Duración de la prisión provisional.

(16) Sin embargo, en una ocasión, art. 785, regla 8ª, h), redactada según la Ley de 8 de abril de 1967, la Ley de enjuiciamiento criminal habla de prisión preventiva.

bien que, como queda dicho, no haya cuestión de contenido sino de puros términos y hayamos optado por utilizar la expresión prisión provisional (17).

Y habiendo traído a colación ya el Código de justicia militar, viene al hilo de la exposición la anunciada delimitación del estudio. A pesar de la amplia regulación que en este cuerpo se ofrece a la prisión preventiva, dicha normativa no será expuesta, dada la disposición del art. 117, 5. de la Constitución española, según el cual “el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución” (18).

Asimismo parece oportuno destacar la expresa prohibición que recoge la Constitución de la privación de libertad en virtud de expedientes administrativos; en el art. 25, 3. se establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. No podemos olvidar a este respecto la relativa frecuencia con que eran provisionalmente encarcelados quienes se hallaban implicados en un expediente administrativo en

---

(17) A este respecto Van de Meulebroeke, *Le contrôle juridictionnel de la détention préventive*, en *Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue* (XII Jornadas Franco-belga-luxemburguesas de Derecho penal), Paris, 1971, pp. 43-44, considera más adecuado el empleo de la expresión prisión provisional (*détention provisoire*) que prisión preventiva (*détention préventive*), porque esta última no muestra sino un aspecto imperfecto de la realidad y no corresponde a todos los fines que la ley persigue; la primera tiene la virtud de incidir sobre una de las características esenciales de esta forma de privación de libertad: su carácter provisional. Ello no obstante, el autor utiliza indistintamente ambas expresiones.

(18) Art. 116 de la Constitución, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 55.

curso (19), fundamentalmente los incoados por contrabando y defraudación, seguidos ante los llamados Tribunales provinciales del mismo nombre y los abiertos contra los disidentes políticos con base en la Ley de orden público (20).

### III. LA PRISION PROVISIONAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

#### A) LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. LA DETENCION EN PARTICULAR

En orden al estudio de los aspectos procesales de la prisión provisional se hace necesario abordar, con carácter previo, una delimitación del instituto dentro del marco de las medidas cautelares personales que establece el ordenamiento procesal penal español. Sin pretender realizar un examen de la dogmática, siempre sugestiva, de las medidas cautelares personales, se han de exponer los presupuestos y el contenido de la detención y, por la propia finalidad y extensión de este estudio, se habrá de dejar fuera del mismo la problemática de la citación y de la libertad provisional, bien que gocen del mismo carácter, dado que no suponen una intromisión tan radical como la detención y la prisión provisional en la esfera de libertad del individuo (21).

---

(19) Todavía en las estadísticas relativas al año 1978 que ofrecemos *infra* (epígrafe IX) se contabilizan 252 reclusos por expediente administrativo.

(20) Cfr. Muñoz Conde, *Introducción...*, cit., pp. 65 y ss.

(21) Sobre la libertad provisional, cfr. Serra, voz *Libertad provisional*, en Nueva enciclopedia jurídica Seix, tomo XV, Barcelona, 1974, pp. 442 y ss.

La detención supone una privación transitoria de la libertad personal por un breve periodo de tiempo, determinado en su máxima extensión (*dies certus an, certus quando*) por el art. 17, 2. de la Constitución española, que dispone que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

Aparece aquí, con respecto al plazo máximo de la detención (22), el primer retroceso, la primera regresión de las que se han de apuntar a lo largo de este estudio, en relación con el espíritu liberal que informó la vigente Ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882, y con mayor contraste respecto de la Ley provisional de enjuiciamiento criminal, de 22 de diciembre de 1872. Siendo así que los medios técnicos con que hoy se cuenta y de los que cabe hacer uso, no son comparables en absoluto con los del pasado siglo, sin embargo en ambas leyes el plazo máximo de la detención se fija en veinticuatro horas.

El art. 388 de la Ley provisional de 1872 disponía que “el particular, autoridad o agente de policía judicial que detuviere a una persona, habrá de entregarla inmediatamente al juez más próximo del lugar en que hubiese hecho la detención. Si demorare innecesariamente la entrega, incurrirá en multa de 25 a 250 pesetas, a no ser en el caso en que incurriese en las responsabilidades pecuniaria y penal que fijan la Constitución del Estado y el Código penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas”. Con similar alcance, la

---

(22) Sobre el tema cfr., por todos, Gimeno, *La detención gubernativa*, en Vives-Gimeno, *La detención*, Barcelona, 1977, pp. 100 y ss.

vigente Ley de enjuiciamiento criminal establece que “el particular, autoridad o agente de policía judicial que detuviere a una persona... deberá ponerla en libertad o entregarla al juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código penal si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas” (art. 496).

Ya en la Constitución de 1876, que servía de norma informadora de la vigente Ley de enjuiciamiento criminal, aparecía garantizado constitucionalmente este plazo de veinticuatro horas como duración máxima de toda detención; el art. 4, 2. disponía que “todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención”. La siguiente Constitución, la republicana de 1931, volvió a reiterar este precepto de forma literal en el art. 29. La extensión de la detención a setenta y dos horas, de rancio abolengo en nuestro Derecho histórico (23), pero acortada desde el siglo XIX, fue reconsagrada precisamente en el art. 18 del Fuero de los Españoles (Ley de 17 de julio de 1945) (24), y ha sido justamente éste, el modelo que nuestro legislador constitucional ha adoptado (25).

---

(23) Aparecía este plazo ya en el antiguo Ordenamiento procesal aragonés, desde el siglo XV, con la intervención de Justicia Mayor del Reino. Cfr. Fairén, *La detención antes del juicio*, en Revista de Derecho procesal iberoamericana, 1971, p. 756, nota 2, y la bibliografía que allí se cita.

(24) Cfr. Gimeno, ob. cit., pp. 111 y ss., propugnando que a pesar de esta norma continuaba vigente el plazo de veinticuatro horas de la Ley de enjuiciamiento criminal para la detención gubernativa, argumentos que podrían incluso esgrimirse hoy, pero que no podemos reproducir.

(25) Sobre los fines de la detención en relación con el tiempo de la misma cfr. Gimeno, ob. cit., p. 108, nota 55.

La detención puede llevarse a efecto por cualquier persona en general, en los supuestos previstos en el art. 490 de la Ley de enjuiciamiento criminal, o por los jueces (26), autoridades o agentes de policía, para quienes se configura como una obligación, en los propios supuestos y además en los específicamente contemplados en el art. 492 del mismo cuerpo legal.

Entregado el detenido al juez, éste habrá de acordar en el plazo de setenta y dos horas, elevar la detención a prisión o dejar al detenido en libertad (art. 497).

Resta hacer mención especial en cuanto al plazo máximo de la detención de una Ley, la 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, disposición que tenía una vigencia de un año, pero que ha sido prorrogada por otro año en virtud del art. 2º del Real Decreto-Ley de 23 de noviembre de 1979 (B.O.E. 3 de diciembre), convalidado por el Congreso de los Diputados (B.O.E. 23 de enero de 1980).

El artículo 2 de esta Ley, vigente tras su prórroga, dispone que “no obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días (lo que hace un total de ¡diez días!), siempre que tal prolongación se ponga en conocimiento del juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El juez, en el término previsto en el artículo 497 de la Ley de enjuiciamiento criminal (ya dicho), denegará o autorizará la prolongación propuesta”.

---

(26) Sobre la detención judicial, véase Gimeno, *La detención judicial*, en Vives-Gimeno, *La detención*, cit., pp. 123 y ss.

Parece conveniente detenerse en el análisis del precepto. En primer lugar hemos de preguntarnos qué ocurrirá si el juez deniega la prolongación propuesta, teniendo en cuenta que dispone de un plazo de setenta y dos horas para decidirlo, y ello sin que el detenido haya sido puesto a su disposición. Resulta lógico responder que el detenido lo habrá estado injustificadamente desde el preciso instante en que hayan transcurrido setenta y dos horas desde el momento de la detención, límite temporal que marca la Constitución sin prever excepciones.

En segundo lugar, téngase presente que la autoridad gubernativa en estos casos se limita a poner en conocimiento del juez la prolongación de la detención, aunque es precisa una autorización de éste *a posteriori*, que no se dice deba ser motivada. Esta fórmula no está desde luego prevista en la Constitución y tampoco tiene cabida en ella, a todas luces, la extensión hasta diez días de la detención, por el extraño procedimiento que en la Ley a que estamos haciendo referencia se regula. Muy al contrario el art. 17, 2. de la Constitución taxativamente dispone que en el plazo *máximo* de setenta y dos horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Sin entrar ahora en el examen de la detención, parece evidente, sin embargo, que toda prolongación de la detención por más de setenta y dos horas debe estimarse anticonstitucional.

Dentro del marco de la Constitución, que consagra el derecho a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, no se alcanza a comprender el sentido de la extensión a diez días de la detención; no aparecen claras las ventajas que con ello se puedan obtener en orden al esclarecimiento de los hechos, único fin al que está preordenada la detención según la norma constitucional, te-

niendo en cuenta los medios técnicos de que disponen las autoridades gubernativas. ¿Qué fines se persiguen con dilatar hasta esos diez días la detención gubernativa?

#### B) LOS FINES DE LA PRISION PROVISIONAL

La prisión provisional es efectivamente, como ya se ha apuntado, una medida cautelar de las que se pueden adoptar dentro del proceso penal (27). Como tal deberá reunir las características que señala Fairén respecto de toda medida de esta naturaleza: instrumentalidad, provisionalidad, obedecer a un *periculum in mora*, obedecer al principio *rebus sic stantibus* y la urgencia en el procedimiento para decretarla (28).

Consiste, al igual que la detención, en una privación de la libertad individual, por un período más largo de tiempo, normalmente, y su establecimiento responde a unas concretas motivaciones que intentaremos exponer ahora. Clarificadoramente, el art. 520, párrafo segundo, de la Ley de enjuiciamiento criminal, nos dice que la libertad del inculcado “no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa”.

Aparecen así explicitados los dos fines a que tiende la prisión provisional en el decir del legislador, lo que denota que el tema no es un invento teórico o dogmá-

---

(27) A este propósito cfr. Font Serra, *Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva*, en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pp. 141 y ss., donde se examinan algunos principios fundadores de la justicia cautelar y de la justicia preventiva.

(28) Fairén, ob. cit., p. 755. Por su parte Foschini, ob. cit., pp. 502 y ss., señala como características de las medidas cautelares su instrumentalidad y provisionalidad y, como presupuesto para acordarlas, la urgencia (*periculum in mora*) y la apariencia (*fumus boni iuris*).

tico, sino que responde a algo real, concreto, que ha recibido consagración legislativa e indica el parámetro que se ha de utilizar para restringir válidamente la libertad del inculpado. Serán por tanto el aseguramiento de su persona y el objetivo de impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción, los datos a tener en cuenta para privar de la libertad al sujeto pasivo del proceso penal, siempre, no lo olvidemos, dentro de los “límites absolutamente indispensables”.

### 1º ASEGURAR LA PERSONA DEL INCULPADO

Esta finalidad que persigue la prisión provisional ha de examinarse desde una doble perspectiva; de una parte, en el proceso, y de otra, tras la firmeza de la sentencia de condena.

A primera vista puede parecer que el legislador se refiere sólo al aseguramiento de las resultas del proceso y, más concretamente, del cumplimiento de la pena privativa de libertad a que el inculpado presuntamente será condenado en la sentencia definitiva. Sin embargo, no por ello puede olvidarse que la ausencia del inculpado no sólo impide el cumplimiento de la pena, sino que además imposibilita el desarrollo del procedimiento penal, presupuesto de la sentencia, donde se traduce, y sólo allí, la potestad jurisdiccional de imposición de sanciones penales, el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Efectivamente, como regla general —aplicable hoy al proceso ordinario por delitos (graves) y supletoria en los demás procesos— la Ley de enjuiciamiento criminal establece que, cuando existe un único inculpado, su rebeldía produce la continuación de las diligencias sumariales hasta su terminación, si el procedimiento estuviese en la fase de instrucción, “suspendiéndose después su curso y archivándose los autos”

(art. 840). “Si al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral, se suspenderá éste y se archivarán los autos” (art. 841).

En los procedimientos de urgencia —delitos flagrantes castigados con pena no superior a doce años de privación de libertad o los restantes delitos castigados con pena que no exceda de seis años de privación de libertad— según la redacción dada a la Ley de enjuiciamiento criminal por la de 8 de abril de 1967, se introducen algunas excepciones cuando exista un único inculpado, en los procesos cuyo fallo compete a los Juzgados de instrucción. En tales casos y abierto el juicio oral, se sigue el régimen general (suspensión y archivo de los autos) sólo si el acusado no tuviera domicilio conocido o se hallare en ignorado paradero y, llamado, no compareciere o, buscado, no fuere habido (art. 791, regla 7<sup>a</sup>); sin embargo, por la ausencia injustificada del acusado con domicilio conocido “no se suspenderá la celebración del juicio, siempre que conste haberseles citado personalmente y el juez estime que existen elementos suficientes para juzgarlos” (29).

En el proceso por faltas “la ausencia del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio siempre que conste habersele citado con las formalidades” legales (arts. 971 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952).

Si son varios los inculpados “y no a todos se les hubiese declarado en rebeldía, se suspenderá el curso de la causa respecto a los rebeldes hasta que sean hallados, y se continuará respecto a los demás” (art. 842).

---

(29) Por regla general, los jueces de instrucción son competentes para el conocimiento y fallo de los delitos castigados con pena no superior a arresto mayor, privación del permiso de conducir, multa que no exceda de 200.000 pesetas, o cualquiera de éstas conjuntamente con las demás o con una de ellas.

Puede interpretarse que se sigue el mismo régimen en los procedimientos de urgencia (30), al disponer el párrafo tercero del artículo 801 que “no se suspenderá el juicio por la incomparecencia de algunos de los procesados, si el Tribunal estimare que existen elementos para juzgar con independencia unos de otros” (31).

En este orden de consideraciones cabe destacar, pues, la doble función que desempeña la prisión provisional respecto del fenómeno procesal: asegurando la disponibilidad del inculpado, resulta garantizado tanto el desarrollo del proceso como la ejecución de su resultado; es decir, una función de cautela instrumental (o procesal en sentido estricto) y una función de cautela final. La primera de ellas, señala Grevi, se refiere a dos exigencias conceptualmente distintas, aunque conexas en cuanto expresión de una misma finalidad; es decir, se logra tanto el mantenimiento del inculpado a disposición de la autoridad judicial, como lo que podría definirse “conservación de la prueba”,

---

(30) Cfr. art. 801, en relación con el art. 791, regla 8<sup>a</sup>. En doctrina cfr. Montero, *La ausencia del imputado en el proceso penal*, en Rev. Der. Proc. Ib., 1977, pp. 581 y ss.

(31) Es preciso reseñar aquí lo que disponen los dos últimos artículos de la Ley de enjuiciamiento criminal (845 y 846), dentro del título VII del libro IV (De los procedimientos especiales.— Del procedimiento contra reos ausentes). El primero de ellos establece: “Si el reo se hubiere fugado u ocultado después de notificada la sentencia y estando pendiente el recurso de casación, éste se sustanciará hasta definitiva, nombrándose al rebelde Abogado y Procurador de oficio. La sentencia que recaiga será firme. Lo mismo sucederá si habiéndose ausentado u ocultado el reo después de haberle sido notificada la sentencia, se interpusiere el recurso por su representación o por el Ministerio fiscal después de su ausencia u ocultación”. El art. 846, por su parte dispone que “Cuando el declarado rebelde en los casos de los artículos 840 y 841 se presente o sea habido (arts. ya citados en texto), se abrirá nuevamente la causa para continuarla según su estado”.

evitando que dicho inculpado pueda entorpecer la investigación (32).

2º *IMPEDIR LAS COMUNICACIONES QUE PUEDAN PERJUDICAR LA INSTRUCCION DE LA CAUSA*

No aparece excesivamente clara esta finalidad de la prisión provisional predicada con carácter general, como lo hace nuestra Ley procesal penal, y tanto de la prisión incomunicada —una de sus formas de cumplimiento— como de la comunicada y de la prisión atenuada (33).

Considerando esta expresión en sus términos literales cabe hacer dos observaciones; la primera hace referencia al lapso de tiempo en que tal finalidad tiene sentido, y a este propósito se habla de instrucción; ello quiere decir que durante el juicio oral el acusado no puede estar sometido a prisión provisional con este objeto. En segundo lugar, esta prescripción legislativa abarca una extensa área de actividad que se puede poner en movimiento por personas distintas del propio inculpado, para hacer desaparecer los rastros del delito o lograr la ocultación o destrucción de las pruebas de cargo. Se refiere, en consecuencia, a la salvaguarda del material probatorio, que se vería amenazado por sujetos extraños al procedimiento a instancias del sujeto inculpado.

En razón de lo expuesto, cabría agrupar los fines que persigue la prisión provisional, según el legislador español, en dos grandes temas: evitar la fuga (o lograr la presencia) del inculpado y evitar la pérdida del material probatorio (34), que, en definitiva, coinciden

---

(32) Cfr. Grevi, ob. cit., pp. 51 y ss.

(33) Cfr. *infra*, apartado D), de este epígrafe, Clases de prisión provisional.

(34) Así, Maier, *La gravedad y la repercusión social del hecho como fundamento del encarcelamiento preventivo obligatorio en el proceso*

con los fines asignados a la prisión provisional por Roxin (35), por cuanto el evitar la fuga del inculpado supone ya el aseguramiento de la ejecución de la pena que se vaya a imponer.

Sin embargo, esta fundamentación de la prisión provisional ha sido fuertemente criticada por un sector doctrinal. Pisapia dice que la prisión provisional no puede ser justificada por la exigencia de disponer del inculpado para los fines del proceso, porque el sufrimiento que inevitablemente acompaña a la privación de libertad supone un sacrificio absolutamente desproporcionado con relación al fin que se pretende alcanzar. La existencia de “motivos bastantes para creer responsable” de un delito a una persona puede ser una razón válida para poner al inculpado “a disposición” de la autoridad judicial, pero no para una constante privación del ejercicio de su libertad personal.

Tampoco considera este autor justificada la prisión provisional para impedir la ocultación o pérdida del material probatorio, ya que este fin peca de ingenuidad y de despreocupación; de ingenuidad porque estima que el recluir al inculpado no sirve para aislarlo del mundo exterior de una manera eficaz, cuando es obvio que el propio interesado antes de su internamiento, o bien otras personas en su lugar una vez recluidas, pueden fácilmente conseguir la temida ocultación o pérdida; de despreocupación porque, sacado

---

*penal*, en Doctrina penal, enero-marzo, 1979, núm. 5, p. 65. Entre nosotros Herce Quemada, en Gómez Orbaneja-Herce Quemada, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., 1975, p. 193, dice que la prisión provisional se decreta para “asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena”. En el mismo sentido, cfr. Fenech, *Derecho procesal penal*, vol. II, 2ª ed., 1952, p. 129.

(35) Véase, *supra*, epígrafe de introducción, nota 1, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, p. 157, allí citado.

el inculpado de su ambiente familiar y social, la privación de libertad puede impedirle un eficaz ejercicio de sus derechos de defensa. Por todo ello, la prisión provisional no tiene, en el plano racional, una clara justificación teórica, excepción hecha de aquellas limitaciones de la libertad personal estrictamente inherentes a los fines propios del proceso y en los límites impuestos por esta función instrumental.

Por último, el fin de asegurar la ejecución de la pena, evitando que el condenado pueda eludir la sanción, debe considerarse, según dice también Pisapia, como un expediente práctico en un sistema que no da garantías de pronta solución, pero no puede otorgar al instituto de la prisión provisional un fundamento racional ni una verdadera y propia significación jurídica (36).

#### *C) LOS PRESUPUESTOS PARA ACORDAR LA PRISION PROVISORIAL*

La materia de los presupuestos necesarios para acordar la prisión provisional cobra un especial interés no sólo por la importancia intrínseca de la misma, sino también por su actualidad, en cuanto se encuentran en revisión algunos de los mencionados presupuestos. Se encuentra efectivamente en las Cortes un Proyecto de ley de modificación de los arts. 503, 504 y 505 de la de enjuiciamiento criminal; dicho Proyecto fue dictaminado por el Pleno del Congreso de los Diputados en 19 de enero de 1980, y en la fecha en que esto se redacta aun no se ha convertido en Ley, dado que se han introducido enmiendas por el Pleno del Senado (37). Por esta razón nuestro aná-

(36) Cfr. Pisapia, ob. cit., pp. 234 y ss.

(37) Tomamos como base para la exposición del Proyecto de Ley según quedó redactado tras el dictamen del Pleno del Congreso de los Di

lisis partirá de la Ley de enjuiciamiento en su actual redacción, haciendo referencia a la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872 (su antecedente inmediato), y tras examinar las modificaciones legislativas que de un modo u otro hayan repercutido en el tema, pasaremos a exponer el contenido del citado Proyecto de ley.

### 1. REGLA GENERAL

Enumera el art. 503 de la Ley de enjuiciamiento criminal los tres presupuestos que se exigen para acordar la prisión provisional, regla ésta que, como tendremos ocasión de analizar después, ofrece excepciones dignas de especial consideración por su importancia cuantitativa y cualitativa.

Este precepto comienza diciendo —tomando su redacción del art. 396 de la Ley provisional de 1872— que “para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes...” A la vista de ello y en relación con la redacción que propugna el Proyecto, es preciso ante todo denunciar la involución que en éste se produce. En tanto que en su actual redacción el precepto dispone, como queda dicho, que “*para decretar* la prisión provisional *serán necesarias...*”, en el Proyecto se dice de forma imperativa que “*el juez decretará* la prisión provisional cuando concurren las circunstancias siguientes”.

El cambio es, a nuestro modo de ver, sustancial. De la facultad que se atribuye al órgano jurisdiccional para decretar la prisión provisional, se pretende pasar, se va a pasar a imponerle la obligación de

---

putados, en cuanto que no conocemos de forma absolutamente fidedigna la redacción dada por el Senado, y tampoco podemos prever cuál será el contenido exacto de la, en su día, Ley de modificación de la de enjuiciamiento criminal.

acordar el auto de prisión, con sólo la concurrencia de unos datos en principio objetivos y de los que no cabe valoración, por tanto; es decir, la prisión provisional opera, a tenor del Proyecto, de forma automática (38). Según la enmienda a la totalidad del Proyecto presentada por el Grupo Andalucista (39), “la limitación esencial a la prudencia judicial nos permite considerar —dice— que el espíritu del Proyecto tiene como otro objetivo, no sabemos si más o menos importante, el de ‘asegurar’ a los jueces y tribunales, impidiendo que continúen la actual práctica de resolver valorando las circunstancias concretas y que según negros agoreros es una de las razones fundamentales de la ‘ola de violencia que nos invade’ ”.

Este automatismo para decretar la prisión provisional, criticado por la mayor parte de la doctrina en aquellos países en que un similar precepto aparece (40), se agrava particularmente por la generalidad de su imposición, como más adelante se expondrá.

*1ª Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente caracteres de delito.*

Esta circunstancia primera del art. 503 de la Ley de enjuiciamiento criminal no reviste, por obvia, especiales dificultades interpretativas, por lo que no nos extendemos en mayor comentario. Pondremos de relieve, sin embargo, que esta redacción aparecía ya en la Ley provisional (art. 396, 1ª), y se encuentra reco-

---

(38) Véase *infra*, en nota 20, la crítica a este sistema.

(39) Enmienda núm. 4; hace referencia a la desaparición del párrafo segundo del art. 504, de forma inexplicable para nosotros, ya que dicho párrafo pasa a ser el primero en el texto del Proyecto.

(40) Cfr., para el derecho italiano, Amodio, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, en Riv. it. dir. e proc. pena., 1967, pp. 864 y ss.; Pisani, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, en *Libertà personale e processo*, 1974, p. 11, Padua.

gida con el mismo tenor literal en el Proyecto de modificación de la Ley de enjuiciamiento en materia de prisión provisional.

Ciertamente “constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos” (art. 299 de la vigente Ley de enjuiciamiento criminal); por ello, iniciada la instrucción por denuncia “se procederá o mandará proceder inmediatamente a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito” (art. 269), y, claro es, cuando el hecho no sea constitutivo de delito, procederá el sobreseimiento libre (art. 637), que provoca la finalización del procedimiento penal.

*2ª Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.*

Tampoco esta segunda circunstancia reviste en sus propios términos dificultades de interpretación y, como sucede con la anterior, su redacción data de la Ley provisional de 1872 (art. 396, 3ª), quedando inalterada en el Proyecto a que venimos haciendo referencia.

Parece conveniente, sin embargo, hacer referencia y dejar apuntada la relación de esta norma y sus “motivos bastantes para creer responsable criminalmente” a una persona, con el “indicio racional de criminalidad contra una determinada persona” de que habla el art. 384 del mismo cuerpo legal y que opera como presupuesto del auto de procesamiento, si bien no cabe aquí un comentario más amplio sobre el tema (41).

---

(41) Cfr. Soto Nieto, *La prisión y libertad provisionales vistas por un juez*, en *Revista de Derecho procesal*, 1955, pp. 591 y ss., donde expone razones evidentes de derecho positivo que abonan el criterio de que no es preciso el procesamiento para decretar la prisión, siguiendo a Via-

3ª *Que el delito tenga señalada pena superior a la de prisión correccional, según la escala general comprendida en el Código penal.*

Las circunstancias anteriormente referenciadas se toman por el legislador como factores fijos, exigidos en todos los supuestos para acordar la prisión provisional. Esta circunstancia, con ser la regla general, presenta sin embargo diversas excepciones que después consideraremos.

La Ley de enjuiciamiento criminal se limita en este punto a recoger lo dispuesto en la Base segunda de la Ley de 11 de febrero de 1881, de Bases de la de enjuiciamiento criminal, cuando disponía ésta que se había de “establecer por principio general que la prisión provisional procede en todo delito cuya pena exceda de prisión correccional”. Dicha pena se corresponde con la actual de presidio o prisión menores (de seis meses y un día a seis años de privación de libertad).

En esta circunstancia se pone de manifiesto de una forma extraordinariamente clara la involución sufrida en nuestro ordenamiento en el tema de la prisión provisional, que desmerece y crea una duda racional acerca de los verdaderos fines que, al margen de lo que la ley diga, se pretenden conseguir con la prisión provisional.

En un primer momento, la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872 establecía como regla general que para que pudiera decretarse la prisión provisional era necesario que el delito tuviera “señalada *pena superior a la de prisión mayor*” (art. 396, 3ª). La vigente Ley de enjuiciamiento criminal de 1882 amplía los supuestos y dispone que es procedente la prisión provisional cuando el delito tenga

---

da y en contra de Aguilera de Paz. Recientemente, cfr. Mattes, ob. cit., pp. 26 y s.

“señalada *pena superior a la de prisión correccional*” (prisión menor), principio general que rige todavía. Finalmente, el Proyecto de modificación de la Ley procesal penal a que venimos aludiendo establece la prisión provisional *obligatoria*, cuando el delito “tenga señalada *pena superior a la de arresto mayor*”.

Precisamente aquí radican la mayor parte de los problemas suscitados por el Proyecto de Ley y, en consecuencia, la mayoría de las enmiendas presentadas al mismo inciden en esta cuestión (42). La pena de arresto mayor es la mínima pena de privación de libertad que cabe imponer por la comisión de un delito y se extiende de un mes y un día a seis meses de privación de libertad. Por ello, y tal como quedó redactado el Proyecto en el Pleno del Congreso de los Diputados, la prisión provisional tendrá lugar de forma automática en cuanto exceda de seis meses la pena que *presuntamente* se impondrá, por los hechos *presuntamente* delictivos por los que se procede, al *presuntamente* responsable de ellos y contra el que se dirigirá precisamente el auto de prisión.

En el preámbulo de este Proyecto de Ley, remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados en 2 de octubre de 1979, se dice, entre otras cosas, que “las circunstancias hoy concurrentes... y las previsiones contenidas en la nueva Ley General Penitenciaria respecto al tratamiento de jóvenes delincuentes detenidos, presos y penados con absoluta separación de los mayores, hace aconsejable un mayor rigor en las medidas provisionales que el juez pueda decretar para asegurar la persona del detenido”.

---

(42) En tal sentido, enmiendas nº 1, del Grupo Vasco, nº 4 del Grupo Andalucista, nº 6, del Grupo Socialistes de Catalunya, núms. 8 y 10 del Grupo Comunista, y núms. 15 y 16 del Grupo Socialista.

Sin entrar ahora en una consideración del resto del preámbulo, que habremos de abordar más adelante, hemos de apuntar que, con referencia a las disposiciones de la Ley General Penitenciaria, hay que tener presentes las disponibilidades reales de las prisiones españolas. Dichas disponibilidades son ciertamente exiguas en medios materiales, tanto de edificios como de instalaciones, por lo que los preceptos de tal Ley penitenciaria no pasan de ser, en muchos casos, simples aspiraciones o declaraciones de principio, de imposible o difícil realización, como ocurre con los sometidos a medidas de seguridad en régimen preventivo (43). Con ser esto cierto, el problema se agravará aun más, si el Proyecto se convierte en Ley, con la generalidad de la imposición de la prisión provisional que propugna, como se dirá, pero además con el creciente número de presos preventivos en las cárceles españolas (44).

En otro orden de ideas y en relación con la parte del preámbulo transcrito, hay que hacer dos consideraciones: de una parte, se contempla en la Ley de enjuiciamiento criminal el supuesto de que se puede decretar la prisión provisional, aunque la pena sea de prisión menor o de arresto mayor, cuando el juez la considere necesaria, atendidas las circunstancias del caso y los antecedentes del inculpado. Esta excepción, que después se comentará, otorga al órgano jurisdiccional la suficiente discrecionalidad para apreciar unas circunstancias indeterminadas y reputar necesaria o no la prisión provisional en estos supuestos. Pero en el Proyecto parece existir una desconfianza hacia el poder judicial y por esto se extiende la prisión provisional como regla general no ya cuando la

---

(43) Véase, *infra*, epígrafe IV.

(44) Cfr., *infra*, epígrafe IX. apartado 1. La prisión provisional. Datos estadísticos, nota 2, y cuadro V.

pena a imponer sea superior a seis años, sino cuando sea superior a seis meses, impidiendo cualquier valoración del órgano jurisdiccional acerca de las circunstancias del hecho y los antecedentes del inculpado.

Por otra parte, hemos de tener presente que la vigente legislación faculta a los Tribunales para conceder el beneficio de la condena condicional en los supuestos de penas privativas de libertad no superiores a un año e incluso de las que lleguen hasta dos años (art. 93 del Código penal). De aquí resulta que quien haya sufrido prisión provisional y resulte condenado en definitiva a pena de prisión que no exceda de dos años con suspensión de condena, “ha padecido por vía de medida cautelar una privación de libertad injustificada” (45). Además según aparece redactado en el Proyecto, el párrafo tercero del artículo 504 dispone que “en ningún caso la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito imputado”, y en cuanto al cómputo, en el siguiente párrafo se dice que caso de no apreciarse circunstancias modificativas, “se computará como tiempo el que corresponda al grado medio”. En los casos en que se persigan delitos menos graves, y mucho más cuando la pena señalada a tal delito sea la de arresto mayor, la prisión provisional no puede servir a ninguno de los dos fines que el legislador enuncia: ni sirve para evitar la fuga del inculpado, porque nadie huye, dejando familia, profesión, amigos, etc., en razón de una *posible* privación de libertad de corta duración, aunque se considere culpable, si tiene en cuenta que el delito no prescribe hasta pasados cinco años y la posible condena condicional; pero tampoco aprovecha a la finalidad de

---

(45) Así, Enmienda primera al Proyecto de Ley de modificación de la de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional, presentada por el Grupo Vasco.

salvaguarda del material probatorio, dada la índole de estos delitos y el tenor del preámbulo del Proyecto, que hace referencia a la delincuencia fundamentalmente juvenil. Precisamente para los casos excepcionales, se contiene la excepción a que antes nos hemos referido, en la Ley de enjuiciamiento criminal (46).

## 2. EXCEPCIONES (47)

1ª. Podrá decretarse la *libertad* del inculpado aunque el delito tenga señalada pena superior a la de presidio o prisión menores (art. 504, párrafo segundo) siempre que se den los siguientes requisitos:

—que el procesado tenga buenos antecedentes o se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia.

—que el delito no haya producido alarma.

—que el delito no sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia.

Esta libertad provisional ha de decretarse mediante fianza de libertad provisional en todo caso.

---

(46) Véase punto siguiente, supuesto tercero.

(47) Por Ley de 20 de febrero de 1978 se suprimió un cuarto párrafo del artículo 503, que estaba integrado en su primer párrafo por lo dispuesto en el Decreto-ley de 22 de marzo de 1957, y el último párrafo fue adicionado por el Decreto-ley de 23 de noviembre del mismo año. Su tenor literal era el siguiente: "4º. Cuando de la causa resulte la existencia de delito comprendido en el título II del libro II del Código penal, sea cualquiera la pena señalada al delito y mientras la situación alterada por él no haya sido completamente normalizada, se decretará la prisión provisional, sin que en ningún caso pueda exceder éste de la duración de la pena señalada al delito que la motiva. En todo caso se decretará la prisión provisional cuando se aprecie la existencia de delitos contra el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros o sus miembros y la forma de gobierno, o consistan en la celebración de reuniones o manifestaciones no pacíficas o en la realización de propagandas ilegales". Este párrafo 4º, como se ve, era insostenible en un régimen democrático.

En el Proyecto de Ley de modificación de la de enjuiciamiento criminal se recoge esta excepción, si bien como en este Proyecto se amplían los supuestos de prisión provisional, la libertad puede decretarse excepcionalmente cuando el delito tenga señalada pena superior a arresto mayor (art. 504, párrafo primero en la redacción del Proyecto). Por lo demás el contenido es sustancialmente idéntico, mejorando las condiciones de la libertad provisional, en cuanto podrá acordarse con o sin fianza —y no podía ser menos, dada la extraordinaria amplitud y extensión que se otorga a la prisión provisional en el Proyecto— y, adaptando a nuestros tiempos, por otra parte, los requisitos exigidos para decretar la libertad, sin desvirtuar su contenido; así, en lugar de buenos antecedentes, se dice “cuando el inculpado no tenga antecedentes penales”, y se suprime la referencia al ámbito provincial en orden a la frecuencia del tipo de delito dentro de una demarcación, que carece hoy de sentido dada la difusión informativa y las actuales disponibilidades de los medios de comunicación. Introduce además el Proyecto un inciso final en esta excepción, al disponer que la libertad provisional con prestación o no de fianza, habrá de hacerse “con expresión de las razones que lo justifiquen”; este inciso es discutible desde luego y, para nosotros, resulta inoperante por reiterativo de lo que la propia Ley de enjuiciamiento dispone en el art. 141, al decir que las resoluciones judiciales se denominarán autos cuando decidan la prisión y soltura, y que los “autos se redactarán fundándolos en Resultandos y Considerandos” (48).

2ª. Podrá decretarse la *prisión provisional* cuando el “procesado no hubiese comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento del juez o tribunal que

(48) En este sentido, cfr. Enmienda nº 9 al Proyecto de Ley, firmada por el Grupo Comunista.

conociere de la causa” (art. 504, párrafo primero), aunque el delito tenga señalada pena inferior a la de prisión mayor y siempre que concurran, como se dijo en su momento, las circunstancias 1ª y 3ª del art. 503, que funcionan como factores fijos en todos los supuestos.

Es éste, por tanto, un dato objetivo que evidencia el intento de ocultación o de fuga del inculpado o, cuando menos, el intento de obstaculizar la marcha del procedimiento; se introduce sin embargo un factor de corrección en favor del inculpado, conforme al espíritu que informa el sistema procesal penal: para que la prisión provisional proceda no basta la incomparecencia, sino que se requiere que ésta se haya producido *sin motivo legítimo*, que ha de ser apreciado, lógicamente, por el órgano jurisdiccional.

En el Proyecto de modificación de la Ley de enjuiciamiento que estamos examinando se recoge esta excepción, pero con un sentido bien diferente. Según la redacción de este Proyecto, la prisión provisional puede acordarse no ya cuando el inculpado no comparezca, sino cuando exista “el fundado temor de que no comparezca”. De este modo, se desvirtúa por completo la excepción que se consagra en el texto de la Ley de enjuiciamiento criminal desde 1882. Aunque pueda parecer que el Proyecto se ha limitado a ampliar los supuestos en que procede la prisión provisional en función de la pena —de prisión menor a arresto mayor— lo cual es grave y no se conforma con los principios que inspiraron la Ley de enjuiciamiento criminal, en realidad introduce modificaciones sustanciales que obligan a calificarlo de regresivo y a su aprobación, de una evidente involución en un tema tan fundamental como la prisión provisional, que supone una radical intromisión en la esfera de libertad del individuo.

Este especial motivo para acordar la prisión provisional, viene fundido en el Proyecto con la excepción *ex* 503, 3ª i.f. que el legislador decimonónico regulaba y que después se estudia: cabe decretar la prisión aunque la pena no exceda de prisión menor cuando el juez la considere necesaria, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del inculpado, hasta que preste la fianza que le señale. Y así debía de ser, puesto que el fundado temor de no comparecencia, bien puede asimilarse a la valoración de las circunstancias del hecho y de los antecedentes del procesado y, en realidad, no en otra cosa puede consistir. Una y otra excepción que en nada se asemejan a las de la Ley de enjuiciamiento, conforman en el Proyecto el párrafo segundo del artículo 504.

3ª. Podrá decretarse la *prisión provisional* cuando el juez la considere necesaria, “atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado, *hasta que preste la fianza que le señale*” (art. 503, 2ª i.f.), aunque el delito tenga señalada pena inferior a la de prisión mayor y siempre que concurren la 1ª y la 3ª circunstancias del propio art. 503.

a) La norma, que data del art. 396, 2ª i.f. de la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872, es bien clara: la regla general sigue siendo en la Ley de enjuiciamiento criminal, cumpliendo lo ordenado en la Base segunda de la Ley de 11 de febrero de 1881 ya citada, que no procede decretar la prisión provisional cuando los hechos por los que se procede constituyan un delito castigado con pena no superior a la de prisión menor. Y para ello se instituye la fianza de libertad provisional, de gran efectividad en el derecho anglonorteamericano, pero que parece no haber calado entre nosotros; en este sentido, la Exposición de motivos de la Ley de enjuiciamiento criminal, firmada por Alonso Martínez, nos dirá que el Gobierno, “en la

materia de fianzas, tan íntimamente ligada con todo lo referente a la prisión preventiva, ha procurado armonizar los fines de la justicia con los derechos del procesado, poniendo coto a la posible arbitrariedad judicial y estableciendo reglas equitativas y prudentes que permitan mayor amplitud que hasta ahora, así en los medios y formas de las fianzas como en la entidad de ellas” (párrafo XIV). Así también el artículo 529 de la Ley, referente a la libertad provisional, dispone que “cuando el procesado lo fuere por delito a que estuviese señalada pena inferior a la de prisión correccional, y no estuviere por otra parte comprendido en el número 3º del artículo 492 (49), o en el párrafo primero del artículo 504 de esta Ley (50), el juez o tribunal que conociere de la causa decretará si el procesado ha de dar o no fianza para *continuar en libertad provisional*”.

b) Pero una norma con rango de ley ha venido a fijar el principio absolutamente contrario: cuando la regla general, como se ha visto, venía siendo la libertad del inculpado cuando la pena no excediere de prisión menor, y cuando el juez considerase necesaria la prisión en otro caso sólo podía subsistir hasta la prestación de la fianza que se señalara, el 1 de febrero de 1979 se publica el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de

---

(49) El art. 492, 3º establece con referencia a la detención que “La autoridad o agente de policía judicial tendrá obligación de detener: Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior (a la de prisión correccional), si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que *preste* en el acto *fianza bastante*, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerlo, *para presumir racionalmente que comparecerá* cuando le llame el juez o tribunal competente”.

(50) El párrafo primero del art. 504 hace referencia a la prisión cuando el procesado no hubiese comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento de la autoridad judicial, supuesto que hemos examinado anteriormente.

enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que da un giro total a los principios de la Ley de enjuiciamiento criminal en esta materia.

El tenor literal del párrafo segundo del art. 5 de esta disposición es el siguiente: “El juez de instrucción o central, atendidas las circunstancias del caso y los antecedentes del inculpado, podrá decretar la prisión provisional *incondicional*, aunque el delito tenga señalada pena inferior a la de presidio o prisión mayores”. Es decir, se adopta como regla (que habrá de valorar el órgano jurisdiccional) la *prisión provisional incondicional en todo tipo de delitos* (51), con lo que se subvierten de una forma evidente las directrices y principios inspiradores de la Ley de enjuiciamiento criminal. Por esta razón entendemos que no es cierto lo que se proclama en el preámbulo de dicho Real Decreto-ley, al decir que “todas las disposiciones cuentan con precedentes, y lo único que se hace es precisar el alcance de las ya vigentes”; un análisis detenido demuestra a las claras que sucede lo contrario.

Este Real Decreto-ley, ya discutible por lo que de involución representa, debe ser rechazado de plano por otra razón mucho más poderosa: su *inconstitucionalidad*. No cabe duda que la prisión provisional supone la privación de un derecho fundamental reconocido en la Constitución: el derecho a la libertad personal, y que pugna con el derecho a la presunción de inocencia que encuentra el oportuno amparo en el texto constitucional. Tampoco se puede discutir que esta disposición (publicada el 1 de febrero de 1979)

---

(51) Decimos en *todo tipo de delitos* y no sólo aquéllos que de una u otra forma afecten a la seguridad ciudadana, ya que el párrafo primero del artículo 5 dispone que “los jueces de instrucción o centrales a cuya disposición fuere puesta una persona como presunto autor, cómplice o encubridor de *cualquier delito* recabarán...”, y en este contexto hay que entender el párrafo segundo.

es posterior a la entrada en vigor de la Constitución española.

De este modo, poniendo en relación el art. 17, 1. (derecho a la libertad personal) y el art. 24, 2. (derecho a la presunción de inocencia), con los artículos 53, 1. (sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales), 81, 1. (las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales son leyes orgánicas), pero sobre todo con lo que dispone el art. 86, 1. —preceptos todos ellos de la Constitución— cuando dice que “los Decretos-leyes no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos”, resulta obvia la inconstitucionalidad del Decreto-ley que estamos comentando; el decir que la prisión provisional es una simple medida cautelar no quita para que esa medida cautelar constituya una privación de la libertad individual. No es la vía del Decreto-ley la válida, según los principios constitucionales, para articular “medidas cautelares para el eficaz control y aseguramiento de los delincuentes habituales”, objetivo que tiende a cumplir este Decreto-ley sobre protección de la seguridad ciudadana, según se expresa en su preámbulo, si tales medidas cautelares afectan a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

c) Esta excepción se encuentra recogida en el Proyecto de modificación de los arts. 503, 504 y 505 de la Ley de enjuiciamiento criminal, a que venimos haciendo referencia, dentro del párrafo segundo del artículo 504 que se expresa en los siguientes términos: “Concurriendo las circunstancias primera y tercera (del art. 503), aunque la pena no exceda de arresto mayor, teniendo en cuenta la alarma que haya podido producir el hecho, los antecedentes y circunstancias del inculpado o el fundado temor de que no compa-

rezca al llamamiento de la autoridad judicial, podrá decretarse la prisión, con expresión igualmente de las razones en que se justifique”.

La referencia al “fundado temor” de que el inculgado no comparezca ha sido estudiada con anterioridad (excepción 2<sup>a</sup>), y, en cuanto al último inciso que habla de expresar “las razones en que se justifique”, damos por reproducido lo dicho *supra* en relación con la excepción 1<sup>a</sup>; así pues, pasamos a considerar el resto del precepto, que tiene una cierta similitud terminológica, pero un cambio radical de contenido con respecto a lo que señala el art. 503, 2<sup>a</sup> i.f. de la Ley de enjuiciamiento criminal cuando dice que se podrá decretar la prisión provisional si el juez la considera necesaria atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado, aunque la pena que se fuera a imponer no excediera de prisión menor, hasta que preste la fianza que le señale.

Se pretende consagrar con el Proyecto, siguiendo la misma línea legislativa iniciada en el Real Decreto-ley sobre seguridad ciudadana, la institución de la *prisión provisional* como *regla general*, sin tener en cuenta la pena con que se castigan los hechos delictivos por los que se procede y echando en olvido la sabia invocación del legislador decimonónico a la fianza de libertad provisional.

La justificación de esta involución se recoge en el preámbulo del Proyecto remitido por el Gobierno, cuando dice que la Ley de enjuiciamiento criminal hace de la libertad provisional la regla general, pero “las circunstancias hoy concurrentes de aumento de un cierto tipo de delincuencia, que sin ser de extrema gravedad atenta a la tranquilidad ciudadana... hace aconsejable un mayor rigor en las medidas provisionales que el juez pueda decretar para asegurar la persona del detenido”. Por tanto *de la libertad provisional co-*

*mo regla general, se pretende hacer de la prisión provisional la regla general: esto es particularmente grave porque rompe con los más elementales principios. Ciertamente, según el art. 10, 2. de la Constitución “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”. A tal propósito, el Pacto internacional de 19 de diciembre de 1966, sobre derechos civiles y políticos, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 señala en su art. 9, 3. que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”. Además, la Resolución 11 (65) del Consejo de Europa (al que hoy pertenece España) referente a la prisión provisional recomendaba a los Gobiernos que actuaran de modo que la prisión provisional se inspire en los siguientes principios: a) La prisión provisional no debe ser obligatoria (52). La autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. b) La prisión provisional debe considerarse una medida excepcional. c) La prisión provisional no debe ser ordenada o mantenida sino cuando sea estrictamente necesaria. En ningún caso debe aplicarse con fines punitivos...”*

Pero ciñéndonos ahora al análisis de la justificación empleada en el preámbulo, hay que decir ante todo que “la razón de coyuntura no puede llevarnos a alterar normas jurídicas que han demostrado sobradamente su justeza a través de los tiempos, los regímenes, los Gobiernos y las diversas vicisitudes por las que ha pasado España” (53). Las circunstancias de

---

(52) Cfr. *supra* punto 1. Regla general, en este mismo apartado.

(53) Cfr. Enmienda nº 4 a la totalidad del Proyecto de ley sobre modificación de los artículos 503 y 504 (la modificación del art. 505 se

aumento de un cierto tipo de delincuencia que atenta a la seguridad ciudadana, hay que ponerlas en relación con los fines que persigue la prisión provisional y determinar si realmente concuerdan con ellos o, por el contrario, se le asignan a la prisión provisional funciones a las que no está preordenada.

Ya estudiamos *supra* los fines que positivamente se encomiendan a la prisión provisional en el art. 520, 2. de la Ley de enjuiciamiento criminal: asegurar la persona del inculcado e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa. En el Proyecto, sin embargo, como se reconoce en su preámbulo, se intenta que la prisión provisional cumpla con una función de prevención, inadmisibles cualquiera que sea la extensión que pretenda dársele, porque, o se parte de la presunción de culpabilidad del inculcado, o no se distingue conceptualmente entre el inculcado y el culpable.

A la prisión provisional no puede atribuírsele la función de anticipar la pena, ni desde el prisma sancionatorio propiamente dicho, ni desde el prisma intimidatorio o ejemplar; ello porque sólo partiendo de la presunción de culpabilidad, de que el inculcado sea, sin más, culpable, puede justificarse su reclusión con fines de intimidación o de ejemplo (54).

Tampoco se le puede atribuir a la prisión provisional la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuestión que, a tenor de la redacción dada por el Proyecto al párrafo segundo del art. 504 puede determinar la prisión provisional en todo tipo de delitos. Solamente razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpa-

---

introdujo en la Comisión) de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional, firmada por el Grupo Andalucista.

(54) Cfr. Grevi, ob. cit., pp. 41 y s.

bilidad podría concebirse su encarcelamiento como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito; en cambio, tal concepción resulta insostenible en un sistema procesal basado en la presunción de no culpabilidad (55).

Por las mismas razones no es defendible que la prisión provisional pueda cumplir un fin de prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona que se recluye. La misma terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea, con referencia a la probable comisión de “otros” o “ulteriores” delitos, deja entrever que esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. La privación de la libertad personal se entiende así como un remedio contra la temida peligrosidad del inculcado, pero la valoración de peligrosidad —prescindiendo de los supuestos de condenas precedentes— encuentra su normal fundamento en la hipótesis de que el inculcado sea culpable del delito que se le atribuye (56).

En razón de todas las consideraciones expresadas, hay que poner en relación el Proyecto que comentamos y que modifica los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de enjuiciamiento criminal con otros preceptos de la misma. De un lado, con el art. 520, párrafo segundo, que no se modifica en el Proyecto, y que dispone que la libertad del inculcado “no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa” (57), y aquí no tiene cabida la finalidad de preser-

---

(55) Cfr. Grevi, *oc. cit.*, pp. 42 y ss. En contra, Leone, G., *Manuale di diritto processuale penale*, 10<sup>a</sup> ed., 1978, p. 466, para quien la prisión provisional viene exigida “c. por el peligro de que el inculcado de un delito grave, dejado en libertad, pueda producir alarma social”.

(56) Cfr. Grevi, *ob. cit.*, pp. 45 y ss.

(57) Cfr. *supra*, apartado B), de este epígrafe.

var la tranquilidad ciudadana o calmar la alarma producida por la comisión de un delito. De otro lado, hay que tener muy en cuenta cómo se puede entender la redacción que da el Proyecto a los arts. 503 y 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal, dejando inalterado el contenido del art. 529 del mismo cuerpo legal que sigue fijando como regla general la libertad del inculcado cuando el delito tuviese señalada pena inferior a la de “prisión correccional”; y más incongruente resulta aun la excepción de este precepto a la libertad provisional en relación con el párrafo primero del art. 504 (prisión provisional por incomparencia), que en la nueva redacción según el Proyecto contempla el supuesto contrario (libertad provisional aunque la pena sea más grave a la regla general: arresto mayor) (58).

Finalmente, es necesario precisar acerca de lo que el Proyecto señala con referencia a la pena: “aunque la pena no exceda de arresto mayor”, porque la pena de arresto mayor es la mínima pena de privación de libertad que el Código fija para los delitos. ¿Quiere ello decir que puede decretarse la prisión provisional por delitos castigados con pena no privativa de libertad? (59). Sinceramente consideramos inviable tal solución, por muy regresiva que fuese la interpretación que se hiciera, no sólo porque estaría pugnando con los más elementales principios, sino porque el tenor literal de los párrafos tercero y cuarto del mismo artículo 504 del Proyecto, parecen abonar la solución que se propugna, cuando se regula la duración de la prisión provisional (60). En su virtud, tampoco consi-

(58) Entiéndase que hablamos simplemente de penas, y no de penas que correspondan al delito o a los hechos presuntamente delictivos por los que se procede, por puras razones de economía literaria.

(59) Así debió entenderlo el Grupo Vasco cuando formuló la enmienda.

(60) Cfr. *infra*, epígrafe VI. Duración de la prisión provisional.

deramos que sea lícito, en buena lógica jurídica, computar o tomar en consideración la responsabilidad personal subsidiaria, prevista en el art. 91 del Código penal, por impago de la pena de multa, para decretar la prisión provisional.

### 3. LA PRISION PROVISIONAL EN EL JUICIO DE FALTAS

En lógica coherencia con la regla general que se enunció, la Ley de enjuiciamiento criminal no prevé ni pregula la prisión provisional con referencia a las faltas, habida cuenta además de que la pena de privación de libertad que por estas infracciones penales puede imponerse es la de arresto menor (de un día a un mes de privación de libertad).

En este orden de ideas y dentro del régimen relativo a la *detención*, el art. 495 tras disponer que “no se podrá detener por simples faltas”, continúa diciendo, sin embargo, “a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle”.

Ante la similitud de esta regla sobre detención, con la establecida en el art. 492, 3<sup>a</sup> referida a delitos cuya pena no excediere de prisión menor, se viene aplicando en la práctica, con carácter analógico, el régimen de prisión provisional de los delitos menos graves recogido en la Ley de enjuiciamiento criminal: sólo puede decretarse la prisión provisional hasta que el inculpado preste la fianza que el juez le señale, como se pone de manifiesto en los datos estadísticos que después se expondrán (61).

Sin embargo, aunque la jurisprudencia aplique la analogía en diversos supuestos para el proceso penal

---

(61) Cfr. *infra*, epígrafe IX. La prisión provisional en España: datos estadísticos, puntos 3 y 4 (Cuadros III y IV).

(62), entendemos no tiene aquí cabida cuando, de una parte, se producen limitaciones efectivas en el derecho a la libertad personal del inculpado decretando la prisión provisional (*favor rei, pro reo*) y cuando además, la circunstancia 1ª del art. 503, factor inalterable para decretar la prisión provisional, exige que conste un hecho que presente los caracteres de delito, *jno de falta!*

Las consideraciones que hemos hechos son trasladables en toda su extensión a la redacción propuesta por el Proyecto de modificación en materia de prisión provisional, a pesar incluso de ese inciso del párrafo segundo del art. 504 “aunque la pena no exceda de arresto mayor”, porque allí se sigue haciendo referencia a la circunstancia primera del art. 503, que no ha variado en su redacción y exige que conste un hecho que presente los caracteres de *delito*.

#### D) LAS CLASES DE PRISION PROVISIONAL

Aparecen establecidas en la Ley de enjuiciamiento criminal tres modalidades de cumplimiento de la prisión provisional; a saber: la prisión provisional comunicada, la prisión provisional incomunicada y la prisión provisional atenuada, que de forma sucinta pasamos a considerar.

##### 1. PRISION PROVISIONAL COMUNICADA

Constituye éste el modo normal de acordar el cumplimiento de la prisión provisional. Esta modalidad se rige por lo dispuesto en el capítulo IV del título VI del libro II de la Ley de enjuiciamiento criminal “Del tratamiento de los detenidos y presos” (arts. 520 y

---

(62) Cfr. Gómez Orbaneja, en Gómez Orbaneja-Herce Quemada, *Derecho procesal penal*, cit., p. 26.

ss.) y por la legislación penitenciaria; dada la índole de este trabajo, hemos de decir que la prisión comunicada no presenta particularidades dignas de especial realce.

## 2. PRISION PROVISIONAL INCOMUNIDADA

“Por incomunicación debe entenderse, en el decir de Serra, el más completo aislamiento entre el detenido y el mundo exterior (63). Comprende no tan sólo la privación del contacto directo o físico con terceras personas, distintas del personal jurisdiccional y subalterno, sino además la supresión de todo contacto indirecto, como cartas y recados. Se pueden distinguir dos aspectos: activamente, no puede visitar ni puede escribir; pasivamente, no puede recibir visitas ni cartas. La incomunicación pasiva es debida a la necesidad de impedir que el detenido, informado de la marcha de la investigación judicial, prepare su declaración adaptándola al resultado de las investigaciones sumariales” (64).

---

(63) En contra cfr. Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., 1978, p. 265, para quienes la incomunicación no tiene el sentido de un apartamiento absoluto del mundo exterior, ya que se le permite al incomunicado recibir libros y “efectos” si no ofrecieran inconveniente a juicio del juez.

(64) Serra, *Incomunicación de detenidos*, en Nueva enciclopedia jurídica, tomo XII, Barcelona, 1965, p. 159. Sobre el tema cfr. también Bueno Arús, *El derecho de comunicación de los detenidos y presos*, en Revista de Derecho procesal, publicación iberoamericana y filipina, 2ª época, 1963, pp. 337 y ss. Cuando en la nueva redacción del art. 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal se dispone que el detenido o preso, “tanto si hubiera prestado declaración como si se hubiera negado a declarar, podrá entrevistarse después personalmente con el abogado, siempre que lo desee”, nótese que en el último párrafo de este artículo se preceptúa que “lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo III del título VI, del libro segundo de la presente ley”: arts. 502 y ss. y, entre ellos, los arts. 506 y ss., relativos a la incomunicación.

El principal problema que la incomunicación de los presos plantea se refiere a su duración en lógica consonancia con la función que dicha incomunicación persigue. Así lo entiende la Ley de enjuiciamiento criminal cuando dice que “la incomunicación de los detenidos o presos sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, sin que por regla general deba durar más de cinco días” (art. 506). De otra parte, el juez o tribunal podrá, bajo su responsabilidad, mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso por una sola vez, si la causa ofrece méritos para ello; pero la segunda incomunicación no excederá nunca de tres días (art. 508), salvo que las citas hubieren de evacuarse fuera de la Península o a larga distancia, en cuyo caso la incomunicación podrá durar el tiempo prudencialmente preciso para evitar la confabulación” (65).

Sin embargo, la excepcionalidad con que el legislador contempla la incomunicación y los límites y estrictas normas que en el tema se establecen en la Ley de enjuiciamiento criminal, aparecen contradichas en el último párrafo del art. 2 de la Ley de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados (Ley 56/1978, de 4 de diciembre) que dispone que “la autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumaria, sin perjuicio del derecho de defensa que asiste al detenido o preso”. No imaginamos cómo puede el de-

(65) Como dice Fairén, ob. cit., p. 764, “esta ‘incomunicación’ tiene su clara motivación en el deseo de evitar que, a través del mismo régimen de ‘comunicación’ carcelaria (visitas, correspondencia, etc.), el preso provisional, pueda obstaculizar el curso del proceso o confabularse con otras personas en el exterior de la prisión”.

tenido o preso en situación de incomunicación ejercitar el derecho de defensa, teniendo en cuenta en qué consiste la incomunicación, y si se trata de la defensa por sí mismo, de la autodefensa, tales manifestaciones constituyen en nuestro ordenamiento procesal penal supuestos residuales (66).

### 3. PRISION ATENUADA

En el articulado de la Ley de enjuiciamiento criminal no aparece la atenuación de la prisión provisional. Fue la Ley de 10 de septiembre de 1931 la que incorporó dos preceptos del entonces vigente Código de justicia militar a la Ley procesal penal, pero con la inusual característica de no asignarles numeración ni incorporarlos a ningún precepto concreto de la Ley de enjuiciamiento criminal (67).

Esta Ley (68), muy breve, dispone en su artículo único: "El artículo 472 del Código de justicia militar se incorporará a la Ley de enjuiciamiento criminal ordinario, con la siguiente redacción: 'Cuando a juicio del instructor deban atenuarse las condiciones de la prisión preventiva, acordarán su atenuación'. El artículo 473 del Código de justicia militar se incorporará asimismo a la Ley Civil, con la siguiente redacción:

---

(66) Sobre el derecho de defensa y las manifestaciones autodefensivas, cfr. Moreno Catena, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, 1980 (en prensa), sección II, capítulo IV (El derecho de defensa y el secreto del defensor).

(67) Fairén, ob. cit., p. 765 nos dice que estos dos preceptos del Código de justicia militar se incorporaron en un párrafo al art. 504, sin duda al haber manejado una edición no oficial de la Ley de enjuiciamiento criminal. Lo mismo apuntan Fernández Boixader, *El abogado ante el sumario*, Madrid, 1964, p. 367, y más recientemente Mattes ob. cit., p. 38.

(68) Fue publicada en la Gaceta de Madrid de 11 de septiembre de 1931, de donde se toma literalmente su contenido.

‘La atenuación de la prisión preventiva consistirá: en el arresto, en el propio domicilio, con la vigilancia que se considere necesaria. En la posibilidad de que los sujetos a prisión preventiva atenuada salgan de su domicilio durante las horas necesarias para la prestación de sus servicios o ejercicio de su profesión, siempre con la vigilancia que se estime necesaria para los fines de seguridad del encartado’ ”.

En el Proyecto de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional a que tantas veces nos hemos referido, se introduce como segundo párrafo del art. 505, aceptando una enmienda del Grupo Comunista (la núm. 12) ( y ésta es la única modificación que sufre este artículo), que “los jueces podrán acordar la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculcado el internamiento entrañe grave peligro para su salud”.

Esta norma se nos antoja reiterativa del contenido de la Ley de 10 de septiembre de 1931, ya que lo único que hace es facultar al juez para decretar la prisión atenuada en caso de enfermedad, que equivale al art. 472 del Código de justicia militar incorporado a la ley procesal penal ordinaria. Siendo así que lo dispuesto en la ley republicana no está incorporado a ningún artículo de la de enjuiciamiento criminal (tampoco al art. 504, como algunos han pensado), la regulación subsiste íntegramente y lo lógico hubiera sido introducirla, ya es tiempo, en algún precepto de la Ley de enjuiciamiento criminal.

#### *E) LOS REQUISITOS FORMALES DE LA PRISION PROVISIONAL*

Sólo podrá decretar la prisión provisional durante el sumario, según dispone el art. 502 de la Ley de en-

juiciamiento criminal, “el juez de instrucción (69) o el que forme las primeras diligencias (70), o el que en virtud de comisión (71) o interinamente (72) ejerza las funciones de aquél”. En casos de urgencia, según establece el art. 5, 3º del Real Decreto de 11 de noviembre de 1977, los Jueces Decanos han de resolver sobre la libertad o prisión de las personas sujetas a actuaciones de carácter criminal, cuando la competencia no esté atribuida aun a otro juzgado. En el juicio oral, incluso pendiente el recurso de casación, la Audiencia respectiva (73) es el órgano competente para decretar

---

(69) O bien, juez Central de Instrucción, creados en número de tres por el Real Decreto-ley de 4 de enero de 1977, de creación de la Audiencia Nacional, y que instruyen los sumarios que este órgano decide en juicio oral.

(70) Juez de distrito, *ex arts.* 307 y 308 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que sigue hablando de jueces municipales. Téngase presente que el Cuerpo de jueces de distrito fue creado por el Real Decreto de 29 de julio de 1977, agrupando los antiguos jueces municipales y los posteriormente creados jueces comarcales, desarrollando una Base de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia, de 24 de noviembre de 1974, que fue, posteriormente derogada.

(71) Juez comisionado o juez especial. Al respecto *cfr.* arts. 303, 304 y 305 de la Ley de enjuiciamiento criminal, teniendo presente las competencias que le fueron atribuidas en el Real Decreto-ley de su creación a la Audiencia Nacional, para el conocimiento, entre otros, de los delitos cometidos en más de una provincia, y, por tanto, competencia de más de una Audiencia provincial, entre otros; en tales casos, los órganos encargados de la instrucción del sumario son los jueces centrales de instrucción.

(72) Los jueces de distrito, por delegación: art. 310 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

(73) Téngase en cuenta que *normalmente* conoce en primera y única instancia la Audiencia provincial, o la Audiencia Nacional —en los casos que se le han atribuido—, pero en determinados supuestos la competencia penal se atribuye a las Audiencias Territoriales e incluso al Tribunal Supremo (*vgr.* las causas contra Diputados y Senadores, o contra el Presidente y los demás miembros del Gobierno, *ex arts.* 71, 3. y 102, 1. de la Constitución). Los procesos penales fallados por los jueces de instrucción (procedimiento de urgencia) no son susceptibles de recurso de casación.

la prisión provisional (art. 861, bis a), párrafo tercero). En suma, sólo puede decretar la prisión provisional un *órgano jurisdiccional*, a diferencia de lo que acontece en los supuestos de detención; es por tanto, un típico acto que emana únicamente del poder judicial, y sólo a él está atribuido en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La prisión provisional ha de decretarse mediante *auto*, resolución fundada fáctica (resultandos) y jurídicamente (considerandos). A este respecto, la Real Orden de 13 de marzo de 1895 declaró que no se tolera “el uso por los jueces instructores, ni por las Audiencias de fórmulas estampadas que sustituyan el razonamiento peculiar inexcusable en cada caso”. De otra parte, en la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1901, se dice que el Ministerio Fiscal debe exigir del juez instructor que en los autos de prisión haga constar el cargo esencial y los principales motivos de la resolución que priva de libertad al procesado.

Contra esta resolución cabe interponer *recurso* de reforma y posterior apelación en un solo efecto para ante la Audiencia respectiva (arts. 501, 518, 217, 220 párrafo segundo, 222, y 787, 791, regla cuarta, párrafo último, para los procedimientos de urgencia, y demás concordantes, de la Ley de enjuiciamiento criminal) (74).

---

(74) Art. 217: “El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del juez de instrucción. El de apelación podrá interponerse únicamente en los casos determinados en la ley, y se admitirá en ambos efectos tan sólo cuando la misma lo disponga expresamente”.

Art. 220, párrafo segundo: “Será Tribunal competente para conocer el recurso de apelación aquél a quien correspondiese el conocimiento de la causa en juicio oral”.

Art. 222: “El recurso de apelación no podrá interponerse sino después de haberse ejercitado el de reforma; pero podrán interponerse am-

Para llevar a efecto el auto en que se decreta la prisión, se exige la expedición de un *doble mandamiento*: uno cometido al funcionario que haya de ejecutarlo y otro al Director del establecimiento penitenciario a donde será conducido el sujeto a prisión (art. 505).

El auto de prisión “*se ratificará* en todo caso o se repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión”, según la norma general del art. 516 de la Ley de enjuiciamiento criminal, procedente de las Constituciones de 1869 (art. 4) y de la entonces vigente de 1876 (art. 5).

La necesidad de ratificación del auto de prisión ha concitado una franca división entre la doctrina española. Fairén (75) señala que “si conectamos esta norma con la del art. 528 según la cual, la ‘prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado’, la finalidad del art. 516 aparece clara; se trata de imponer al juez que dictó un auto de prisión, que siga trabajando en la instrucción, que siga

---

bos en un mismo escrito, en cuyo caso el de apelación se propondrá subsidiariamente, por si fuere desestimado el de reforma”.

Art. 501: “El auto elevando la detención a prisión... se notificará... al procesado, al cual se le hará saber asimismo el derecho que le asiste para pedir la palabra o por escrito la reposición del auto, consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciere”.

Art. 518: “Los autos en que se decreta o deniegue la prisión o ex-carcelación serán apelables sólo en el efecto devolutivo”.

Art. 787: “Contra los autos del juez de instrucción que no están exceptuados de recurso podrá ejercitarse el de reforma, y si no fuere estimado, el de queja. El de apelación únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados en esta Ley”.

Art. 791, regla cuarta, último párrafo: “Los pronunciamientos relativos a medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el auto de prisión”. (Este precepto se inserta en el capítulo correspondiente al “procedimiento para delitos cuyo fallo compete a los juzgados de instrucción”).

(75) Fairén, ob. cit., p. 763.

investigando, por ver si en esas setenta y dos horas, halla algún motivo que le aconseje la puesta en libertad del preso” (76). Por su parte Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes llegan más lejos, al considerar (77) que la no ratificación del auto de prisión provisional supone que es un auto “de soltura” y en apoyo de su tesis, que da ciertamente nuevos perfiles al problema y permite una mayor coherencia con los principios informadores del enjuiciamiento criminal español, aducen que el criterio de la Ley es el *favor libertatis* y desde esa perspectiva cobra significación la imposición al juez de mantener la prisión provisional o revocarla en setenta y dos horas (78).

Contra el auto de ratificación del de prisión y contra el que acuerde la puesta en libertad cabe interponer recurso de apelación.

La Ley de 8 de abril de 1967, reformando la vieja Ley de enjuiciamiento criminal en orden a la regulación del procedimiento de urgencia, ha previsto de forma “inexplicable” para Fairén (79) que “los autos de prisión que se dicten en estas causas no precisarán de ratificación” (art. 785, regla octava, a), inciso final

---

(76) Soto Nieto, ob. cit., p. 600 dice que “viene a ser esta ratificación obligada del auto de prisión, una especie de recurso de reforma o reposición, que se entiende planteado o interpuesto por ministerio de la Ley”.

(77) Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes, ob. cit., p. 266.

(78) Decidido partidario de la vigencia y de la necesidad de la ratificación era también Aguilera de Paz, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, tomo IV, 2ª ed., 1924, pp. 230 y ss. En contra cfr., entre otros, Herce Quemada, en Gómez Orbaneja-Herce Quemada, *De-recho...*, cit., p. 196, que considera la ratificación supérflua; o Saez Jiménez, *Comentarios prácticos a la L.E. Crim. referidos a la Ley de urgencia*, Madrid, 1962, p. 153. Téngase presente que la falta de ratificación dentro de las setenta y dos horas del auto de prisión era sancionada en el Código penal de 1870 (art. 214, 2.), y que desaparece este tipo delictivo a partir del Código penal de 1932.

(79) Fairén, ob. cit., p. 763.

del párrafo primero). Esta disposición ha sido ampliada aun por el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, a los procesos seguidos por un considerable número de delitos (80), a cuyo enjuiciamiento serán de aplicación en todo caso, como dispone el art. 3, las normas establecidas en el título III del libro IV de la Ley de enjuiciamiento criminal (entre las que se encuentra la referida).

Pero este Real Decreto-ley también altera el régimen de los recursos de una forma que hay que calificar, cuando menos, de extraña. Desde luego, el articulado del mismo no hace bueno lo que proclama en el preámbulo, al decir que todas las normas cuentan con precedentes y que lo único que se hace es precisar el alcance de las ya vigentes. Por de pronto, y en relación con el enjuiciamiento de los delitos a que se refiere (cuantitativamente los más importantes, al menos en cuanto a números de presos provisionales) (81), el art. 6 dispone que contra los autos y providencias que dicten los jueces de instrucción o centrales “no procederá recurso alguno, salvo el de apelación directamente y en un sólo efecto, en los casos específicamente previstos en la Ley de enjuiciamiento criminal y contra las resoluciones que acordaran la libertad condicional, que deberá ser interpuesto en el plazo de veinticuatro horas”. Lógicamente, todo el

---

(80) El art. 3 enumera las siguientes: “1. Todos los cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos. 2. Los previstos en los artículos primero y segundo del presente Real Decreto-ley. 3. Los comprendidos en el art. 500 del Código penal. 4. Los comprendidos en el art. 516 bis del Código penal. 5. Los comprendidos en los dos últimos párrafos del art. 496 y en el 496 bis del Código penal. 6. Los previstos en el art. 481 bis del Código penal”.

(81) Véase, *infra*, epígrafe IX. La prisión provisional en España: datos estadísticos, punto 5.

sistema de recursos tanto en el proceso ordinario por delitos, como en los procedimientos de urgencia resulta derogados en esta normativa (82).

Mas no queda ahí el artículo, sino que en su segundo párrafo establece que “no se llevará a cabo la excarcelación de los presos o detenidos cuya libertad se hubiese acordado, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio fiscal y se trate de los delitos previstos en el núm. uno del artículo tercero (todos los cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados o sus conexos)”. Es decir, que cuando el Ministerio fiscal recurra contra el auto en que se acuerde la libertad (en un plazo de veinticuatro horas), la apelación se admite en ambos efectos: devolutivo, por supuesto, y *suspensivo*, ya que admitirla en un solo efecto, el devolutivo, implicaría la inmediata puesta en libertad del preso. Esta fórmula, que no cuenta con precedentes en el enjuiciamiento criminal español, deja en manos de un recurrente, el Ministerio fiscal, y no del juez los efectos del recurso y, consiguientemente, el sometimiento a prisión provisional de una persona, hasta que la apelación se decida, lo que normalmente no sucede de inmediato.

#### IV. EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO EN LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

La Ley de Peligrosidad social, siguiendo en esto muy de cerca a la Ley de enjuiciamiento criminal, prevé la adopción de medidas cautelares en relación al presunto peligroso, que, conforme a dicha Ley, puede ser, y así es frecuentemente, un sujeto que aun

---

(82) Cfr. *supra*, nota 54.

no ha cometido delito alguno. Estas medidas cautelares son las citadas en el art. 19 de dicha Ley:

1ª. La detención, si no pudiera ser citado o careciera de domicilio (el presunto peligroso).

2ª. El internamiento preventivo, cuando existieren indicios de peligrosidad o las circunstancias lo hiciesen necesario.

Varias objeciones ha formulado la doctrina contra este precepto y concretamente contra la medida de internamiento preventivo. Para Fairén Guillén es muy peligroso que sólo indicios de peligrosidad puedan servir de fundamento a esta medida (83). Para Gutiérrez de Cabiedes supone “una derogación injustificada del principio general, mantenido en el art. 516 de la Ley de enjuiciamiento criminal de la obligatoriedad de la ratificación o la reposición de oficio del auto de prisión”, el que el art. 19, 4º disponga que el auto por el que se adopten medidas cautelares no necesita ser ratificado y contra él procederá el recurso de reforma (84).

Pero las principales críticas se formulan contra el párrafo último de dicho precepto que dice que “el internamiento se realizará, en cuanto sea posible, en los establecimientos que correspondan al supuesto de peligrosidad por el que se siga el expediente”. En efecto, la inexistencia de dichos establecimientos (actualmente sólo existen dos establecimientos preventivos a tales efectos: Figueras y Jerez de la Frontera) determina la aplicación del artículo 20 del Reglamento de la Ley de Peligrosidad que dice que “donde no existan

---

(83) Cfr. Fairén Guillén, *Problemas del proceso de peligrosidad sin delito*, Madrid, 1972, p. 194.

(84) Gutiérrez de Cabiedes, *Principios procesales de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social y de su Reglamento*, en *Temas Penales*, Santiago de Compostela, 1973, p. 155.

Centros especiales preventivos de peligrosidad social o establecimientos de cumplimiento adecuados al sujeto, las medidas cautelares de detención o internamiento preventivo podrán llevarse a efecto en los establecimientos ordinarios disponibles, bajo el régimen de absoluta separación de los demás internos y solamente por el tiempo mínimo indispensable para proveer, en cuanto no se perjudique al procedimiento, al traslado del sujeto al establecimiento más adecuado o a la sustitución de la medida cautelar por otra no privativa de libertad”.

A la vista de este precepto y de la falta de tales establecimientos especiales, de nada sirven las previsiones del art. 22 del Reglamento en orden al régimen a seguir en los Centros preventivos, ya que, aunque dicho artículo acentúe el carácter excepcional, cautelar y asistencial de la medida, ésta en la práctica funciona como auténtica prisión provisional, al cumplirse en el establecimiento penitenciario común (85).

#### V. LA SITUACION DE LOS PREVENTIVOS EN LA LEY GENERAL PENITENCIARIA

La Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 procura, en todo instante, tratar diferencialmente a los detenidos y presos de los ya penados. Ya desde el art. 1, en el que se asigna como fin primordial a las Instituciones penitenciarias “la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad”, se matiza respecto a los detenidos y presos, con relación a los

---

(85) Cfr. Jorge Barreiro, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 283. Cfr., en general, sobre el tema, Mattes, *La prisión preventiva...*, cit., p. 80.

cuales, a diferencia de lo que sucede con los penados, las Instituciones penitenciarias sólo tienen por objeto su “retención y custodia”. En consecuencia, el art. 5 de la misma Ley dice expresamente que “el régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de la inocencia presidirá el régimen penitenciario”.

También en relación con los establecimientos se separan los preventivos de los de cumplimiento y especiales (art. 7), aunque en estos últimos también puedan ser incluidos, excepcionalmente, tal como dispone el art. 10, 2º, los internos preventivos calificados de peligrosidad extrema e inadaptados a los establecimientos preventivos (86). En todo caso, el art. 16 garantiza la separación de los detenidos y presos, de los condenados, las mujeres de los hombres, los jóvenes de los adultos.

A diferencia de lo que sucede con los penados, los sometidos a prisión preventiva no tienen obligación de trabajar, aunque, como todo interno, deberá contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento (art. 29, 2º). Los permisos de salida, en caso de fallecimiento o enfermedad grave de parientes y allegados y por otros motivos igualmente importantes o comprobados, pueden ser concedidos a los internos preventivos, pero, como exige el art. 48, es preceptiva, en cada caso, la aprobación de la autoridad judicial correspondiente. Finalmente, en relación con el

---

(86) Las críticas que ya de por sí merecen estos establecimientos especiales, como eufemísticamente llama la Ley a lo que tradicionalmente son “prisiones de máxima seguridad”, son mucho más pertinentes cuando se interna en ellos a los preventivos, ya que el aislamiento y el mayor control y vigilancia de los internos preventivos que estos establecimientos suponen, exceden de las simples finalidades cautelares de la prisión preventiva.

tratamiento, puesto que éste sólo puede recaer sobre el ya condenado, el art. 64 dice que “la observación de los preventivos se limitará a recoger la mayor información posible sobre cada uno de ellos... en cuanto sea compatible con la presunción de inocencia” (87).

En todos los demás casos el régimen penitenciario de los preventivos es prácticamente igual que el de los ya condenados y, aunque la Ley General Penitenciaria se esfuerza por indicar el carácter provisional y puramente cautelar de la prisión preventiva desde el punto de vista penitenciario, de hecho la situación de los preventivos en el establecimiento no suele diferenciarse mucho de la de los ya sentenciados. Esto, como después veremos, no es una crítica a la Ley General Penitenciaria en este punto, sino un defecto inherente a la propia institución de la prisión provisional que, además, constituye el principal obstáculo para que los Establecimientos penitenciarios cumplan el fin primordial de reeducación y reinserción social que legalmente tienen asignado (88).

## VI. LA DURACION DE LA PRISION PROVISIONAL

Salvo la previsión constitucional en este punto: “por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional” (art. 17, 4. i.f.) que precisa de desarrollo legislativo y que examinaremos después, nuestra vigente Ley de enjuiciamiento criminal no contiene a este respecto más que una norma que nada

---

(87) Para un comentario a estos preceptos cfr. García Valdés, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, pp.

(88) Cfr. *infra*. Sobre las diferencias a nivel penitenciario entre presos preventivos y condenados cfr., en relación con el Derecho alemán Kaiser-Kerner-Schöch, *Strafvollzug*, 2ª ed., Karlsruhe, 1977, p. 78.

concreta: “La prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado. Todas las autoridades que intervengan en un proceso estarán obligados a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisionales de los inculcados y procesados” (art. 528, párrafos primero y tercero).

No existe, pues, un límite máximo en relación al tiempo que puede mantenerse a una persona en situación de preso provisional, lo que implica la posibilidad de que esta situación subsista mientras dure el proceso penal en que se acuerda —y en muchos casos así sucede— y hasta tanto la sentencia adquiera firmeza o, sin ser firme, sea absolutoria y quepa contra ella recurso de casación (cfr. arg. art. 983, en relación con el art. 861 bis, a) (89).

Claro es también que tan pronto como dejen de existir las causas por las que se decretó la prisión provisional, se habrá de acordar la libertad del sometido a prisión. Tan pronto como se ponga de manifiesto que los hechos por los que se procede no son constitutivos de delito; o que tienen asignada una sanción penal inferior a la que fija la Ley para que proceda la prisión provisional; o, finalmente, cuando se desvanezcan los “motivos bastantes” para creer responsable de esos hechos presuntamente delictivos a la persona sujeta a tal medida cautelar (cuando resulte su inocencia, dice la Ley), será puesto en libertad en cualquier estado de la causa (art. 528, párrafo segundo). Las resoluciones

---

(89) El art. 983 de la Ley de enjuiciamiento criminal dispone: “Todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente, a menos que el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado”. Pero el art. 861 bis a), introducido por la Ley de 16 de julio de 1949, dispone en el último párrafo que “si la sentencia recurrida (en casación) fuere absolutoria y el reo estuviere preso, será puesto en libertad”.

de libertad y prisión provisionales serán, por su parte, reformables de oficio o a instancia de parte durante todo el procedimiento. “En su consecuencia, el procesado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente” (art. 539).

Pero esta regulación es a todas luces insuficiente y provoca no pocas injusticias, por cuanto permite que en algunos casos la prisión provisional dure más tiempo que la pena de privación de libertad a que se condene en definitiva al preso provisional (90). A ello se une la llamada “degeneración continental” de la prisión provisional, en expresión de Ancel (91), que obliga, ya en 1883 a que se diga en la Exposición del Fiscal del Tribunal Supremo núm. 26 que “... y no siendo la pena de que se trata superior a la de prisión correccional, hay que convenir en que no procede la prisión provisional, con tanto más motivo cuanto que dicha medida, que sólo tiene por fundamento una necesidad, debe economizarse, entendiéndose de una manera restrictiva las disposiciones legales que la autorizan”. En 1901 de nuevo la Fiscalía del Tribunal Supremo advierte a los Fiscales en su Circular de 4 de mayo de 1901 que “deben exigir del juez instructor que en los autos de procesamiento y de prisión haga constar el cargo esencial y los principales motivos de la resolución que priva de libertad al procesado” (92).

(90) Fernández Boixader, ob. cit., p. 361 nos dice que ha actuado en causas “en las que los procesados, acusados de delitos menos graves, han permanecido en encarcelación preventiva varios años —cinco, a veces seis— y sobre ellos han recaído después sentencias condenándoles a penas muy inferiores al tiempo de privación de libertad preventiva sufrida”.

(91) Ancel, *L'organisation du procès pénal en France*, en Riv. it. dir. e proc. pen., 1965, p. 12.

(92) Ambas disposiciones aparecen recogidas en Fernández Boixader, ob. cit., pp. 364-365. Dice este autor (p. 363) que “a la ley le repugna sin duda la idea de la custodia preventiva; así, la mayor parte de sus disposiciones tienden, aunque sólo sea tímidamente, si no a suprimir

Esta situación da lugar a que el Ministerio de Justicia publique la Real Orden Circular de 26 de marzo de 1916 sobre restricción de la prisión provisional, alarmado quizás por su general imposición. Se indica en ella la conveniencia de que inspirándose en el verdadero propósito de la ley, los jueces de instrucción restrinjan, a aquellos casos que sean absolutamente indispensables, la prisión provisional (punto 1º); que se procure que “en la tramitación y despacho de las causas en que haya presos se proceda con la más extraordinaria rapidez, no consintiendo que en ningún caso se excedan los plazos que para cada trámite marca la ley, cuidando de que en las carpetas de esos procesos se coloque un distintivo que en forma ostensible denote que hay presos en los mismos” (punto 2º); y finalmente que se envíe trimestralmente al Ministerio “un estado de las causas que tienen preso” (punto 3º). Estas mismas directrices vuelven a recordarse una vez más por el Ministerio fiscal, en 1933 (93).

Tal estado de cosas estaba demandando una solución legislativa más satisfactoria, dado que la aplicación práctica de la Ley de enjuiciamiento por los ór-

---

este régimen procesal, sí a dulcificar, a atenuar, su aplicación; sin embargo, hay una tendencia que señala una tónica imperante en Juzgados y Tribunales, dirigida a usar excesivamente, y a veces poco justificada, de esta facultad en su aspecto discrecional, decretando o manteniendo prisiones que son, a todas luces, unas veces innecesarias y otras de un rigor extremado”.

(93) En orden a la rapidez de los procesos en que el inculcado esté sometido a prisión provisional existen en la Ley de enjuiciamiento criminal dos artículos, relativos al recurso de casación, que cabe reproducir aquí. El art. 877, párrafo segundo, dispone que “se establecerá, además de la general, una numeración separada para los recursos interpuestos contra las resoluciones dimanantes de causas en que los condenados se hallen en prisión...”; por su parte y con referencia a la decisión del recurso, el art. 895 determina que “la Sala mandará traer a la vista los recursos por el orden de su admisión, estableciendo turnos especiales de preferencia para los comprendidos en el art. 877”.

ganos jurisdiccionales no daba el resultado que cabía esperar, como lo demuestran las disposiciones e indicaciones que se acaban de exponer. Por ello, un sector de la doctrina española (94) venía considerando que la prisión provisional debe cesar, desde luego y cuando menos, en aquellos casos en que la reclusión provisional sufrida excediera del tiempo máximo de privación de libertad que en la sentencia de condena pudiera imponerse al sometido a dicha medida cautelar, solución que encuentra reflejo en el Código de Justicia militar (95).

En este orden de consideraciones y con un talante más liberal a pesar del régimen autoritario imperante entonces en España, el Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal, de junio de 1967 (96) redactaba su Base 38, 6<sup>a</sup>, párrafo segundo, inspirándose en los principios y reglas de los Acuerdos y Resoluciones internacionales sobre derechos humanos (97), en estos términos: “El período durante el cual el sospechoso o acusado podrá ser mantenido en prisión preventiva no excederá en ningún caso de la duración mínima de la pena de prisión señalada por la ley para la infracción de la cual se le acusa” (98).

---

(94) Cfr. Aguilera de Paz, ob. y vol. cit. p. 190; Soto Nieto, ob. cit., p. 582.

(95) El art. 691 de este texto legal dispone que el preso preventivo tendrá que ser puesto en libertad provisional cuando su prisión alcance una duración que sea igual o sobrepase la pena que acaso pudiera corresponderle.

(96) Cfr. *Cuadernos informativos*, de la Secretaría General técnica del Ministerio de Justicia, n<sup>o</sup> 4. El Anteproyecto se redactó por la Ponencia correspondiente de la Sección 3<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación.

(97) Especialmente, en este caso concreto, en la Resolución 11 (65) del Consejo de Europa —al que entonces, lógicamente, no pertenecía España— sobre prisión provisional.

(98) Fundadas críticas al Anteproyecto pueden verse en Fairén, *El “Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal” de 1967*, y en

Como respuesta a esta concreta e importante problemática de la prisión provisional, la propia Constitución recoge en su articulado una norma que dispone: “por la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional” (art. 17, 4. *in fine*), único reflejo constitucional de este instituto.

Esta previsión constitucional puede interpretarse de dos formas:

1. Como lo hace ahora el Gobierno y ha aprobado el Pleno del Congreso de los Diputados: estableciendo unos límites temporales *en relación con la pena* de privación de libertad a que presuntamente pueda condenarse al que va a ser objeto de esta medida (como también hacía el Anteproyecto de 1967 a que acabamos de aludir). El artículo 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal, en sus párrafos tercero y cuarto, aparece redactado en el Proyecto de modificación de dicha Ley en materia de prisión provisional, y según el dictamen del Pleno del Congreso de los Diputados, en los siguientes términos: “En ningún caso la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito imputado. A estos efectos se entenderá como pena la que en razón de las posibles circunstancias modificativas pueda corresponder al inculpado. No existiendo éstas a juicio de la autoridad judicial, se computará como tiempo el que corresponda al grado medio” (99).

2. Pero también puede interpretarse, y así parece deducirse del vocablo empleado en la Constitución

---

*El “encausado” en el proceso penal español*, ambos trabajos en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Madrid, 1969, pp. 1143 y ss. y 1249 y ss.

(99) Nótese cómo esta solución —mitad del grado medio— puede resultar más perjudicial para el preso preventivo que la sugerida en el Anteproyecto de 1967 —mínimo de la pena—, en las penas de privación de libertad de corta duración: arresto mayor o prisión menor.

—*plazo*—, que lo que constitucionalmente se dispone es el establecimiento de un *lapso de tiempo*, más o menos dilatado a juicio del legislador ordinario, del que no pueda exceder en ningún caso la prisión provisional, solución adoptada, por ejemplo, en Italia.

Sin embargo, esta solución, por la amplitud que a tal plazo se habría de dar en lógica consecuencia de su vigencia general, resulte quizás menos oportuna que la pretendida en el Proyecto español. Aplicada con buen criterio por los órganos jurisdiccionales y teniendo muy en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad que puedan concurrir en cada caso, sería la propugnada una regla ciertamente *útil* para el cumplimiento del mandato constitucional (100). Porque en el sistema vigente cabe decir, con Pisapia, que el hecho de que se dé la paradoja de que el día de la condena resulte el día de la liberación, no honra ni al legislador ni al juez; pero un sistema procesal en el que se dé el absurdo de un inculpado absuelto que haya sufrido una injusta prisión provisional, sería, además de injusto, incivil. El hecho de que la prisión provisional se resuelva prácticamente en una anticipación de la pena constituye uno de los enigmas más desconcertantes de nuestro sistema procesal penal y de la justicia humana en general. Con razón advertía S. Agustín que “los hombres torturan para saber si se debe torturar” (101).

#### VII. LA INDEMNIZACION POR ERROR JUDICIAL EN MATERIA DE PRISION PROVISIONAL

En la legislación ordinaria no existe precepto alguno que prevea la concesión de una indemnización por

(100) Sobre la duración de la prisión provisional en lo que hace a datos estadísticos, cfr. *infra*, epígrafe IX. La prisión provisional en España: datos estadísticos, punto 6.

(101) Cfr. Pisapia, ob. cit., pp. 235-236.

los daños sufridos como consecuencia de la privación de libertad que la prisión provisional supone, en favor de quien en la sentencia definitiva sea declarado ino- cente. Sólo respecto de las sentencias firmes de con- dena, de la pena por tanto, se dispone en la Ley de enjuiciamiento criminal que “cuando en virtud de re- curso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los in- teresados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiera lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el juez o tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona di- rectamente declarada responsable o sus herederos” (art. 960, párrafo segundo).

El art. 121 de la Constitución española de 1978, establece sin embargo: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del fun- cionamiento anormal de la Administración de Justi- cia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”. Sin duda este precepto constitucional aborda el problema de error judicial, inusual dentro de las Constituciones extranjeras (102), precisamente ante la absoluta falta de regulación en la legislación ordinaria. Como dice Almagro “es éste uno de los preceptos más innovadores y llamado a tener más trascendencia práctica” de la Constitu- ción (103).

Pero esta norma constitucional precisa para ser

---

(102) Cfr. Alzaga, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, 1978, p. 730.

(103) Almagro, *El derecho procesal en la nueva Constitución*, en Revista de Derecho procesal iberoamericano, 1978, p. 878; sobre la res- ponsabilidad civil por errores judiciales cfr. el mismo, *Problemática del recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados*, en la misma Revista, 1971, esp. p. 346.

operativa y como en la propia norma se expresa, el oportuno desarrollo legislativo. El legislador ordinario cuando, llegado el momento, corresponda abordar la regulación positiva del art. 121 de la Constitución y llenar de contenido la declaración del texto constitucional se deberá sin duda plantear multitud de problemas y habrá de dar concretas soluciones. Tendrá, de una parte, que fijar los criterios de valoración de la indemnización debida por el Estado como responsable directo por los errores judiciales, problema ciertamente complejo; deberá establecer la procedencia o improcedencia de dicha indemnización en asuntos no penales; habrá de concretar excepciones cuando concurren ciertas circunstancias, como cuando la víctima del error sea, con su propia conducta, la causante del mismo, expresada en el Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal, de 1967 (104); etc.

A propósito del error judicial en relación a la prisión provisional, entendemos que no cabe duda que en los supuestos de prisión provisional decretada contra el que resulte absuelto en la sentencia definitiva existe error judicial y, según el texto constitucional, ello da derecho a este inocente a exigir una indemnización a cargo del Estado (105). Cabe sin embargo plantear otros muchos supuestos: en primer lugar, cuando se dicte auto de sobreseimiento libre, hay que reconocer que, si el inculpado ha sufrido prisión provisional, se produce la misma situación jurídica que con la sentencia absolutoria. Mayores problemas pueden suscitarse en el supuesto de sobreseimiento provisional, pero, en cualquier caso,

---

(104) Base 20, 3., en *Cuadernos informativos*, cit.

(105) Sólo al supuesto de inocencia restringe la procedencia de la indemnización González Montes, *Las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento*, en *El sistema de medidas cautelares*, cit., p. 172.

estimamos que también en este supuesto se produce error judicial si en el sumario se decreta la prisión provisional. Dictándose sentencia condenatoria pueden darse aún supuestos en que también proceda la indemnización en razón de la prisión provisional sufrida; sin pretender agotar todos los casos, consideramos que el Estado viene obligado a indemnizar al sometido a prisión provisional por un período de tiempo superior a la pena de privación de libertad que en definitiva se le impusiera y, con mayor razón, al sometido a prisión provisional que resulte condenado a pena no privativa de libertad (106).

#### VIII. EL ABONO DE LA PRISION PREVENTIVA

La práctica identidad entre la prisión preventiva y las auténticas penas privativas de libertad se demuestra en la institución del abono. A este respecto el art. 33 del Código penal dispone que “el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta”. Esta excepción al principio contenido en el art. 32 de que la duración de las penas empezará a contarse desde el día en que la sentencia condenatoria hubiere quedado firme o, cuando el reo no estuviere preso, desde que aquél se halle a disposición de la Autoridad judicial para cumplir condena, se considera por un sector doctrinal exigencia de justicia “pues, de hecho, la prisión preventiva supone la imposición de un mal plenamente equiparable al de las penas privativas de libertad. El que el propio

---

(106) En el Derecho francés, la Ley de 17 de julio de 1970 ha introducido el principio de responsabilidad civil indemnizatoria por la prisión provisional: arts. 149, 149-1, 149-2 y 150. Cfr. comentario en Raymond Charles, *Liberté et détention*, Paris, s.f., pero 1972, pp. 60 y ss.

Código manifieste en el párrafo primero del art. 26 que la detención y prisión preventiva no se consideran penas, no invalida en absoluto su carácter material de pena, por el sufrimiento que entrañan para el sujeto. De ahí, que la doctrina de este art. 33 no constituya una regla de benignidad, sino de justicia” (107).

A pesar de ello, el abono de la prisión preventiva, es decir, el cómputo de la duración de ésta en la duración total de la pena, sólo tiene este carácter general desde el Código penal de 1932. Anteriormente hubo que recurrir a las leyes especiales, como el Decreto de 9 de octubre de 1853 y la Ley de 17 de enero de 1901, que admitían el abono, total o parcial, en algunos supuestos solamente (108). Algo similar sucede todavía en el Derecho alemán, ya que el StGB de la República Federal de Alemania faculta en el § 51, I, 2. al Tribunal para denegar el abono “cuando, en atención al comportamiento del reo tras la comisión del delito, no esté justificado”. La doctrina alemana considera que es aplicable este precepto cuando el comportamiento del acusado en el proceso tiende a prolongar la prisión provisional para procurarse ventajas injustificadas en el régimen penitenciario o retrasar maliciosamente el proceso (109).

La jurisprudencia y doctrina españolas interpretan el art. 33 ampliamente, en beneficio del preso preventivo, entendiendo incluido en él no sólo la prisión pre-

---

(107) Casabó Ruiz, en Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, del Toro, Casabó, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, tomo II, p. 155.

(108) Una amplia exposición de este tema puede verse en Aguilera de Paz, ob. cit., tomo IV, pp. 205 y ss.

(109) Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, All. Teil, 3ª ed., 1978, p. 720. Sobre el abono en otros países cfr. Jescheck-Krümpelman, *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*, 1971, pp. 976 y ss.

ventiva *stricto sensu*, sino también cualquier otra clase de privación de libertad, como la detención y el arresto del quebrado (110). Casabó considera que incluso deben abonarse la prisión preventiva sufrida en causas distintas a las que motivaron la condena, aduciendo en apoyo de esta tesis razones de justicia material como la inexistencia de indemnización para la persona absuelta que haya sufrido el mal de la prisión preventiva (111).

Respecto a las penas a que puede alcanzar el beneficio del abono, el propio art. 33 dice que se abonará la prisión preventiva “cualquiera que sea la clase de pena impuesta”, entendiéndose que se refiere a las temporales, privativas o restrictivas de libertad, y a la prisión subsidiaria por impago de multa en los casos de insolvencia del penado (112). En el párrafo segundo del art. 33 del Código penal se dispone expresamente el abono de “todo el tiempo de privación del permiso para conducir vehículos de motor sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa”, abono que se habrá de contener entre los pronunciamientos de la sentencia (113).

También el internamiento preventivo será abonado, según dispone el art. 94 del Reglamento de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, “a los efectos de computar el plazo de internamiento señalado en la

---

(110) Cfr. Casabó, ob. cit., p. 156; Quintano, *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Madrid, 1966, p. 327; Landrove, *Las quiebras penales*, Barcelona, 1970, pp. 294 y ss.

(111) Casabó, ob. cit., p. 157. En contra Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, tomo II, Murcia, p. 202, y Mattes, ob. cit., p. 100.

(112) Doctrina dominante; cfr. bibliografía citada en nota anterior.

(113) Cfr. art. 802, tercero, de la Ley de enjuiciamiento criminal, referido al procedimiento de urgencia ante las Audiencias, precepto al que se remite el art. 791 *in fine*, a propósito de las sentencias definitivas dictadas en los procedimientos de urgencia cuyo fallo compete a los juzgados de instrucción.

sentencia o auto de revisión, respecto a aquellas medidas que tengan señalado un límite máximo”.

#### IX. LA PRISION PROVISIONAL EN ESPAÑA. DATOS ESTADISTICOS

1. Según el Informe General de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1979, realizado por Carlos García Valdés (114), la población reclusa en España era, al 31 de diciembre de 1978, de 10.463 internos, de ellos 10.101 hombres y 362 mujeres. Esta cifra supone un ligero aumento respecto a los años inmediatamente anteriores de 1975, 76 y 77, ya que en estos años tuvo lugar un descenso de la población reclusa por aplicación de los indultos y amnistías promulgadas a partir de la muerte del General Franco, pero está por debajo de las cifras habidas en los últimos años del régimen franquista, que llegaron a superar en los años 1973 y 1974 los 14.000 reclusos (115) (Véase Cuadro I).

2. Teniendo en cuenta que la población española al 31 de diciembre de 1978 se estimaba en 36.927.000 habitantes y comparando esta cifra con la de 10.463 reclusos, se obtiene un coeficiente del 28,83% por cada 100.000 habitantes, también inferior, así como en los años 1975, 76 y 77, con la característica ya dicha, al de los últimos 10 años del régimen franquista (Véase Cuadro II).

---

(114) Dirección General de Instituciones Penitenciarias, *Informe General 1979*, por Carlos García Valdés, con la colaboración de Joaquín Rodríguez Suárez y Ricardo Zapatero Sagrado.

(115) Resulta alarmante comprobar los datos actuales que se nos han proporcionado privadamente. La población reclusa española según estas fuentes, era al 16 de marzo de 1980 de 16.012 reclusos, superando todas las cifras desde luego con posterioridad al año 1966 y nos tememos que también muchos años atrás.

3. Respecto a las infracciones, el Informe ofrece para 1978 los siguientes datos: De los 10.463 reclusos, 9.808 (93,74%) lo eran por razón de delito; 11 (0,11%) por falta; 393 (3,74%) por Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y 252 (2,41%) por infracciones de carácter administrativo (Véase Cuadro III).

4. Más importante es para nosotros la situación procesal en que se encontraban los reclusos, destacando que el número de condenados es inferior al de preventivos. Así, por ejemplo, de los 9.808 reclusos por razón de delito, 5.714 (58,26%) estaban en situación de procesados y 35 (0,36%) como detenidos. De los 11 reclusos por faltas, 6 (54,54%) estaban como procesados; de 392 reclusos por aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, 221 (56,38%) estaban en situación de internamiento preventivo; y de 252 reclusos por infracciones de carácter administrativo, 177 (70,24%) lo estaban por expediente en tramitación (Véase Cuadro IV).

Según comunicación que nos hace el anterior Director General de Instituciones Penitenciarias, Dr. Carlos García Valdés, la población reclusa española al 16 de marzo de 1980 se eleva a 16.012 personas, de las que 15.508 son hombres y 504 mujeres. Con relación a su situación procesal, sólo se nos ha facilitado el dato de "preventivo" o "penado", sin diferenciar las razones de su reclusión (por delito, por falta o por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social) (116), e incluir, según creemos, entre los preventivos aquellos que se encuentran en la situación de detenidos y los sometidos a internamiento preventivo por la Ley de Peligrosidad; de la misma manera estimamos se in-

---

(116) Nótese que omitimos la mención a las infracciones de carácter administrativo, al disponer taxativamente nuestra Constitución de 1978 en el art. 25, 3. que "la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

cluyen entre los penados los que se encuentran reclusos en cumplimiento de medidas de seguridad. Con tales datos se ha confeccionado el siguiente cuadro (Véase Cuadro V).

5. Aunque en el Informe General no se diga expresamente, del cuadro sobre el estado general del movimiento de población reclusa en 1978 (117) se infiere que de entre los procesados se encontraban en esta situación:

a) Por razón de delitos contra el Estado (asociaciones ilícitas, sedición, atentados, desacatos, propagandas ilegales, tenencia de armas, explosivos y terrorismo): 364 hombres y 17 mujeres.

b) Por falsedades: 38 hombres y 2 mujeres.

c) Por quebrantamiento de condena: 16 hombres.

d) Por delitos contra la seguridad del tráfico: 35 hombres.

e) Por homicidio (parricidio, asesinato, etc.): 314 hombres y 39 mujeres.

f) Por aborto: 199 hombres, 6 mujeres.

g) Por lesiones: 106 hombres y 6 mujeres.

h) Por delitos contra la honestidad: 1 hombre, 6 mujeres.

i) Por delitos contra el honor: 1 hombre.

j) Por delito contra el estado civil: 1 hombre, 1 mujer.

k) Por robos (con fuerza en las cosas y en las personas): 2.507 hombres y 47 mujeres.

l) Por hurtos: 288 hombres, 15 mujeres.

m) Por utilización ilegítima de vehículo de motor: 266 hombres.

n) Por estafas: 146 hombres y 9 mujeres.

ñ) Por otros delitos: 108 hombres, 3 mujeres.

6. Respecto al tiempo de duración de la prisión

---

(117) *Informe General 1979*, cit., pp. 249 y ss.

preventiva, aunque no existen datos oficiales, las fuentes que por deferencia del anterior Director General de Instituciones Penitenciarias, Dr. Carlos García Valdés, se nos ha permitido consultar, arrojan el siguiente balance:

1) Por un lado, existe un Informe con el sello de la Inspección Fiscal del Tribunal Supremo, fechado al 15 de noviembre de 1978, conteniendo "relación numérica de presos preventivos por más de tres meses a disposición de Audiencias y Juzgados de toda España", que ofrece los siguientes datos:

FISCALIA	De 9 meses				Total
	De 3 a 6 meses	De 6 a 9 meses	a 1 año	De 1 a Más de 2 años	
Albacete	2	5	3		10
Alicante	7	13	39		59
Almería	2	3	8		13
Avila	1	1	1		3
Badajoz	3	3	3		9
Barcelona	175	169	74	7	425
Bilbao	20	21		4	45
Burgos	7	4	5		16
Cáceres	1	4	2		7
Cádiz	10	20	80	9	119
Castellón	11	2	5	2	20
Ciudad Real	1	1	2	1	5
Córdoba	5	7		1	13
La Coruña	16	14	5		35
Cuenca	1	1			2
Gerona	8	6	3	1	18
Granada	16	14	5		35
Guadalajara		3			3
Huelva	11	11			22
Huesca	8				8
Jaén	16	5	2	1	24

León	6				6
Lérida	9	5	1		15
Logroño	4	2			6
Lugo	4	7			11
Madrid	311	128	115	7	561
Málaga	62	18	7	3	90
Murcia	6	14	13	1	34
Orense	9	4			13
Oviedo	45	22	19	3	89
Palencia	1	2	3	1	7
P. Mallorca	16	9	2	1	28
Las Palmas	52	33	25		110
Pamplona		3	1	1	5
Pontevedra	20	8	1	1	30
Salamanca	1	8	1		10
Santander	8	5	1		14
S.C. Tenerife	12	3	9	1	25
S. Sebastián	21	10	5	1	37
Segovia	3	2	1	1	7
Sevilla	32	26	2	1	61
Soria	0	0	0	0	0
Tarragona	22	8	12		42
Teruel	2	0	0	0	2
Toledo	4	2	1	1	8
Valencia	55	70	29	6	160
Valladolid	56	31	10		97
Vitoria	12	4	4	1	21
Zamora	4	3	3	1	11
Zaragoza	31	25	4	2	62
Audiencia Nacional	8	40	27	19	94
Totales	1.137	799	533	78	2.547

2) Frente a este Informe de la Inspección Fiscal del Tribunal Supremo, existe otro de la Dirección Gene-

ral de Instituciones Penitenciarias, fechado al 21 de diciembre de 1978, que ofrece, por su parte, una "relación nominal de internos en situación preventiva con más de dos años de prisión" (omitimos, por razones obvias, el nombre y apellidos del interno y el Juzgado de procedencia de la causa, que señalaremos sólo con las iniciales).

NOMBRE S Y APELLIDOS	JUZGADO	SUMARIO	DELITO	OBSERVACIONES
<i>Hospital General Penitenciario</i>				
1. S.B.J.	J.C.M.	886/75	Tenencia ilícita armas	
2. J.C.B.	V. 2	86/76	Asesinato	
3. A.N.D.S.	M. 4	87/76	Apropiación indebida	
4. R.M.V.	B. 8	39/76	Hurto	
5. J.A.V.G.	G. 3	28/76	Hurto	
6. J.F.V.	B. 12	564/67	Robo	
7. J.B.C.	E. E.	8/76	Homicidio	
<i>Centro Cumplimiento de Guadalajara</i>				
8. M.G.G.	M. 10	87/76	Robo con homicidio	
9. L.G.G.	M. 7	16/77	Contra la salud pública	
10. R.G.L.	M. 15	30/76	Parricidio	
11. C.N.L.	M. 12	29/77	Hurto	
<i>Centro Detención de Santa Cruz de Tenerife</i>				
12. B.V.G.	I. V.	25/76	Violación	Recurso en Supremo
<i>Centro Detención de Murcia</i>				
13. R.M.F.	A. 1	8/75	Robo	En audiencia
14. J.P.M.	C. 2	79/76	Robo	
<i>Centro Detención de Palma de Mallorca</i>				
15. W-W.C.	P.M. 2	632/76	Asesinato	
<i>Complejo Penitenciario Femenino</i>				
16. P.G.M.	C.V.	96/76	Hurto doméstico	
17. C-C.R.C.	M. 7	16/77	Contra la salud pública	
<i>Centro Detención de Bilbao</i>				
18. J.C.P.M.	B. 1	208/76	Homicidio	Recurso en Supremo

APELLIDOS	JUZGADO	SUMARIO	DELITO	OBSERVACIONES
<i>Centro Detención de San Sebastián</i>				
19. J.M.L.	P. 3	164/73	Homicidio	Recurso en Supremo
20. J.V.H.	P. 3	16/73	Homicidio	Recurso en Supremo
<i>Centro Detención de Zaragoza</i>				
21. J.R.M.	Z. 4	205/76	Contra salud pública	En Audiencia
22. J.A.H.S.	Z. 4	205/76	Contra salud pública	En Audiencia
<i>Centro Diligencias de Lugo</i>				
23. J.M.S.	J.M.L.	84/76	Resistencia y Desacato a Fuerza Armada	
24. M.J.G.G.	J.M.L.	84/76	Resistencia y Desacato a Fuerza Armada	
25. A.G.F.	J.M.L.	84/76	Resistencia y Desacato a Fuerza Armada	
<i>Centro Detención de Sevilla</i>				
26. J.A.G.	S. 5	164/75	Robo	Asistido juicio
27. S.M.N.	S. 5	164/75	Robo	Asistido juicio
<i>Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario</i>				
28. J.M.A.A.	0. 1	50/76	Asesinato	
29. M.J.P.	0. 1	37/76	Parricidio	
30. A.D.A.	M. 12	28/77	Falsedad y estafa	
31. Z.C.S.R.	C.	27/76	Parricidio	Recurso Supremo
32. V.L.L.F.	V. 2	181/87	Homicidio	
33. A.G.J.	R.	68/72	Parricidio	
<i>Centro Detención de Las Palmas de Gran Canaria</i>				
34. S.B.B.	L.P. 1	21/77	Robo	
35. J.C.G.	L.P. 1	21/77	Robo	
36. J.C.B.	L.P. 3	59/77	Homicidio	
37. J.G.P.	L.P. 1	42/76	Homicidio	
<i>Centro Detención de Oviedo</i>				
38. M.A.A.E.	0. 1	24/76	Parricidio	
<i>Centro Detención Hombres de Barcelona</i>				
39. J.A.C.V.	B. 9	85/76	Robo	
	B. 8	4/77	Robo	
	B. 11	97/76	Robo	
	B. 3	54/77	Robo	
40. J.D.M.	S. 2	97/75	Robo	
41. J.F.C.	S. 2	97/75	Robo	
42. R.D.M.	T. 2	51/76	Robo	
	M. 1	65/76	Robo	
43. M.E.S.	B. 13	123/76	Homicidio	

NOMBRES Y APELLIDOS	JUZGADO	SUMARIO	DELITO	OBSERVACIONES
------------------------	---------	---------	--------	---------------

44. L.C.J.	B. 5	70/76	Homicidio	
45. J.F.L.	S.F. 1	21/75	Robo	
	H. 3	66/75	Robo	
	H. 1	74/75	Robo	
	S. 2	95/75	Robo	
46. A.G.B.	S.F.	46/75	Robo	
	G. 1	11/76	Robo	
47. C.G.G.	B.	6/76	Robo	
	B. 3	123/76	Homicidio	
	B. 8	202/76	Robo	
48. A.H.A.	B. 1	32/76	Robo	
	M.	105/76	Contra salud pública	
	B. 9	18/74	Robo	
	M. 1	32/76	Robo	
49. L.L.P.	M. 1	32/76	Robo	
50. J.L.T.	H. 2	141/76	Homicidio	
51. F.S.A.	H. 3	66/76	Robo	
	B. 4	98/76	Robo	
	B. 9	120/76	Robo	
52. M.R.J.	B. 1	15/77	Robo	
	M. 13	26/77	Robo	
53. M.A.P.M.	B. 5	163/76	Robo	
	B. 13	4/77	Robo	
	H. 3	Dilig. previas	Robo	
54. J.S.P.	B. 6	105/76	Robo	
	B. 12	82/76	Robo	
	B. 9	103/76	Robo	
55. J.A.R.U.	H. 3	66/75	Robo	
	S. 2	94/75	Robo	
	H. 1	74/75	Robo	
56. L.R.C.	B. 11	80/76	Robo	
57. J.R.H.	T. 1	83/76	Robo	
58. E.R.M.	G. 1	11/76	Robo	
59. J.R.P.	B. 11	14/77	Robo	
60. M.P.P.	B. 7	82/74	Robo	

*Centro Detención Hombres de Valencia*

61. A.A.N.	O.	35/76	Homicidio	
62. L.S.G.B.	V. 6	108/76	Robo de uso	
63. J.J.L.T.	V. 6	251/75	Homicidio	
64. V.L.D.	R.	27/76	Robo	
	M. 4	114/76	Hurto y robo	
65. V.G.G.	G.	146/76	Amenazas	

NOMBRES Y APELLIDOS	JUZGADO	SUMARIO	DELITO	OBSERVACIONES
<i>Centro Detención de Valladolid</i>				
66. J-Ch.P.	V. 2	90/76	Estafa	
	M. 17	90/77	Estafa	Recurso
<i>Centro Cumplimiento de Burgos</i>				
67. J.L.E.S.	B. 3	9/76	Robo	
<i>Centro Detención Hombres de Madrid</i>				
68. A.B.S.	M. 4	2/77	Robo	
69. J.B.D.J.	M. 14	29/75	Asesinato	
70. F.CH.S.	M. 16	104/77	Violación y daños	
71. J.E.S.	M. 11	31/73	Homicidio y robo	
72. J.J.G.G.	N.	3/76	Robo con secuestro	
73. H.G.H.	M. 11	54/76	Robo	
74. E.J.J.M.	M. 3	89/76	Robo	
	M. 16	86/76	Robo	
	M. 16	106/76	Robo	
75. A.M.R.	M. 4	152/76	Violación	Asistido juicio
	E.E.	82/76	Violación	
76. J.M.F.	M. 7	1/77	Violación	Asistido juicio
77. A.M.B.	E.E.	76/76	Robo con violencia	
78. J.N.H.	M. 10	87/76	Robo con homicidio	
79. A.P.R.	M. 16	104/77	Violación y daños	
80. I.R.J.	M. 5	39/76	Contra la salud pública	
81. M.Y.S.	M. 9	74/76	Robo con violencia	
<i>Centro Asistencial de Huelva</i>				
82. J.S.C.	S.R.	55/76	Robo	En Audiencia
<i>Centro Asistencial de Huesca</i>				
83. J.L.M.O.	A.	26/76	Asesinato	Recurso
<i>Centro Cumplimiento Badajoz</i>				
84. J.Z.C.	M. 3	117/76	Homicidio	
<i>Centro de Cumplimiento de Málaga</i>				
85. S.R.B.	M. 1	7/76	Robo	
86. D.R.L.	M. 2	73/76	Robo	
87. A.J.M.R.	M. 1	7/76	Robo	
	M. 3	147/75	Robo	
<i>Centro Cumplimiento del Puerto de Santa María</i>				
88. A.F.B.	M. 1	101/76	Robo	
89. D.P.M.	M. 2	77/74	Robo	Juicio oral
90. D.R.J.	M. 1	7/76	Robo	Depende Audiencia
91. J.W.	A.	83/76	Contra salud pública	Depende Audiencia

NOMBRES Y APELLIDOS		JUZGADO	SUMARIO	DELITO	OBSERVACIONES
<i>Centro Cumplimiento de El Dueso</i>					
92.	T.C.C.	S.R.	28/76	Robo	Recurrida
93.	N.R.L.	M. I	9/77	Robo	Recurrida
<i>Centro Cumplimiento de Ocaña</i>					
94.	D.C.M.	E.E.	24/76	Robo y violación	
95.	J.R.L.V.	M. I	107/75	Robo	
<i>Centro Cumplimiento de Alcalá de Henares</i>					
96.	M.U.P.	M. I	107/75	Robo	

7. Las cifras señaladas en el apartado 4. referidas a la situación procesal de los reclusos el 31 de diciembre de 1978 muestran, en relación con las cifras de otros años, un aumento creciente de los presos preventivos en el total de la población reclusa (Véase Cuadro VI) (118)

#### X. VALORACION Y CRITICA DE LA PRISION PROVISIONAL

Las cifras que se acaban de ofrecer en el epígrafe anterior son lo suficientemente elocuentes y hablan por sí mismas de la realidad, amarga y frustrante, de una institución, la prisión provisional, aparentemente cautelar y puramente transitoria, pero, de hecho, eminentemente represora y principal limitación de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

La prisión provisional, simple medida cautelar y transitoria de aseguramiento del proceso penal, funciona en la práctica con todas las connotaciones de una "condena por adelantado", conculcando la presunción de inocencia y prejuzgando cuál va a ser el veredicto final de un proceso ya viciado en sus orígenes por la limitación *ab initio* de las posibilidades de defensa del acusado que se encuentra en prisión provisional.

---

(118) Fuente: *Estadísticas Judiciales de España*, año 1977, Madrid, 1979.

Declaraciones tan evidentes como la del art. 24, 2. de la Constitución española (“todos tienen derecho... a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”) quedan así, en la práctica, convertidas en papel mojado, burladas por una realidad que excede de todas las previsiones legales imaginables y bordea los límites de lo escandaloso. La prisión provisional más que cualquier otra institución jurídica, más quizás que la propia pena, pone en peligro los derechos fundamentales y, no en última instancia, la seguridad jurídica a que todo el mundo tiene derecho (119). Por eso, no es extraño que los más importantes penalistas hayan dirigido contra ella duras críticas y que incluso se haya pedido su abolición y su sustitución por otras instituciones menos lesivas. Así, por ejemplo, ya decía Carrara que la prisión provisional era en el fondo una “inmoralidad” (120). Garçon advertía de los abusos que a su amparo se cometen, que son “un escándalo cotidiano y un ultraje a la humanidad” (121).

Pero especialmente críticos frente a la prisión provisional son los penitenciaristas, que alegan diversas razones en contra de esta institución:

1ª. La prisión provisional no permite llevar a cabo una labor resocializadora, ya que jurídicamente está vedada cualquier intervención sobre el aun no condenado.

---

(119) Cfr. Clerc, *La détention préventive*, en Rev. Pen. Suisse, 1968, p. 149.

(120) Carrara, ob. cit., *passim*.

(121) Citado por Verin, *La détention préventive et la Criminologie*, en R.S. Crim., 1969, p. 707.

2<sup>a</sup>. La prisión provisional implica un grave peligro de contagio criminal, ya que obliga al preventivo a vivir con los ya condenados o, por lo menos, en sus mismas condiciones.

3<sup>a</sup>. La prisión provisional aumenta la población reclusa con las consecuencias de hacinamiento, más costos de las instalaciones penitenciarias, necesidad de más personal de vigilancia, etc.

4<sup>a</sup>. La prisión provisional es tan estigmatizante como la pena misma (122).

También los criminólogos han denunciado los graves problemas que la prisión provisional provoca en la vida y en la persona del interno preventivo. Para Peters la prisión provisional no sólo tiene consecuencias para el inculpado (que no siempre es el culpable) y su familia, sino también para la sociedad toda. La prisión provisional comporta una separación brusca de la familia, de la profesión, de los amigos; produce relevantes daños económicos y morales, desprestigia y estigmatiza al que la sufre, prejuzga la culpabilidad del preventivo, limita sus posibilidades de defensa e incide desfavorablemente en las declaraciones de testigos y en las decisiones judiciales. A esto, sigue diciendo Peters, habría que añadir las consecuencias psicológicas negativas en el preventivo, sobre todo cuando no tiene antecedentes penales. La nueva situación en la cárcel, la vida en común con reincidentes o delincuentes ya habituales, el miedo al futuro, al escándalo y a la pena, la incertidumbre y la preocupación por la marcha del proceso, todos estos son factores negati-

---

(122) Cfr. García Valdés, *Reflexiones sobre la prisión provisional*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, vol. XVII, n<sup>o</sup> 47, pp. 415 y ss.; Kaiser-Kerner-Schöch, *ob. cit.*, pp. 76 y ss.; Hilde Kaufmann, Prólogo a Tozzini-Arqueros, *Los procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Buenos Aires, 1978.

vos implícitos en la esencia misma de la institución (123).

Binswanger y Brandenberger resumen en un trabajo dedicado al tema, los principales síntomas psíquicos observados en los reclusos preventivos: labilidad (excitabilidad, agresividad), graves estados de angustia, perturbaciones de la atención, de la percepción y de la capacidad intelectual, privaciones sensoriales, etc. (124), factores todos que, como dice Peters (125) explican la mayor tasa de suicidios entre los preventivos.

El Instituto de Reinserción Social (IRES) de Barcelona resume los aspectos negativos de la prisión provisional en estas consecuencias: ansiedad, desmoralización, abandono, degradación, posible habituación al internamiento, deshabitación laboral, influencia perniciosa por el contacto con delincuentes, descubrimiento del mundo delictivo, despersonalización, coacciones de los grupos dominantes de reclusos, sentimiento solidario entre los presos, perturbaciones sexuales, pérdida de trabajo habitual, desconexión familiar, sentimiento de rencor y agresividad, larga duración de la situación de interno preventivo, desmitificación de la Ley y supervaloración del individuo a su excarcelación (126).

La prisión provisional tiene, por tanto, todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad y ninguna de sus ventajas. Por eso es realmente sorprendente el constante aumento de la población reclusa preventiva y mucho más sorprendente todavía es que, a pesar de los inconvenientes de la prisión provisional

---

(123) Peters, ob. cit., p. 354.

(124) Binswanger-Brandenberger, *Zum Problem langdauernder Untersuchungshaft*, en Sch. Z. Str., tomo 91, 1975, pp. 409 y ss.

(125) Peters, lug. cit.

(126) Citado por García Valdés, *Reflexiones sobre...*, cit., p. 424, nota 25.

aquí someramente señalados, se reforme la Ley de enjuiciamiento criminal en un sentido claramente regresivo respecto a la situación hasta ahora vigente, ampliando sus presupuestos y facilitando aun más su aplicación.

Resulta realmente paradójico que, en un momento en el que los Códigos penales más modernos, como el alemán en su redacción a partir del 1 de enero de 1975 o el Proyecto español de 1980, se esfuerzan por eliminar por completo del catálogo de sus penas las penas privativas de libertad de corta duración, y en un momento en el que las Leyes Generales Penitenciarias, como la española de 1979, tratan de convertir la resocialización y el tratamiento penitenciario en la meta principal de las penas privativas de libertad de larga duración (127), se mantenga e incluso se amplíe una institución tan contraria a dichos fines como es la prisión provisional.

De hecho la prisión provisional funciona en la práctica como auténtica pena privativa de libertad, como una “pena a cuenta”, sin que, sin embargo, se den los presupuestos que en un Estado social y democrático de Derecho, como se define el nuestro en el art. 1 de la Constitución, justifican una intervención tan radical en la libertad individual.

La prisión provisional confirma una vez más la tendencia que se viene observando en los últimos años de sustituir el Derecho penal clásico, que, con todas sus imperfecciones está inspirado en principios de origen liberal y democrático, garantizadores de la libertad individual, por otros medios de control social oficialmente no penales, teóricamente simples medidas cau-

---

(127) Cfr. Muñoz Conde, *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*, en *Doctrina Penal*, nº 7, julio-septiembre 1979, pp. 625 y ss.

telares, pero mucho más eficaces y, lo que es más grave, mucho más difíciles de limitar por los principios penales clásicos de legalidad, de intervención mínima, de culpabilidad, etc., que siguen siendo el mejor valladar contra los abusos y extralimitaciones del poder punitivo estatal. En este sentido se puede afirmar que el Derecho penal como instrumento clásico de control social, más: como el medio de control social por excelencia, más radical y eficaz, ha pasado o está pasando a un plano secundario. Las clases dominantes son cada día más conscientes de que hay otros sistemas más sutiles y también menos costosos para defender sus intereses y controlar a los que, real o potencialmente, puedan atacarlos: uno de ellos es sin duda la prisión preventiva.

El Derecho penal clásico, con todas sus imperfecciones, con su carácter eminentemente retributivo y sancionador, constituye, a pesar de todo, un límite al poder punitivo del Estado. Con razón decía Von Liszt que “el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política Criminal” (128). De lo que se trata es de reconducir las intervenciones más radicales en los derechos fundamentales de las personas a unos principios que las limiten. El “cambio de etiquetas” está modificando este ideal clásico y pervirtiendo su naturaleza. Ya no se castiga; se educa, se corrige. El preso preventivo es un ciudadano normal, cuya inocencia se presume; su estancia en la cárcel, a veces por varios años, es un simple accidente, algo transitorio que no afecta para nada a sus derechos. El resultado es, sin embargo, el mismo. Se cambian las palabras, pero no la realidad. El sistema sancionatorio se amplía, se modifica y se convierte en un sistema más amplio de control social. El Derecho penal se difumina, se vola-

---

(128) Von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, tomo 2, 1905, p. 80.

tiliza, se evita. ¿Para qué utilizarlo, si ya se pueden conseguir los mismos resultados con medios más refinados y más fáciles de manejar? Se confirma así la tesis de Foucault que ve en la evolución de los sistemas sancionatorios la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero: primero fue el cuerpo, luego el alma, lo que constituye hoy el objeto principal de los sistemas, represivos y preventivos, de control social (129).

Mucho nos tememos que la prisión provisional, justificada de un modo u otro, se convierta de hecho en la mejor prueba de esa involución hacia formas de control social cada vez más sutiles y difuminadas, cada vez más injustas y antidemocráticas, cada vez más difíciles de limitar por preceptos constitucionales pensados para un Derecho penal cuya aplicación, paradójicamente, se trata de evitar, por lo que tiene de infranqueable barrera y de protección al individuo frente al poder omnímodo del Leviathan estatal.

---

(129) Cfr. Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, 3ª ed. en castellano, 1978, pp. 24 y ss.

CUADRO I

AÑOS	POBLACION RECLUSA			Nº INDICES AÑO Base 1966	DIFERENCIAS CON EL AÑO PRECEDENTE	
	Hombres	Mujeres	TOTAL		Absoluta	Relativa
1966	10.205	560	10.765	100,-	—	—
1967	10.448	481	10.929	101,53	+ 164	+ 1,53%
1968	11.623	553	12.176	111,42	+1.247	+11,42%
1969	12.196	626	12.822	119,10	+ 646	+ 5,30%
1970	13.266	624	13.890	129,02	+1.068	+ 8,33%
*1971	11.058	540	11.598	107,73	-2.292	-16,50%
1972	12.472	637	13.109	121,77	+1.511	+13,02%
1973	13.573	684	14.257	132,43	+1.148	+8,57%
1974	14.099	665	14.764	137,14	+ 507	+ 3,55%
*1975	8.090	350	8.440	78,40	-6.324	-42,83%
1976	9.576	361	9.937	92,30	+1.497	+17,73%
*1977	9.037	355	9.392	87,24	- 545	- 5,48%
1978	10.101	362	10.463	97,19	+1.071	+11,40%

(\* ) Años en los que se ha decretado indulto general.

CUADRO II

AÑOS	Nº de habitantes el 31 de diciembre (fuente I.N.E.) millares	Población reclusa en 31 de diciembre	Coefficiente por 100.000 habitantes	Nº índices de coeficientes año base: 1966
1966	32.758	10.765	32,86	100,-
1967	33.106	10.929	32,01	101,52
1968	33.458	12.176	36,39	113,10
1969	33.814	12.822	37,92	119,10
1970	33.956	13.890	40,91	129,02
*1971	34.314	11.598	33,80	107,73
1972	34.675	13.109	37,81	121,77
1973	35.041	14.257	40,69	132,43
1974	35.410	14.764	41,69	137,14
*1975	35.873	8.440	23,59	78,40
1976	36.161	9.937	27,48	92,30
*1977	36.542	9.392	25,43	87,24
1978	36.927	10.463	28,83	97,19

(\*) Años en los que se ha decretado indulto general.

CUADRO III

	<i>Hombres</i>	<i>%</i>	<i>Mujeres</i>	<i>%</i>	<i>Total</i>	<i>%</i>
I. Por delitos	9.501	94,06	307	84,81	9.808	93,74
II. Por faltas	9	0,08	2	0,55	11	0,11
III. Por Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social	364	3,61	28	7,74	392	3,74
IV. Infracciones de carácter administrativo	227	2,25	25	6,90	252	2,41
Totales	10.101		362		10.463	

## CUADRO IV

### 1. POR DELITOS

	<i>Hombres</i>	%	<i>Mujeres</i>	%	<i>Total</i>	%
Sentenciados	3.966	41,75	93	30,29	4.059	41,38
Procesados	5.500	57,88	214	69,71	5.714	58,26
Detenidos	35	0,37	—	—	35	0,36
<b>Totales</b>	<b>9.501</b>		<b>307</b>		<b>9.808</b>	

### 2. POR FALTAS

	<i>Hombres</i>	%	<i>Mujeres</i>	%	<i>Total</i>	%
Sentenciados	5	55,55	—	—	5	45,46
Procesados	4	44,45	2	100	6	54,54
<b>Totales</b>	<b>9</b>		<b>2</b>		<b>11</b>	

### 3. POR LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

	<i>Hombres</i>	%	<i>Mujeres</i>	%	<i>Total</i>	%
Con medidas de seguridad	160	43,95	11	39,28	171	43,62
Internamiento preventivo	204	56,05	17	60,72	221	56,38
<b>Totales</b>	<b>364</b>		<b>28</b>		<b>392</b>	

#### 4. POR INFRACCIONES DE CARACTER ADMINISTRATIVO

	<i>Hombres</i>	<i>%</i>	<i>Mujeres</i>	<i>%</i>	<i>Total</i>	<i>%</i>
Sancionados	74	32,59	1	4,00	75	29,76
Con expediente en tramitación	<u>153</u>	67,41	<u>24</u>	96,00	<u>177</u>	70,24
Totales	227		25		252	

#### CUADRO V

	<i>Hombres</i>	<i>%</i>	<i>Mujeres</i>	<i>%</i>	<i>Total</i>	<i>%</i>
Penados	5.922	38,19	141	27,98	6.063	37,87
Preventivos	<u>9.586</u>	61,81	<u>363</u>	72,02	<u>9.949</u>	62,13
Totales	15.508		504		16.012	

CUADRO VI

CONCEPTO	1967	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976
--Población reclusa en 31 de diciembre	10.929	12.176	12.822	13.890	11.598	13.109	14.257	14.764	8.440	9.937
Varones	10.448	11.623	12.196	13.266	11.058	12.472	13.573	14.099	8.090	9.576
Mujeres	481	553	626	624	540	637	684	665	350	361
--Penados	5.438	6.371	7.372	8.203	6.205	7.152	7.882	8.483	3.732	4.117
Varones	5.209	6.104	7.029	7.839	5.939	6.837	7.548	8.134	3.608	4.005
Mujeres	229	267	343	384	266	315	334	349	124	112
--Procesados	3.886	4.076	3.996	4.229	3.769	4.193	4.701	4.527	3.683	4.803
Varones	3.754	3.915	3.820	4.051	3.625	3.986	4.466	4.319	3.525	4.635
Mujeres	132	161	176	178	144	207	235	208	158	168
--Detenidos	112	148	115	126	99	165	146	89	46	47
Varones	106	139	106	122	91	157	142	86	41	46
Mujeres	6	9	9	4	8	8	4	3	5	1
--Por aplicación de medidas de seguridad	1.083	1.058	804	832	1.130	1.210	1.095	982	826	763
Varones	996	995	751	789	1.034	1.132	1.015	896	778	698
Mujeres	87	63	53	43	76	78	80	86	48	65
--Por infracciones de carácter administrativo	410	523	535	500	395	389	433	386	153	207
Varones	383	470	490	465	349	360	402	369	138	192
Mujeres	27	53	45	35	46	29	31	17	15	15

**MIGUEL BAJO FERNANDEZ**

Profesor Agregado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid



**El Proyecto de Código Penal y el art. 38 de la Constitución.**

## SUMARIO

### I. PLANTEAMIENTO

1. Defensa de la Economía de mercado.
2. Defensa de los intereses de las partes intervinientes: empresarios, consumidores y trabajadores.
3. Defensa de la política económica intervencionista.

### II. CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS CONSTITUCIONALES EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL.

1. Características del Título VIII del Proyecto.
2. Crítica del Proyecto desde la óptica de los intereses a que se refiere el art. 38 de la Constitución.
  - a) *La actuación en nombre de otro.*
  - b) *Responsabilidad civil por hechos delictivos ajenos.*
  - c) *El principio de personalidad y el error vencible de prohibición.*
  - d) *Los delitos de insolvencia.*
  - e) *De las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y crédito.*
  - f) *De los delitos relativos al control de cambios.*
  - g) *Breve referencia a otras disposiciones.*

## I. PLANTEAMIENTO

El Proyecto de Código penal de 1980 recoge una serie de disposiciones, sumamente innovadoras, que dan un contenido preciso al llamado Derecho penal económico. Por su parte la Constitución española mantiene una determinada concepción de la Economía nacional al establecer en su art. 38: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

En las siguientes páginas trataré de precisar hasta qué punto el Proyecto de Código penal es coherente con la citada disposición constitucional.

El art. 38 de la Constitución delimita un determinado objeto de protección jurídica refiriéndose, en concreto, a la libertad de empresa, la economía de mercado, la productividad, la economía general y la planificación. Dejando aparte las retóricas propias de un texto normativo constitucional podemos resumir tales intereses en: 1) la defensa de la economía de mercado; 2) la defensa de las partes intervinientes: empresarios, consumidores y trabajadores; y 3) la defensa de la política económica intervencionista.

## *1. DEFENSA DE LA ECONOMIA DE MERCADO*

Desde que en 1848 el Código penal liberal de este año castigara el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, hasta nuestros días se ha producido una evolución que podríamos caracterizar por el paulatino aumento de la intervención penal en el mundo mercantil que, si en muchos casos implicó la protección penal de la planificación económica estatal, siempre tuvo como meta la defensa de un sistema económico liberal con las matizaciones que la época exigía. En esta tarea fue colaborando progresivamente la propia jurisprudencia penal y el Derecho sancionador administrativo.

No otro sentido tienen los delitos de insolvencia o los delitos contra la propiedad industrial y revelación de secretos industriales, que a la vez que protegen los derechos particulares de crédito o de propiedad, también pretenden colaborar en la conservación de la libertad de competencia para asegurar el triunfo del empresario más digno o más adecuado en las relaciones comerciales. En esta misma línea se movió la Ley de 1963 sobre prácticas restrictivas de la competencia o el Decreto de 1874 sobre Disciplina de mercado.

Del mismo modo la aparición del delito de cheque en descubierto o la labor jurisprudencial sobre los supuestos de estafa de crédito cometidos por medio de letras de cambio, colaboraron en la tarea de desterrar prácticas abusivas que sólo servían para salvar al comerciante inidóneo para la actividad mercantil.

Pues bien, un Proyecto de Código penal sólo debe incriminar aquellas conductas que, al menos, sirvan para establecer estos objetivos económicos mínimos.

## 2. DEFENSA DE LOS INTERESES DE LAS PARTES INTERVINIENTES: EMPRESARIOS, CONSUMIDORES Y TRABAJADORES

Un punto de partida equivocado, intolerable y perjudicial es el que pretenda establecer *la presunción de que todo empresario es un evasor de capitales o un delincuente fiscal en potencia; o que todo trabajador es, mientras no se demuestre lo contrario, un defraudador de la seguridad social; o que el consumidor oculta al enemigo político que quiere socavar los cimientos del sistema económico.*

Una ley penal que partiera de estas presunciones quedaría totalmente descalificada y se presentaría como una norma injusta de imposible aplicación. La Ley penal, por el contrario, debe tratar de proteger los intereses de los tres participantes más importantes en el mundo económico, procurando colaborar con el resto del ordenamiento jurídico en el mantenimiento de unas reglas de juego adecuadas y justas.

No es la desconfianza hacia el deudor lo que debe servir de guía para la creación del delito de quiebra o alzamiento de bienes; ni la desconfianza al competidor debe de fundamentar el delito de usurpación de patentes; ni la desconfianza hacia el empresario deben de explicar los delitos monetarios, los delitos laborales o el delito fiscal. Muy por el contrario, la única guía del legislador penal ha de ser la protección del acreedor comerciante, la del inventor, la de los intereses de los trabajadores o los intereses económicos generales.

## 3. DEFENSA DE LA POLITICA ECONOMICA INTERVENCIONISTA

Con motivo de las dos guerras mundiales se produce un aumento importante de normas jurídico penales relativas a la infracción económica. Nace, a su pa-

so, un Derecho económico y secundariamente un Derecho penal económico que trata de colaborar con los propios fines del intervencionismo estatal: cumplir las exigencias de una valoración diferente del imperativo de Justicia en orden a las relaciones sociales y económicas. Es una respuesta a la necesidad moderna de proteger la economía en su conjunto como un interés distinto que debe ponerse al lado de los intereses particulares de propiedad, patrimonio y fe contractual.

En todos los países van apareciendo normas penales protectoras de la planificación estatal. Y así, en nuestro país, podemos citar la Ley de delitos monetarios de 1938, la Ley de acaparamiento de 1939 y la Ley sobre cobro de primas en la negociación de viviendas de 1946, hoy derogadas, y las reformas de nuestro Código penal sobre maquinaciones para alterar el precio de las cosas, la creación del delito laboral, el delito fiscal, etc... para acabar con la Ley de control de cambios de 1979 y el propio Proyecto de Código penal.

## II. CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS CONSTITUCIONALES EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL

Para conocer la coherencia que el Proyecto de Código penal guarda en relación con el art. 38 de la Constitución, comienzo refiriéndome en primer lugar al Título VIII en donde se recogen los delitos contra el orden socio-económico, para acabar haciendo unas consideraciones críticas de todas las disposiciones del Proyecto de Código vinculadas a la cuestión objeto de este estudio.

## *1. CARACTERÍSTICAS DEL TÍTULO VIII DEL PROYECTO*

Trataré de explicar las características generales de los delitos socio-económicos recogidos en el Proyecto utilizando como punto de partida las críticas dirigidas desde distintos sectores contra los mismos.

a.— Se ha dicho que este Título VIII del Proyecto es más propio de un programa socialista. A mi juicio esta observación es equivocada. Ciertamente algunos de los delitos aquí recogidos, como es el caso de las alteraciones de precios administrativamente fijados, los delitos contra la Hacienda pública, los delitos monetarios y los de contrabando, caminan en el mismo sentido que el Derecho regulador del intervencionismo estatal. Pero resulta de una excesiva simplificación calificar de socialista, totalitarista o marxista toda clase de intervencionismo estatal en la economía. Muy por el contrario el título, en su conjunto, se mueve en la línea de la defensa del sistema de libre mercado en consonancia con el art. 38 de la Constitución.

En efecto, la defensa del consumidor y de la libertad de competencia, la defensa de la propiedad industrial e intelectual, la de los medios de pago y crédito, la libre formación de los precios o de la publicidad veraz, no es más que la defensa de los principios elementales del libre mercado. Que estos delitos, aparte de la defensa de los intereses del empresario, el vendedor, el inventor o el librador de letras, protejan los intereses de los consumidores, no responde a ningún programa distinto al de defender el principio constitucional “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Se trata de conseguir una clarificación del escenario de la libre competencia creando las condiciones necesarias para que triunfe el mejor, sin la uti-

lización de medios ilícitos de abuso de los más débiles.

Ciertamente al lado de estas figuras delictivas se recogen las citadas anteriormente relativas al intervencionismo estatal. Pero es necesario desterrar la idea de que la intervención estatal en la Economía se explica sólo vinculada a regímenes totalitarios. El paso de una concepción liberal de la Economía con su *laissez-faire laissez-passer, ne pas trop gouverner*, su concepción fisiocrática de los precios naturales, su entendimiento peculiar de la libre concurrencia en el mercado, etc... a una Economía social de Mercado, tiene una explicación más compleja. El intervencionismo es la consecuencia de una concepción social del estado de derecho de un lado, y, del otro, de todo un movimiento de evolución histórica caracterizado por el paulatino paso de una Economía individualista (regida por un Derecho patrimonial civil y un Derecho mercantil individualista) a una Economía dirigida estatalmente caracterizada por el Plan, la planificación. Pero hay que tener en cuenta que, dentro de una economía de signo capitalista, este dirigismo parte de la idea de un mercado libre para regularlo y de la idea del libre juego de las relaciones privadas para estimularlas o coartarlas según los casos y, en cualquiera, para encauzarlas. Las actuales relaciones Estado-actividad económica toman un cariz intervencionista, pero en ellas buscan permanentemente una situación de equilibrio la libertad de iniciativa, el orden público económico, la planificación y la acción estatal directa. No se trata, pues, de una situación que sólo encuentra explicación al socaire del totalitarismo político.

Es tan evidente la necesidad actual de este equilibrio, que todo ataque al intervencionismo estatal en la pequeña medida que consagra plenamente el Pro-

yecto, puede caer en la sospecha de estar defendiendo privilegios intolerables en una sociedad moderna.

b.— Se ha acusado al Título VIII, también, de falta de coherencia y de graves pecados sistemáticos. Se dice, por ejemplo y se discutió en el seno de la Comisión de Codificación, que son muy pocos los delitos de este título que lesionan o ponen en peligro la economía nacional. Efectivamente esto es así. Qué duda cabe que alzamientos de bienes de escasa cuantía sólo afectan al acreedor o que ciertos delitos contra la propiedad industrial sólo afectan al titular de la patente.

Pero frente a esta observación es necesario aclarar que el título VIII no pretende agrupar los delitos que atentan contra la economía nacional entendiendo ésta como el bien jurídico protegido en el delito. Se reconoce, por el contrario, que gran parte de los delitos ostentan un bien jurídico de carácter individual: el derecho de propiedad, el derecho de crédito, etc.; sino que agrupa aquellos delitos que, de manera directa o indirecta, mediata o inmediata, afectan al orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicio. Esto lo apunta con gran claridad la Exposición de Motivos del Proyecto.

Y en este sentido, no cabe la menor duda que una quiebra, que puede provocar reacciones en cascada o encadenadas en crisis en determinados sectores económicos, o un delito contra la propiedad industrial que provoca confusión entre los consumidores o enturbia el juego de la competencia, o una cabalgata de letras vacías que puede afectar a fenómenos inflacionistas, por poner algún ejemplo, afectan al orden económico en sentido amplio.

Otros pecados de sistemática atribuidos al título VIII consisten, por ej., en la necesidad de remitir

gran parte de los delitos a las leyes especiales donde hoy se contemplan y donde tienen mejor encuadramiento. El ejemplo más comúnmente esgrimido es el de los delitos monetarios que, por ser necesariamente una ley penal en blanco, incluso de carácter excepcional, no está bien encuadrada en un Código.

Efectivamente respecto a los delitos laborales, delito fiscal, delitos monetarios y de contrabando, cabe duda sobre su inclusión en el Código o en las leyes especiales correspondientes. Ahora bien, su inclusión en el Código tiene a su favor importantes argumentos. La experiencia de cualquier abogado en ejercicio respecto a la Ley de delitos monetarios o la Ley de contrabando, nos excusaría de otra explicación. No se puede olvidar que la tendencia a la inclusión de ciertos delitos en leyes especiales respondió, en muchas ocasiones, al deseo de sustraer dichas infracciones a los principios vigentes en el Derecho penal tradicional. El paradigma de esta tendencia es la Ley de delitos monetarios de 1938 que atribuyó al juez libertad procesal absoluta. De esta forma, hasta la creación de la Audiencia nacional en enero de 1977, el juez, dependiente del Ministerio de Hacienda, y bien digo *dependiente* cuando la regla debiera de haber sido la de la independencia, operaba con un procedimiento de corte inquisitivo, no contradictorio y secreto.

La inclusión en el Código de estos delitos responde a la misma preocupación sentida en los albores de la codificación en el siglo XIX: someter a las reglas del Derecho penal liberal toda clase de delitos. Aunque se hubiera conseguido el mismo objetivo en la Ley especial, no podemos desdeñar la propia dinámica de creación de las Leyes. Piénsese, por ej., que la nueva Ley de control de cambios se elabora en el Ministerio de comercio, y que el Código penal queda tutelado por la Comisión de Codificación. Dos mentalidades

distintas, pues, cuya influencia en los resultados, al margen de las decisiones políticas del Gobierno y del Parlamento, es importante.

Pero, además, la inclusión de estos delitos en el Código responde también a una preocupación totalmente ausente de la clase política de este país. Me refiero a la necesidad de limitar el poder sancionador de la Administración, particularmente importante en el ámbito económico. Es necesario recordar, aunque sea cosa muy sabida, que la Administración pública tiene poderes sancionadores muy superiores a veces que los que corresponderían a los jueces en materia de prensa e imprenta, de contrabando, de hidrocarburos, de Orden público, de relaciones laborales o de Disciplina de mercado, llegando las sanciones a cuantías que implican una auténtica confiscación de bienes con menores garantías que las que se prevén para la expropiación forzosa, e, incluso, existen sanciones sin límite superior de cuantía como es el caso del D. de Disciplina de mercado de 1974.

Se impone, sin duda, la creación de una Ley de contravenciones o una Ley de régimen jurídico de la Administración que regule de manera definitiva los poderes normativos, jurisdiccionales y sancionadores que pudieran conservarse en manos de la Administración pública. En todo caso, lo que es inadmisibles es la situación actual que, pese a las recientes modificaciones, todavía resulta excepcional en el Derecho europeo. Pues bien, consecuente con el principio de división de poderes, se han dado ya algunos pasos. En efecto, se ha privado a la Administración pública de la posibilidad de imponer penas privativas de libertad, tanto si son penas directas como si son subsidiarias, primero con la Ley de enero de 1977 que trasladó las competencias para la persecución y castigo de los delitos monetarios del órgano administrativo que se lla-

mó Juzgado de delitos monetarios al Juzgado central número 3 y Audiencia nacional, y después mediante el art. 25 de la Constitución que expresamente establece esta prohibición para la Administración pública.

Y he hecho esta referencia porque en esta misma línea de privar a la Administración pública del desorbitado poder sancionador que esgrimía, se mueve el título VIII del Proyecto de C.P. En efecto, la creación de este título traslada de manera definitiva al poder judicial la persecución y castigo de delitos como los de contrabando, los monetarios, los laborales, el delito publicitario, la regulación de mercados, prácticas restrictivas de la competencia, etc.

Volvemos a repetir que algunos de estos delitos podrían quedar ubicados en leyes especiales, pero, como se apuntó expresamente en el seno de la Comisión de Codificación, su incorporación a un cuerpo codificado de la significación del Código penal produce un interesante efecto de subrayar que tales infracciones deben quedar sometidas a las reglas procedimentales y sustantivas del Derecho penal tradicional.

c.— También se ha dicho que los delitos contenidos en el título VIII del Proyecto son de tan escasa gravedad que violentan frontalmente el principio de intervención mínima que debe de regir un Derecho penal moderno. En este sentido se piensa que algunos de dichos delitos deben quedar en simples faltas administrativas y que otros sólo merecen sanciones de índole civil.

Comparto la preocupación de quienes quieren mantener el principio de intervención mínima resaltando el carácter de *ultima ratio legis* que debe de tener el Derecho penal. En otro caso, es cierto, queda anulada o disminuida la propia eficacia del sistema punitivo y se pierde el alto rango y dignidad atribuidos a los tri-

bunales penales cuando éstos se ocupan de bagatelas, de asuntos baladíes.

Pero, es necesario sopesar las cosas adecuadamente. Los que esgrimen estos argumentos están pensando, sin duda, en la descripción minuciosa de los delitos contra la propiedad industrial, en el delito publicitario, en la letra de cambio vacía y cheque en descubierto, entre otros. Pues bien, aunque admito que la cuestión es opinable, lo cierto es que la inclusión de estas figuras delictivas no se ha hecho a la ligera. En lo relativo a los delitos contra la propiedad industrial no podemos olvidar que el Proyecto mejora sensiblemente la caótica regulación vigente que ha sido calificada por Quintano de “laberinto inextricable en que naufragan las mejores y más hábiles voluntades hermenéuticas”. Las dificultades de interpretar la Ley de 1902 en combinación con el Estatuto de 1929 y los arts. 280 y 281 y 534 del Código penal adquieren hoy categoría de efectiva logomaquia, por seguir citando a Quintano. En el Proyecto se recogen todos los supuestos en orden sistemático. Es verdad que algunos casos, como usar el nombre de “registrado” sin el certificado correspondiente, no parecen lesionar gravemente los intereses del competidor. Pero no se puede olvidar que se está pensando no sólo en los intereses económicos del competidor sino también en los intereses del consumidor, injustamente olvidado en la legislación penal, e, incluso, en el propio sistema de mercado.

Observaciones parecidas podríamos hacer en relación con el delito publicitario. Y por lo que respecta a los delitos de letra de cambio vacía y cheque en descubierto, me interesa destacar algunas observaciones. Ciertamente son delitos sin tradición. Pero, esto no quiere decir que sean desconocidos en otros ordenamientos. El cheque en descubierto resulta punible en

suficiente número de países como para que quede justificada su inclusión en el Proyecto. Y la letra de cambio vacía también está expresamente castigada en Códigos penales como el belga y se recoge en el Proyecto alternativo alemán. Además conviene advertir que la letra vacía es un supuesto discutido en la doctrina y jurisprudencia francesas desde mediados del siglo pasado, siendo opinión dominante que, cumplidos ciertas condiciones del hecho, debe ser considerado como delito de estafa. La sorpresa que este nuevo delito pudiera provocar en nuestro país procede de que los supuestos aparecen ante los tribunales no hace muchas décadas, es decir, cien años después que en Francia. Ciertamente la jurisprudencia española había ya elaborado una doctrina sobre la calificación como estafa de esta clase de comportamientos, pero las dificultades teóricas para su correcta calificación, dificultades que ha puesto de relieve la doctrina, aconsejó fueran aclaradas en un tipo penal específico. El nuevo delito, en resumen, coincide con figuras similares de otros códigos penales europeos y responde a la opinión jurisprudencial de criminalizar esta clase de conductas.

También se ha dicho que las medidas preventivas que evitan el abuso de estos instrumentos mercantiles deberían de adoptarse desde perspectivas jurídicas de Derecho privado. Sin embargo los estudios realizados han llegado a la conclusión de que estos son supuestos en los que la defensa penal es la más adecuada. En efecto, el medio jurídico-privado de defensa de la letra de cambio para evitar, por ejemplo, las letras de colusión, la cabalgata de letras, el peloteo, etc., sería hacer constar en el propio documento mercantil la existencia de provisión de fondos. Qué duda cabe que esta medida significa la propia defunción del título-valor al privarle de su carácter abstracto. Si se quiere

conservar la letra con las mismas funciones que en la actualidad cumple, debe de limitarse el abuso de su utilización mediante normas penales. Los mercantilistas así lo manifiestan reclamando medidas más drásticas en la aplicación del delito de estafa; la jurisprudencia penal así lo intentó. Pero fracasadas las figuras delictivas tradicionales, era necesario crear una figura específica de abuso de la letra que no responde a una operación mercantil real.

d.— También se ha criticado el elenco de penas y medidas de seguridad previstas en el título VIII del Proyecto. No vamos, por supuesto, a hacer un estudio de las distintas penas que, con carácter general, crea el Proyecto, como la de arresto de fin de semana o la de días multa. Pero sí me voy a referir a las medidas expresamente previstas en el título.

El Proyecto ha tenido en cuenta la índole criminológica del autor en esta clase de delitos. Los estudios criminológicos sobre la delincuencia de cuello blanco han puesto de relieve que, aunque eficaces, las penas tradicionales de privación de libertad y de multa necesitan ser acompañadas de otras medidas preventivas que eviten la reincidencia criminal. Esta función preventiva no debe buscarse mediante la elevación de las penas privativas de libertad porque la función de la pena es la del castigo proporcionado. De este modo, las penas privativas de libertad y las de multa previstas en el título VIII son acompañadas de interesantes medidas de seguridad que han sido defendidas por todos los estudiosos del Derecho penal económico. Son medidas de indudable eficacia pero no lesivas de la personalidad del individuo infractor.

En esta línea se encuentran medidas tales como la clausura de establecimientos, disolución de sociedades, prohibición de realizar ciertas actividades como

la construcción, la contratación con la Administración pública, la pérdida de licencias de importación o exportación o de obtener divisas, la pérdida de beneficios fiscales, y, por último, la publicación de la sentencia.

El cuidado con que se trataron estas medidas lo prueba el hecho de que se hayan preocupado de dos cuestiones básicas. En primer lugar, se tomó en cuenta la necesidad de que la medida consistente en la publicación de la sentencia abarcase los medios de difusión normales. Como esto no lo puede hacer directamente el tribunal y, por otra parte, el particular corre el riesgo de ser perseguido por calumnia e injuria, se ha decidido que la condena a la publicación de la sentencia fuese en los periódicos oficiales pudiendo el Tribunal permitir a la víctima la publicación en otros medios de difusión, evitando así la posibilidad de una persecución por delito contra el honor.

En segundo lugar, se ha tenido en cuenta que muchos de los delitos previstos se cometen por medio o en nombre de personas jurídicas. Se previno, entonces, que la medida de seguridad pudiese imponerse no sólo al agente sino también a la persona o empresa por él representada. En este punto el Proyecto ha recogido la más reciente doctrina europea que defiende la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas y, en general, a los entes supraindividuales. No se lesiona el principio de personalidad de las penas o de la irresponsabilidad de las personas jurídicas porque no se trata de penas que operan en función de la culpabilidad del autor sino de medidas que dependen de la peligrosidad. La peligrosidad no es la del autor sino la de la persona jurídica, entidad o empresa a través de la cual se delinque. Se trataría de un juicio de peligrosidad no dirigido al autor sino al objeto, en este caso la empresa, con el que opera. Que exista una

peligrosidad objetiva de las cosas con relevancia jurídico penal no debe producir extrañeza alguna. Basta-  
ría pensar en medidas tan indiscutidas como la de de-  
comiso de géneros alimenticios adulterados o des-  
compuestos cuya peligrosidad en sí misma nadie pue-  
de discutir. Del mismo modo que se decomisa el géne-  
ro alimenticio adulterado para destruirlo, se puede di-  
solver una sociedad dedicada exclusivamente a la co-  
misión de delitos monetarios para conjurar la peligró-  
sidad que encierra. Este es el sentido del art. 132 del  
Proyecto que admite la imposición de medidas de se-  
guridad a los entes colectivos.

## *2. CRITICA DEL PROYECTO DESDE LA OPTICA DE LOS INTERE- SES A QUE SE REFIERE EL ART. 38 DE LA CONSTITUCION*

En el apartado anterior he tratado de explicar las  
características del Título VIII y de destacar sus indu-  
dables méritos. En el apartado presente trataré de ex-  
poner las críticas que me merecen no sólo algunas de  
las figuras delictivas incluidas en dicho título, sino  
también otras disposiciones que, de uno u otro modo,  
inciden sobre aquellos intereses cuya defensa enco-  
mienda el art. 38 de la Constitución al Derecho penal  
económico.

### *a. — La actuación en nombre de otro*

Los artículos 358, 374 y 544 relativos respectiva-  
mente a los delitos laborales, monetarios y desobe-  
diencia a órdenes del Gobierno en materia económica,  
establecen ciertas reglas para determinar la persona  
criminalmente responsable. Sin embargo, un defecto  
técnico de coordinación de estos preceptos entre sí y  
en relación con la cláusula general del artículo 35  
pueden producir graves desigualdades y resultados al-  
tamente insatisfactorios en orden a determinar la res-  
ponsabilidad criminal.

En efecto, tales preceptos establecen reglas para fijar la persona física que debe responder criminalmente cuando el delito se comete en el seno de una persona jurídica. Estas reglas son necesarias porque se presentan como consecuencia obligada de la vigencia en nuestro Derecho penal, al igual que en todo el continente europeo, del principio de la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas (*Societas delinquere non potest*). Sin embargo, han sido elaboradas estas reglas con falta total de criterio unitario y ausencia grave de coordinación. Es inexplicable, por ejemplo, por qué en los delitos laborales responden criminalmente los administradores o encargados del servicio, mientras que en los delitos monetarios responden los directores y gestores y en el artículo 544 los Directores generales, encargados y miembros de los Consejos de Administración.

*La falta de un criterio único pone de relieve las dudas que el autor del Proyecto tiene sobre las personas que deben de responder criminalmente cuando los delitos se cometen por medio de personas jurídicas. Estas dudas son argumento suficiente para que se restrinja y no se aumente, como realmente se hace, la responsabilidad criminal.*

Pero no acaban aquí los resultados impropicios de esta deficiente regulación. En efecto, frente a lo dispuesto en los preceptos citados, ya contradictorios entre sí, el artículo 35 establece con carácter general otra norma distinta que aporta un nuevo caos ya que hace recaer la responsabilidad sobre los directivos u órganos de la persona jurídica o sus representantes.

Al existir una norma general (art. 35) con contenido distinto que las normas específicas (arts. 358, 374 y 544), se corre el peligro de que se interpreten estas últimas normas como disposiciones extensivas de la responsabilidad criminal incluso a personas que no ha-

yan realizado ninguno de los hechos que configuran la respectiva descripción típica. Así, por ejemplo, podría entenderse que en un delito monetario consistente en constituir bienes o derechos en el extranjero responderán criminalmente, cuando el titular del derecho sea una persona jurídica, no sólo aquél que concluyó el negocio en representación de la persona jurídica (art. 35) sino también los directores y gestores a que se refiere el art. 374, hayan realizado o no operación alguna (aunque se tratara de una simple orden, acuerdo, aprobación o incitación) relativa al hecho delictivo.

A mi juicio es urgente una coordinación racional entre lo establecido en los arts. 35, 358, 374 y 544 del Proyecto a efectos de determinar quién debe responder criminalmente cuando el delito se comete por medio o en nombre de una persona jurídica.

*b.— Responsabilidad civil por hechos delictivos ajenos.*

El Proyecto muestra cierta preocupación por los intereses de la víctima. Supongo que producto de esta preocupación es el artículo 118 sobre responsabilidad civil subsidiaria.

Este precepto del Proyecto extiende el ámbito de la responsabilidad civil más allá de lo que lo hizo la jurisprudencia en aplicación del artículo 22 del Código penal vigente. Pero, además, mientras en aplicación del citado art. 22 cabía siempre la posibilidad de limitar la responsabilidad civil del principal a los supuestos en los que le era exigible la previsión de la comisión del hecho ilícito por parte del dependiente, en el artículo 118 del Proyecto parece ser voluntad legal supeditar dicha responsabilidad a la concurrencia de culpa sólo en contados supuestos (números 2 y 3)

mientras el resto de casos dependen de consideraciones objetivas.

A mi juicio, una responsabilidad civil objetiva por delitos cometidos por los representantes o gestores (número 4 art. 118), o con la utilización de medios de difusión (número 5), o cometidos por los dependientes (número 6), o por cualquiera que utilice medios peligrosos propiedad del responsable civil (número 7), etc... es una extensión muy insatisfactoria de este tipo de responsabilidad.

No se puede olvidar que la responsabilidad objetiva que se pretende en el ámbito de la llamada responsabilidad extracontractual en el ámbito del Derecho privado, parte de la base de ciertos principios (*richesse oblige o assurance oblige*) que no se cumplen en los casos a que se refiere el art. 118 del Proyecto. En efecto, no se puede explicar cuál es el fundamento de la responsabilidad civil que se hace recaer en el número 5 del art. 118 sobre los propietarios de una emisora de radio por los delitos cometidos a través de la misma por una banda asaltante. Dado que la letra de la ley es de total objetivación no permitiendo la prueba de la diligencia, no cabe la exoneración de responsabilidad. Y en este caso, sin embargo, aparte de no haber culpa de ninguna clase, tampoco se puede decir que el propietario se enriquezca con el hecho (*richesse oblige*) o que esté amparado por seguro alguno (*assurance oblige*).

No se puede olvidar que el propio Código civil cuando regula la responsabilidad civil extracontractual permite la prueba de la diligencia (art. 1903) para exonerarse de la obligación. Y tampoco se puede olvidar que, aunque en leyes especiales se prevén casos de responsabilidad objetiva, parten siempre de la existencia de un seguro o de un enriquecimiento claro a costa del peligro que se desarrolla para los de-

más. Véase, por ejemplo, si no es éste el sentido de la responsabilidad objetiva prevista en la Ley de Navegación aérea o en la Ley de uso y circulación de vehículos de motor o en la Ley de Energía nuclear o en la Ley de Policía de Ferrocarriles.

Pero, cuando, como es el caso del art. 118 del Proyecto, la responsabilidad civil procede de hechos delictivos cometidos por un tercero que, por ser hechos delictivos, siempre están cometidos al margen de los deberes asignados al sujeto o, como es el caso del número 5, pueden cometerse por personas que no tienen relación alguna con el responsable, *establecer aquí una responsabilidad objetiva sin posibilidad alguna de prueba de diligencia, implica una extensión desmesurada de la responsabilidad civil.*

A mi juicio, es preciso abrir la posibilidad de exonerarse de la responsabilidad civil bien probando la diligencia de un buen comerciante, bien exigiendo que los delitos cometidos entren dentro de las previsiones del responsable civil.

*c.— El principio de personalidad y el error vencible de prohibición*

El Proyecto establece dos cláusulas generales, una sobre el principio de personalidad en la aplicación extraterritorial de la Ley penal española y otra sobre el error vencible de derecho, que extienden desmesuradamente las posibilidades represivas del Código y pueden afectar a actividades empresariales.

En efecto, el artículo 10 del Proyecto castiga los delitos cometidos por los españoles en el extranjero sin las limitaciones que se establecen en el Derecho vigente en los arts. 339 a 341 de la Ley Orgánica del poder judicial. Esto significa que la Ley penal española, además de ser aplicable a todos los delitos cometidos en territorio español conforme a lo dispuesto en

el Título preliminar del Código civil y en el artículo 8 del Proyecto, se aplicará también a todos los delitos cometidos por españoles en el extranjero aún cuando no se afecte a intereses del Estado español ni el hecho fuera delito en el país en que se perpetró. Así, por ejemplo, *sería castigado conforme a la Ley penal española, un hecho contra la propiedad industrial cometido por español en el extranjero contra intereses extranjeros, aunque el hecho no fuera delito en el lugar en donde se cometió ni se querelle el ofendido.*

Sólo un legislador que se cree poseedor de una delegación divina de Justicia puede extender hasta tal grado la represión penal.

Por otra parte, el Proyecto cuando regula el error vencible de derecho en el último párrafo del art. 20, sigue la llamada en Dogmática “teoría de la culpabilidad” que entraña un tratamiento más severo de esta clase de error. En efecto, según la redacción del Proyecto, ha de imponerse la pena del delito doloso, aunque atenuada, en los casos en que el autor obra en la creencia errónea de que el hecho es lícito, siempre que tal error pudiera haberse corregido desplegando el cuidado debido.

En consecuencia, todos los delitos son punibles aunque el sujeto sufra error sobre la ilicitud del hecho, si tal error hubiera podido ser evitado. Pues bien, hemos de tener en cuenta que en los delitos económicos abundan los casos en que el delito remite para la determinación del hecho punible a distintas normas administrativas que, como ocurre en los casos de delitos monetarios, son de una enorme complejidad y de muy difícil conocimiento por el administrado. Esto significa que en delitos monetarios, contra la propiedad industrial, delito fiscal, delito de contrabando, delitos de precios o contra la competencia, etc..., son muy abundantes las posibilidades de incurrir en un

error vencible de derecho y, pese a ello, el hecho será punible con la pena del delito doloso atenuada.

*La punición del error vencible de derecho, tan abundante en los delitos económicos por la complejidad de la normativa que los disciplina, debe de quedar reducida a los supuestos más graves claramente determinados por la Ley.*

#### *d.— Los delitos de insolvencia*

La regulación de los delitos de insolvencia en el Proyecto (arts. 330 a 333) implican, a mi juicio, un tratamiento más severo de esta clase de infracciones sin que tenga justificación en razones político criminales.

En todo caso esta nueva regulación de los delitos de insolvencia peca del defecto de la *falta de oportunidad*. No tiene sentido que se modifique el Código penal en esta materia cuando en estos momentos la Comisión de Codificación está estudiando una nueva Ley Concursal que va a variar radicalmente, adecuándolo a la regulación europea, todo lo relativo a quiebras, concursos y suspensiones de pagos. No tiene sentido, repito, modificar ahora el Código penal para que vuelva a ser modificado de inmediato cuando entre en vigor la nueva Ley Concursal.

El Proyecto, además, ha creado dos nuevas figuras delictivas relativas a la suspensión de pagos que no resisten la menor crítica. Castiga en primer lugar en el art. 332 “conseguir la declaración de suspensión de pagos con el fin de agravar la situación de insolvencia y el final perjuicio de los acreedores”. El motivo de la creación de esta figura delictiva parece encontrarse en el hecho de que el insolvente acude al sistema de suspensión de pagos con el fin de evitar la quiebra. Ahora bien, este comportamiento del comerciante insolvente es lícito conforme a lo establecido en la Ley de

suspensión de pagos de 1922 que permite eludir la quiebra aún cuando el comerciante sufre una insolvencia definitiva. En todo caso, lo criticable aquí es la Ley de 1922 y no el comportamiento del comerciante amparándose en una disposición legal. Por otra parte, los acreedores siempre tienen oportunidad de solicitar la declaración de quiebra si el comerciante hubiere sobrepasado el pago de sus obligaciones.

El artículo 332 del Proyecto sólo puede ir referido a supuestos distintos a aquellos que declara lícitos la Ley de 1922. Tales casos podrían ser: bien el del comerciante insolvente que oculta al Juez su situación de insolvencia definitiva para evitar la quiebra, o el del comerciante que acompaña, a la declaración de suspensión de pagos, comportamientos que tratan de ocultar sus bienes.

En el primer caso habrá, en su caso, delito de estafa procesal o delitos de falsificación o, incluso, alzamiento de bienes. Y en el segundo caso no es más que un delito de alzamiento de bienes. Pero, además, si no cupieran estas figuras delictivas nos encontraríamos muy probablemente con un simple incumplimiento de obligaciones sin trascendencia penal o ante supuestos de suspensión de pagos que, a pesar de todo, quedan amparados por la criticable, sin duda, Ley de 1922.

Y en el artículo 333 castiga el Proyecto el incumplimiento del convenio con los acreedores. Ciertamente hay que reconocer que este precepto es inaudito. Se trata de castigar el simple incumplimiento de las obligaciones que asume el suspenso con sus acreedores, es decir, *se trata de reinstaurar en nuestro Derecho penal la prisión por deudas*. En este sentido no podemos evitar calificar este precepto de *regresivo*.

En efecto, es hoy principio elemental de los delitos contra el patrimonio que el incumplimiento de las obligaciones económicas no desencadenan actividad penal alguna a no ser en los casos en que el desvalor de acción sea especialmente grave por concurrir comportamientos fraudulentos o violentos. De ahí que no se pueda admitir este precepto que quiere castigar el incumplimiento de una obligación sin exigir más características. El único caso en que sería prudente una intervención jurídico penal es aquél en que al incumplimiento se acompañan comportamientos de ocultación de bienes, pero tal supuesto ya está castigado en el delito de alzamiento de bienes.

Deben de suprimirse estos delitos sobre la suspensión de pagos que no tienen más fundamento que la deficiente y criticable regulación de la Ley de 1922 y debe de esperarse a la Ley Concursal que está en fase de elaboración en la Comisión General de Codificación.

*e.— De las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito*

Bajo esta rúbrica castiga el Proyecto los delitos de letra de cambio vacía y el de cheque en descubierto. Se trata de dos formas de abuso de medios de pago y crédito que ha preocupado al medio mercantil y cuya necesidad de control nadie discute. En lo relativo a la letra de cambio vacía el Proyecto es bastante innovador en cuanto que no se conoce más antecedente que el Código penal belga y el Proyecto alternativo alemán.

Pese a que la idea de castigar el abuso de la letra de cambio vacía (o letra financiera o papel pelota) no es descabellada, la regulación que hace el Proyecto no tiene el menor sentido.

Hay que partir de la base que las letras financieras no sólo son lícitas sino también útiles y de uso común por iniciativa, incluso, de los propios Bancos descontantes. Sin embargo, hay que reconocer la necesidad de control para evitar los peligros del abuso de este medio de obtención de crédito. En determinados casos este abuso implica una estafa (quien siendo insolvente finge tener relaciones comerciales para obtener el descuento de una letra vacía o financiera) y en otros casos es una práctica irregular cuya nocividad no puede ignorarse. En efecto, *el abuso de las letras vacías puede producir fenómenos inflacionistas y crea riesgos para todos los participantes en la operación*. El firmante de favor, por ejemplo, se puede ver obligado a pagar lo que no debe al vencimiento del documento. El Banco descontante puede encontrarse con excepciones procesales o con firmantes insolventes. Y el propio librador puede verse tentado a la cabalgata de letras girando sucesivas letras de importe cada vez superior hasta la quiebra.

Pues bien, dados los riesgos que entraña en abuso de la letra financiera resulta correcta una defensa penal cuando el descontante oculta la condición del efecto mercantil. Pero resulta que *el art. 353 del Proyecto sólo castiga las letras financieras no aceptadas, mientras excluye de lo punible la letra financiera aceptada*.

Castigar el giro de letras no comerciales sin firma de acepto carece del menor sentido porque, se oculte o no el carácter no comercial de la letra, el Banco que descuenta sabe que lo que tiene en la mano carece del valor genuino de la letra de cambio. En efecto, el Banco sabe que sólo asume obligaciones cambiarias el librador por ser el único firmante y, por otra parte, el Banco no puede negociar la letra mediante el redescuento al Banco de España porque el art. 178 del Có-

digo de comercio prohíbe a los Bancos descontar letras sin la garantía de dos firmas de responsabilidad y solvencia.

*Castigar a quien trata de descontar una letra no comercial no aceptada, por el simple hecho de ocultar el carácter financiero de la letra, cuando el Banco tiene prohibido el descuento de tales efectos y, además, cargará en el tipo de descuento el escaso valor que el documento tiene, carece de sentido.*

*f.— De los delitos relativos al control de cambios*

El Proyecto de Código penal recoge las figuras delictivas que ya son derecho vigente tras la entrada en vigor de la Ley sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios de 1979 que sustituye a la derogada Ley penal y procesal de Delitos monetarios de 1938.

Pues bien, si puede decir en su día que la Ley de 1938 era excesivamente benigna en comparación con otras leyes de la época (por ejemplo, la Ley de acaparamiento que castigaba con la pena de muerte, reclusión mayor o incautación de fortunas) y en comparación con las penas previstas en otras leyes extranjeras sobre delitos monetarios, puedo decir hoy que la regulación actual de los delitos monetarios, tanto en la Ley de control de cambios como en el Proyecto de Código penal, es demasiado severa.

No hay que olvidar que la Ley de 1938 nace en plena guerra civil y se aplica en los tiempos del régimen autárquico, mientras que la Ley de Control de Cambios o el Proyecto de Código penal conviven con el sistema de convertibilidad de la peseta y plenas relaciones comerciales y monetarias con el exterior por lo que han de partir de un sistema de liberación de los cambios aunque sometidos a control.

*Esto significa que los delitos monetarios aparecen hoy como simples delitos formales.* En efecto, no se puede encontrar en los delitos monetarios una lesión o puesta en peligro de la Economía nacional sino que afectan simplemente al interés de la Administración en el control de los medios de pago internacionales. Para el castigo del delito monetario no es necesario probar que el hecho haya puesto en peligro la Economía nacional, o haya afectado a la balanza de pagos, la posición de la peseta en el mercado internacional o las posibilidades del país para hacer frente a las obligaciones crediticias con el exterior.

Por otra parte, en la mayor parte de los supuestos no sería posible probar tales efectos. Sólo en delitos de enormes cuantías podrían las técnicas de la macroeconomía detectar el impacto del hecho en la balanza de pagos o en el mercado de divisas, pero aun en tal caso, la valoración de si tal impacto resulta lesivo o no para la Economía nacional varía sensiblemente según la posición teórica del intérprete.

En efecto, mientras unos piensan que el control riguroso de los cambios con el exterior facilita el desarrollo del país, la política del pleno empleo, impide la dependencia económica del capital extranjero y evita la desestabilización de la moneda nacional, otros economistas piensan que el control produce unos costos adicionales perjudiciales. Por otra parte, estos últimos siguen admitiendo que la liberalización de cambios con el exterior permite, con la entrada de inversiones del extranjero, incrementar la competencia, favorecer a los consumidores, desarrollar la tecnología propia, etc.; y con la exportación de capitales españoles se abre un acceso a los mercados financieros extranjeros, se asegura el flujo de entrada de divisas, se facilita la exportación de mercancías y se ayuda a la política de pleno empleo.

Con estas observaciones trato simplemente de poner de relieve *lo discutible que resulta demostrar el carácter lesivo para la Economía nacional de esta clase de infracciones*. Por poner algún ejemplo: juzgo muy dudoso poder afirmar que la adquisición a título oneroso en el extranjero de bienes con contenido patrimonial perjudique a la Economía nacional, el sistema monetario o la balanza de pagos siempre que se hace sin autorización administrativa, y no produce tales efectos cuando media tal autorización. Del mismo modo, no alcanzo a comprender cómo puede hablarse de la lesión de la Economía nacional por parte del residente que retiene divisas sin cederlas al Banco de España, cuando resulta que todos los economistas, de cualquier signo político e ideológico, entienden que en estos momentos nuestro país tiene un nivel de reservas excesivo.

En definitiva, si partimos, al contrario que en 1938, de un sistema de liberalización de cambios, si, además, observamos que éste es también el punto de partida de las leyes europeas sobre divisas en cumplimiento de lo dispuesto en el Tratado de Roma, si, por tanto, los delitos monetarios no son más que infracciones de desobediencia al control administrativo, el número de delitos y las sanciones impuestas en la Ley de Control de Cambios y en el Proyecto de Código penal parecen excesivos.

A mi juicio, los delitos monetarios deben de reducirse, como hace la Ley italiana de 1976, a los comportamientos de exportar divisas o moneda nacional, constituir bienes o derechos en el extranjero y no ceder las divisas que posean los residentes.

Por otra parte, es necesario simplificar *el sistema de control de cambios que parte de la presunción de que todo empresario es un evasor en potencia y de que todo funcionario encargado de conceder o denegar las*

*autorizaciones para los cambios con el exterior ad-  
quiere cualidades de probidad y equidad.*

*g.— Breve referencia a otras disposiciones*

Para completar el estudio sobre el tratamiento que el Proyecto concede a la actividad económica, y sin ánimo de exhaustividad, acabo refiriéndome a otras disposiciones de menor trascendencia.

En el art. 329 se castiga al que ordena, autoriza o realiza *transportes peligrosos* “incumpliendo cualquiera de las normas establecidas para la seguridad”. La expresión “cualquiera” da una extensión desmesurada al hecho delictivo que, probablemente, no ha querido el propio redactor del precepto. A mi juicio, el hecho delictivo debe de reducirse a los casos en que se incumplan normas que “directamente” afecten a la seguridad en el transporte.

Cuando en el art. 339 números 3 y 4 se castiga la *sustitución o eliminación del nombre del fabricante o de la marca* no se puede olvidar que a lo largo de los procesos de fabricación y comercialización de un producto existen distintos sujetos con titularidad suficiente para usar su nombre y su marca. De ahí que los tipos delictivos debían de contener la salvedad de que el comportamiento se realiza “indebidamente”. Así ambos preceptos deberían de haber comenzado: “Los que indebidamente...”.

En la *competencia desleal* castigada en el art. 341, el Proyecto debiera haber recogido algo que desde todos los frentes se reclama, y es la posibilidad de que el Juez penal pueda acordar el cese en las prácticas desleales. Porque poco sirve la penalización de la conducta cuando el perjudicado carece de medios jurídicos rápidos y eficaces que hacen cesar la competencia ilícita.

El art. 346 que se refiere a las *prácticas restrictivas de la competencia* contiene una de las descripciones típicas más vagas e indeterminadas de todo el Proyecto. En efecto, obsérvese que la conducta punible consiste en “prevalerse para impedir o limitar”. No se describe ningún comportamiento concreto y basta con que el sujeto “se valga o aproveche de” (según el significado que el Diccionario da al reflexivo “prevaler”) para que se consume el delito. Esta vaguedad debe de ser corregida, por ejemplo, exigiendo un resultado concreto que consista en impedir o limitar la competencia. De este modo, al convertir la figura delictiva en tipo prohibitivo de causar, se consigue una mayor concreción en cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de Legalidad.

El art. 369 castiga al *socio mayoritario que consigue condiciones abusivas o leoninas* en perjuicio de los restantes socios. Da la impresión que el precepto se quiere referir no a la mera imposición de acuerdos que la mayoría realiza sobre las minorías en el seno de una sociedad, lo cual es perfectamente lícito, sino a algo más, en concreto a decisiones “abusivas o leoninas”. A mi juicio, el precepto es de una total imprecisión pero, además, por el propio carácter de la cuestión, no es posible concretar cuál es la voluntad legal. Debería de reducirse el comportamiento típico a la imposición de condiciones en perjuicio de los intereses sociales.

**LUIS RODRIGUEZ RAMOS**

Profesor agregado de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid



**Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (Arts. 323 a 325 del Proyecto).**

## SUMARIO

### INTRODUCCION.

#### I. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION. EL BIEN JURIDICO.

1. Ubicación sistemática
2. Contenido de los preceptos

#### II. INOPORTUNIDAD POLITICO CRIMINAL.

1. Necesidad de previa modificación y promulgación de leyes no penales
2. Posibles opciones

#### III. PEREZA E HIPERTROFIA LEGISLATIVA

1. Omisión de referencias a otras leyes penales
2. Omisión de cualificaciones por el resultado

#### IV. OTRAS CRITICAS AL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS.

1. Inadecuaciones terminológicas y conceptuales
2. Olvido de importantes factores contaminantes
3. Olvido de las desobediencias
4. Necesaria incriminación de la versión culposa
5. Omisión de referencias al carácter internacional
6. Desconexión con la problemática de los recursos naturales y con la calidad de vida

#### V. CONCLUSION Y PLAN A SEGUIR

## INTRODUCCION

El artículo 45 de la Constitución española dispone:

- “1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije *se establecerán sanciones penales* o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

La “Exposición de motivos” del Proyecto de Ley orgánica de Código penal, en el párrafo “d)” del apartado “V” reza así:

“... El artículo 45 de la Constitución prevé, para la defensa de los recursos naturales y del medio ambiente, sanciones penales o, en su caso, administrativas. En desarrollo de este precepto constitucional se crea un nuevo delito para castigar a quienes, en la explotación de una industria y con infracción de las normas reglamentarias, provocan emanaciones en la atmósfera, o vierten en los

ríos, aguas interiores o territoriales, sustancias que puedan perjudicar a las personas, a los animales, bosques o plantaciones útiles...”.

Y, en fin, los artículos 323, 324 y 325 del Proyecto de Código penal, ubicados en el Capítulo III “De los delitos contra la salud pública” del Título VII “Delitos contra la seguridad colectiva” del Libro II, son los que según el fragmento reproducido de la Exposición de motivos vienen a cumplir el mentado mandato constitucional. Por razones de economía se omite la transcripción de estos preceptos, por considerar fácilmente accesible el texto del Proyecto.

La presente Comunicación se limita a exponer que esta pretendida protección penal del medio ambiente es inconstitucional por omisión, en cuanto que no protege realmente el medio ambiente sino la salud pública; también, que peca por una parte de pereza y, por otra, de hipertrofia legislativa, al solapar tipos penales sobre una misma realidad pero olvidando necesarias cualificaciones por el resultado; luego, que merece otras críticas por ignorar los vigentes términos y conceptos medio ambientales, omitir referencias a factores contaminantes y a áreas contaminables, castigar la clandestinidad pero olvidar supuestos más graves como los de desobediencia, no punir los supuestos culposos, ignorar el carácter internacional del medio ambiente y, en fin, desconocer en la regulación concreta las conexiones entre medio ambiente y recursos naturales y calidad de vida.

Esta breve comunicación termina con una propuesta de plan a seguir, para realmente proteger desde la normativa penal al medio ambiente y, en consecuencia, cumplir efectivamente el mandato constitucional que contiene el citado artículo 45 del conjunto normativo básico.

## I. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION. EL BIEN JURIDICO

Tanto la ubicación sistemática de los preceptos aquí examinados, artículos 323 a 325 del Proyecto de Código penal, como su contenido evidencian que el bien jurídico protegido en tales textos no es el “medio ambiente” sino la “salud pública”, realidad que supone declarar falso lo previsto en el apartado “V” párrafo “d)” de la Exposición de Motivos del Proyecto, y, al mismo tiempo, considerar inconstitucionales tales artículos, aun cuando sea en la sutil versión omisiva, pues sistemática y literalmente no cumplen el mandato constitucional de proteger plenamente el medio ambiente (amparan la salud pública), siendo así que el reseñado pasaje del preámbulo dice lo contrario.

### *1. UBICACION SISTEMATICA*

Aunque aparentemente los artículos 323, 324 y 325 del Proyecto del Código penal protejan el medio ambiente natural en alguno de sus sectores (atmósfera, aguas continentales, suelos, etc.), tal apariencia se queda en espejismo al verificar que dichos artículos pertenecen al Capítulo III “De los delitos contra la salud pública” dentro del Título VII “Delitos contra la seguridad colectiva”: se protege la salud pública en el ámbito de la seguridad colectiva.

La postura del Proyecto es coherente con un planteamiento arcaico de lo que es y significa el medio ambiente, pero está muy lejos de su configuración actual: una síntesis de bienes jurídicos tradicionales que van desde la salud hasta la estética, pasando por el uso racional y económico de las materias primas y, en especial, energéticas, sin olvidar todo lo que tiene de libertad y tranquilidad y, en definitiva, de calidad de

vida o de vida en general. Si de este conglomerado, síntesis o conjunción de bienes jurídicos sólo se considera el aspecto sanitario, obvio es que se protegerá la salud pública pero no el medio ambiente.

## 2. CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS

Pero todo lo dicho no sólo se desprende de una interpretación sistemática, sino que también se fundamenta en una exégesis puramente literal o semántica. En efecto, los citados artículos hablan de “sustancias que puedan perjudicar gravemente a las personas”, a actos realizados “en las inmediaciones de poblaciones” o que “afectaren a aguas desinadas al consumo público”, o a “la nocividad o molestias” y a “la gravedad del riesgo causado”.

Si se tiene en cuenta que el derecho al medio ambiente, contenido en el artículo 45 de la Constitución, es diverso del derecho a la vida e integridad física —artículo 15— o al de la protección de la salud —artículo 43—, habrá que concluir que muy parcial e imperfectamente se puede considerar protegido por los referidos artículos del Proyecto, máxime si se tienen en cuenta las subsiguientes críticas que, por suponer imperfecciones técnicas en los mismos preceptos, refuerzan la mencionada inconstitucionalidad por omisión y, cabría añadir, por impericia.

## II. INOPORTUNIDAD POLITICO CRIMINAL

Al margen de las críticas precedentes y sin perjuicio de las subsiguientes, en este apartado se destaca la inoportunidad político criminal de cualquier intento de tipificación de delitos ecológicos, si previamente no se modifican o se promulgan nuevas leyes medio

ambientales no penales por las razones que de inmediato se expresan. Cumplida esta condición, caben diversas opciones al legislador penal que, de modo esquemático, también se exponen.

### *1. NECESIDAD DE PREVIA MODIFICACION Y PROMULGACION DE LEYES NO PENALES*

Los más recientes estudios sobre la protección penal del medio ambiente, que pueden centrarse en la “Resolución (77) 28 sobre la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente” (adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977, sobre la base de un “Rapport del Comité europeo para los problemas criminales” elaborada por el subcomité nº XXXIV) y en las Recomendaciones de la Sección II del XII Congreso internacional de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en Hamburgo en septiembre de 1979, coinciden, según reza la recomendación número 3. del Congreso citado, en lo siguiente:

“En la preservación del medio ambiente, corresponde el papel esencial a las disciplinas no penales. El Derecho penal debe intervenir, sin embargo, para asegurar la eficacia de la normativa de carácter no penal, principalmente de Derecho administrativo y de Derecho civil. *En este ámbito el Derecho penal cumple ante todo una función auxiliar.* Es preciso, no obstante, que el Derecho penal intervenga de forma autónoma en supuestos de atentado grave al medio ambiente”.

Si el Derecho penal cumple en este campo una función primordialmente auxiliar, no parece lógico que se intente cumplir tal función antes de que se promulgue o adapte la normativa a la cual se ha de prestar el apoyo. Parece, en cambio, más oportuno esperar a que se promulgue la Ley general del medio ambiente (o de normas básicas sobre la protección y restaura-

ción del medio ambiente, que a estos efectos lo mismo da) y, además, a que se elaboren o modifiquen las leyes sectoriales (atmósfera, aguas, residuos sólidos, espacios naturales, etc.) inspiradas en los principios de la citada ley general o básica; y parece ésta la solución más prudente por ser la única que de verdad permite a las correspondientes normas penales que cumplan su primordial función de auxilio o apoyo.

Por otra parte, tampoco cabe pensar que en esta situación sí es oportuna en cambio la tipificación, con autonomía, de los delitos consistentes en esos atentados más graves al medio ambiente. En primer lugar porque los citados artículos 323 a 325 del Proyecto no se colocan en estos parámetros y, en segundo término, porque los defectos antedichos (en especial la circunscripción del bien jurídico medio ambiente a la salud pública) y los que más adelante se indican, borran cualquier posible validez, aun residual, de tales artículos en este segundo sentido de las normas penales medio ambientales.

## *2. POSIBLES OPCIONES*

Lo que antecede no cuestiona la necesidad de proteger penalmente el medio ambiente, necesidad cuya discusión está incluso vedada por el carácter imperativo del citado artículo 45 de la Constitución. Lo que se ha reprochado al Proyecto de Código penal en este punto es su inoportunidad político criminal, al tener que promulgarse otras leyes no penales antes de cualquier otro intento serio de cumplir el mandato constitucional. Ahora bien, suponiendo que muy en breve puede haberse cumplido esta "conditio sine qua non", ¿qué caminos puede entonces seguir el legislador penal?

Para no extenderse en este punto, un tanto margi-

nal al Proyecto de Código penal, cabe decir que en síntesis son tres las posibilidades con que contará el legislador: elaboración de una ley penal especial para los delitos ambientales, inclusión de un capítulo o título penal en las distintas leyes sectoriales y, en fin, la inclusión de un título en el Código penal exclusivamente dedicado a estos preceptos. Cualquiera de las tres fórmulas es viable y, considerando lo variopinto y complejo del orbe medio ambiental, cabe incluso declarar la compatibilidad de las tres vías. Pero conviene, en aras de la brevedad, retornar a la crítica de los tres preceptos del Proyecto.

### III. PEREZA E HIPERTROFIA LEGISLATIVAS

Volviendo a la crítica de los artículos 323 y siguientes del Proyecto de Código penal, dos nuevos cargos vienen a sumarse a los anteriores: la falta de referencia a leyes penales especiales implicadas, de algún modo, en la temática ambiental y, por otra parte, el olvido de convenientes cualificaciones por el resultado. La pereza del prelegislador al no acometer la tarea de considerar las leyes penales especiales vigentes, ni siquiera emplazarse para hacerlo en una disposición final, llevaría una vez más, si se convirtiera el Proyecto en Ley, a una hipertrofia normativa que, en contra de lo que cabría suponer, cuando acaece en el campo penal no significa sobreprotección sino más bien confusión y, en muchos casos, mutua neutralización en la práctica.

#### *1. OMISION DE REFERENCIAS A OTRAS LEYES PENALES*

Leyes como la de caza 1/1970 de 4 de abril, de pesca fluvial de 20 de febrero de 1942, para la Protec-

ción de pájaros insectívoros de 19 de septiembre de 1896, sobre Represión de la pesca con explosivos o sustancias venenosas o corrosivas de 31 de diciembre de 1946 y la de energía nuclear 25/1964 de 29 de abril, contienen injustos penales, más o menos protectores de aspectos medioambientales, que deben reconsiderarse y, en su caso, modificarse para lograr una elemental coordinación en cualquier intento de actualización y globalización de la mencionada protección penal.

Si, como hace el Proyecto, se omiten estas referencias se caerá una vez más en la multiplicación y superposición de las figuras delictivas, más o menos referidas a un mismo sector material, cometiendo el craso error de política criminal de, paradójicamente, olvidar la necesidad de dicha política. Esta pereza o precipitación merece también críticas; y, en el intento definitivo de implantar los delitos ambientales, una vez cumplidas las previas condiciones antes indicadas, se podrá probar la capacidad de rectificación y de enmienda del Gobierno al elaborar los Anteproyecto y Proyecto de Ley.

## *2. OMISION DE CUALIFICACIONES POR EL RESULTADO*

Los comportamientos previstos en los artículos 323, 324 y 325 del Proyecto son de peligro, al menos para bienes jurídicos como la vida o la integridad corporal de las personas. Si se actualizaran tales peligros, surgiría el problema de considerar tal concurso como de normas (a resolver conforme al artículo 15 del Proyecto) o, más bien, como concurso de delitos material (artículos 85 a 87) o ideal-teleológico (artículo 88), problema que en cualquier caso podría redundar en una minimización del atentado contra el medio ambiente, por lo que pudiera resultar más adecuado

construir alguna figura de delito complejo, en régimen de cualificación por el resultado en el sentido moderno del término, cual es el caso de los párrafos 63 y 64 de la Ley alemana de 15 de marzo de 1974 para la protección del medio ambiente de los efectos de la contaminación atmosférica, ruidos, vibraciones y fenómenos similares (Bundes-Immissionsschutzgesetz) y del 16 de la Ley de 7 de junio de 1972 del mismo país sobre eliminación de desechos (Abfallbesitzungsgesetz).

#### IV. OTRAS CRITICAS AL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS

A todas las inoportunidades e inadecuaciones ya predicadas de los artículos 323, 324 y 325 del Proyecto de Código penal, hay que añadir nuevas críticas como la imprecisión terminológica y conceptual, el olvido de importantes factores contaminantes, omisión de referencias a las desobediencias, falta de incriminaciones culposas, desconsideración del carácter internacional de los problemas ambientales y, en fin, desconexión con la problemática de los recursos naturales y de la calidad de vida.

##### 1. INADECUACIONES TERMINOLOGICAS Y CONCEPTUALES

El Proyecto utiliza términos y, consiguientemente, conceptos ajenos a la realidad y a las ciencias del medio ambiente, inadecuaciones que no sólo significan impropiedad lingüística y lógica sino, y sobre todo, desconexión con la realidad, con las regulaciones administrativas incidentes en estos ámbitos y, en fin, dificultades interpretativas nacidas de la ambigüedad e imprecisión que redundarían en dificultades aplicativas.

En un rápido repaso de los textos se aprecia, por ejemplo, que se hace referencia a “ríos” y a “aguas interiores”, cuando lo correcto sería hablar de “aguas continentales: superficiales y subterráneas”; de aguas “territoriales”, cuando debería de hablarse de “aguas marinas”; de “animales”, en vez de referirse a la “fauna” en general, a la “fauna silvestre”, a los “animales domésticos”; de “bosques”, en vez de “espacios naturales” o “montes”; de “emanaciones”, en vez de “emisiones” e “inmisiones”, etc.

## *2. OLVIDO DE IMPORTANTES FACTORES CONTAMINANTES*

No se incluyen en el tipo del artículo 323 referencias a importantes factores contaminantes del medio ambiente como los ruidos, las vibraciones, los plaguicidas, las micotoxinas, etc. Se omiten también referencias a especiales protecciones de determinados ámbitos territoriales, salvo la desafortunada cita de “las inmediaciones de poblaciones”, desafortunada tanto por lo que tienen de ambiguo ambos términos como por la paradoja de que no se daría la cualificación si los actos tuvieran lugar “en” las poblaciones.

En el artículo 325, relativo a los residuos sólidos, se desconsidera todo lo relativo a los deshechos y residuos no urbanos (rurales y agropecuarios), de gran trascendencia en la actualidad (piénsese, por ejemplo, que hay provincias españolas en las que hay más cerdos que habitantes) y, por otra parte, también se olvidan las estaciones o instalaciones de tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos, al hacer sólo referencia a “depósitos” y “vertederos”.

## *3. OLVIDO DE LAS DESOBEDIENCIAS*

También es criticable la no referencia a comportamientos de desobediencia a prohibiciones, cierres de

establecimiento, suspensiones, revocación de licencias, etc. decretados por la autoridad administrativa, mencionando en cambio conductas más leves cuales son de ordinario la clandestinidad o ausencia de autorización o aprobación de industrias u otras actividades potencialmente contaminantes. Los delitos de desobediencia a la autoridad administrativa en general no son disculpa para tal omisión, pues, por una parte, en este ámbito lo que se castiga es, sobre todo, el atentado al medio ambiente más que la desobediencia en sí, y, por otra, no parece lógico castigar una conducta más insignificante cual es la clandestinidad en general y omitir especial incriminación para las más graves que son las desobediencias. Además, la criminalización de estas desobediencias que concurren con un peligro o una lesión del medio ambiente, es una de las modalidades más arquetípicas en la misión auxiliar y de apoyo de la norma penal, como papel principal que le corresponde en la protección del medio ambiente.

#### *4. NECESARIA INCRIMINACION DE LA VERSION CULPOSA*

El Proyecto omite la tipificación de versiones culposas de los comportamientos incluidos en los artículos 323 y siguientes. Como en este Proyecto ya no se contienen cláusulas generales de incriminación culposa al estilo de los vigentes artículos 565, 586 n<sup>o</sup> 3 y 600, la ausencia de dolo será equivalente a impunidad en casos como el presente. La importancia del bien jurídico protegido (síntesis de otros muchos bienes) hace aconsejable incluir los supuestos culposos en el ámbito de estos delitos, siguiendo el ejemplo de otros países, concretamente de las leyes alemanas antes citadas.

##### *5. OMISION DE REFERENCIAS AL CARACTER INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE*

En el Proyecto no se hace referencia al carácter internacional del medio ambiente, internacionalidad que quizá debiera traducirse en el cómputo de las condenas extranjeras a efectos de reincidencia y en la inclusión de estos delitos entre los perseguibles en España aun habiéndose cometido fuera de su territorio. En el citado reciente Congreso de Hamburgo se ha hecho especial referencia a esta vertiente internacional del medio ambiente y de su protección penal.

##### *6. DESCONEXION CON LA PROBLEMATICA DE LOS RECURSOS NATURALES Y DE LA CALIDAD DE VIDA*

El artículo 45 de la Constitución conecta la defensa del medio ambiente con la calidad de vida y con la utilización racional de los recursos naturales, reclamando protección penal para las tres realidades. Como ya se ha indicado, el Proyecto sólo protege la salud pública de modo claro y patente, circunscribiendo por otra parte la protección del medio ambiente a la necesidad de evitar la contaminación. Este planteamiento tan modesto olvida que la Constitución reclama una protección más amplia para “la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente”.

En la regulación definitiva de los delitos medio ambientales habrá que partir de un concepto más amplio de medio ambiente, centrado en la calidad de vida y en la escasez de los recursos naturales, superador de criterios tan pobres como los del Proyecto ahora criticado.

## V. CONCLUSION Y PLAN A SEGUIR

De lo antedicho se desprende deben suprimirse del Proyecto de Código penal los artículos 323, 324 y 325, sin que sea posible, de momento, ofrecer otra versión sustitutiva de los delitos ambientales, al tener que esperar a la promulgación de la Ley general o básica del medio ambiente, a la elaboración o modificación de las leyes sectoriales y, en fin, a que el legislador opte por alguna o algunas de las tres soluciones globales antes apuntadas: una ley penal especial para todos los delitos ecológicos, capítulos o títulos penales en las leyes sectoriales (atmósfera, aguas continentales y aguas marinas, residuos sólidos, etc.), y/o un Título a adicionar al Código penal agrupando tales delitos.

En todo caso habrá que incluir en la elaboración de estos delitos medio ambientales la reconsideración, profunda y extensa, de los vigentes tipos penales contenidos en las leyes antes citadas, que tienen conexiones más o menos íntimas con el medio ambiente natural.

## **SANTIAGO MIR PUIG**

**Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona**



**Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal de 1.980.**

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El Proyecto de Código Penal (PCP) de 1980, más que un nuevo CP, supone, en realidad, una reforma, ciertamente importante, pero reforma al fin y al cabo, del CP vigente. Viene así a suponer una nueva versión, pese a los importantes retoques, del CP de 1848. Sin embargo, se presenta *formalmente* como un nuevo código, que altera substancialmente la distribución sistemática de sus preceptos y la numeración de los mismos. Creo que es un error que rompe innecesariamente con la tradición a la que los penalistas estamos acostumbrados. Soy partidario de que el *contenido* de la reforma sea importante, de que se profundice más aún en su realización material, pero, en cambio, creo que habría que reducir al mínimo los cambios puramente formales, que, sin significado alguno de mejora, vienen a complicar las cosas tanto a nivel científico —los trabajos sobre el código vigente pierden validez por razones formales— como práctico —se obliga a la Administración de Justicia a iniciar de nuevo el aprendizaje de un articulado formalmente alterado—.

Que estas consideraciones no carecen de importancia lo pone de manifiesto la experiencia del código penal de la República Federal de Alemania de 1975, que, pese a la profundidad de la reforma que ha supuesto, ha mantenido, al menos en la Parte especial,

la numeración anterior del articulado. ¿Cómo se ha conseguido?: Tendiendo a que las reformas redundasen en simplificación del texto legal que permitiese suprimir, más que añadir, artículos, lo que ha permitido dar cabida, en su caso, a los que resultaba imprescindible introducir y simplemente dejar sin contenido los que no era preciso substituir. En cambio, el PCP 1980 aumenta considerablemente el número de artículos, ya excesivamente elevado en el código penal vigente (el código penal alemán tiene 358 artículos, el código penal español vigente, 604, y el PCP 1980, 650), lo que determina un cambio total de numeración. Sería preferible intentar mantener la numeración actual y reducir substancialmente el articulado, a través del procedimiento de dejar artículos sin contenido. El título preliminar que se antepone, podría emplear números romanos.

Por otra parte, soy contrario a los meros retoques de detalle que, por pequeñas y discutibles mejoras, darán pie a numerosas solicitudes de revisión de procesos y a inseguridad en los Tribunales por ausencia de jurisprudencia.

Ahora bien, resulta razonable pensar que, a estas alturas, es ya muy difícil que el Proyecto vuelva a la numeración actualmente vigente. Me conformaría, pues, con que se intentase mantener la numeración en el Título I. Ello resulta relativamente sencillo y, a la vez, especialmente importante. Utilizando números romanos para el Título preliminar —lo que tendría la ventaja de destacar el carácter preliminar del mismo—, no es nada difícil hacer que la definición de delito se mantenga en el artículo 1, que las eximentes sigan en el art. 8, las atenuantes en el 9, las agravantes en el 10 y la circunstancia mixta en el 11, etc. El mantenimiento de la tradición se halla particularmente indicado en estos preceptos básicos de nuestro Derecho penal.

En todo caso, puestos ya a pretender un nuevo Código, deberían profundizarse las reformas proyectadas. Las páginas que siguen, intentan reflejar mi modesta opinión al respecto.

## II. OBSERVACIONES AL TÍTULO PRELIMINAR

1. El *artículo 1* del Proyecto (que podríamos pasar a art. I) formula el principio de legalidad en exclusiva referencia a los delitos y a las penas. Parece olvidarse que el Proyecto también prevé un sistema de medidas de seguridad, que debe someterse, en lo posible, a las *mismas* garantías. No se halla justificado el tratamiento discriminador del Proyecto, que relega la enunciación del principio de legalidad de las medidas de seguridad al Título VI del Libro I, mientras que cree necesario proclamar dicho principio para las penas en el Título preliminar. Convendría unificar el tratamiento y traer al Título preliminar, como segundo párrafo del art. I, una formulación del principio de legalidad que abarcase tanto a las medidas de seguridad como a su primer presupuesto, el delito previo, en correspondencia con los dos aspectos —criminal y penal— destacados en la fórmula del principio de legalidad de las normas que establecen penas. Debería suprimirse, en consecuencia, el art. 130 I del Proyecto.

2. Los párrafos II y III del art. 1 del Proyecto son innecesarios. En todo caso, el inciso final se refiere, inadecuadamente, al “mal causado por la infracción y la culpabilidad del reo”. El “mal causado”, en sí mismo, es un dato naturalístico no susceptible de valoración ético-jurídica, puesto que el mismo mal puede producirse por obra de la naturaleza (por enfermedad, por obra de una tormenta, etc.). En un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 Constitución) el

Derecho penal debe hallarse al servicio de la protección de la Sociedad, por lo que sus normas deben dirigirse a la *prevención de conductas* que en el momento de su realización aparezcan como peligrosas para los bienes jurídicos: no pueden prohibirse “males causados”, “resultados” en sí mismos, sino sólo los comportamientos que pueden conducir a ellos. ¿Qué ocurre, además, en los delitos de mera actividad en que no se causa “mal” alguno? Por otra parte, el término “culpabilidad” se halla discutido por un sector de la doctrina como presupuesto metafísico indemostrable y ciertamente implica connotaciones morales no deseables en un Estado de Derecho que respete la distinción clara de Moral y Derecho —pese a los esfuerzos que hace la doctrina dominante por distinguir correctamente entre culpabilidad jurídica y culpabilidad moral—. Un Código penal entendido como instrumento de Política social de protección de bienes jurídicos, independiente de credos y sentimientos morales de culpabilidad, no debería abandonar el ejemplo histórico de nuestros Códigos, que no han citado la palabra culpabilidad.

Para obviar las dificultades apuntadas, sería aconsejable: por una parte, substituir la expresión “mal causado” por la de *‘gravedad de la infracción’*, que, además de prescindir del criterio naturalístico que inspira la fórmula del Proyecto, alcanza al desvalor de la acción; por otra parte, substituir el término “culpabilidad” por los de *‘responsabilidad penal’*.

3. Por las mismas razones indicadas respecto al principio de legalidad criminal y penal, también las garantías jurisdiccional y de ejecución establecidas por el *art. 2* (que podría pasar a *art. II*), deberían extenderse a las medidas de seguridad. El *art. 130 II* del Proyecto debería substituirse por la referencia a las medidas de seguridad en el *art. II*. Ello podría tener lugar median-

te la fórmula “pena o medida de seguridad alguna”. Conviene evitar que para las medidas de seguridad se exija una menor garantía jurisdiccional que para las penas, como hace el art. 130 II actual, que se conforma con requerir una “resolución” y no una “sentencia firme”.

4. Es muy elogiable el espíritu que anima el *art. 3* del Proyecto (que podría pasar a art. III). Su configuración resulta, sin embargo, discutible. Por de pronto, el alcance del primer inciso es, si se interpreta correctamente, mucho más amplio que el del segundo. La exigencia de imprudencia en los delitos cualificados por el resultado no posee mayor trascendencia que la de dolo o imprudencia que formula el art. 17 del Proyecto, mucho más general todavía. Y sin embargo, este último se incluye en el Título I del Libro I, mientras que la restricción relativa a los delitos cualificados por el resultado, menos general, se formula en el Título preliminar. Más correcto me parecería trasladar este segundo inciso del art. 3 del Proyecto al Título I del Libro I, como segunda parte del art. 18 (ver las observaciones a este precepto). El primer inciso —“no hay pena sin culpabilidad”— quedaría entonces liberado de la interpretación causalista que ahora podría parecer sugerida por el legislador: seguida, como ahora está, de la exigencia de, al menos, imprudencia, podría pensarse que alude, en primer lugar, a la necesidad de dolo o culpa. Esta situación actual contradice el recto propósito de los autores del Proyecto, de no tomar partido en la polémica doctrinal entre causalismo y finalismo —como sucede con el art. 21 del Proyecto que luego comentaremos—.

Extraído del art. 3 del Proyecto su segundo inciso relativo a los delitos cualificados, su contenido, pues, mejoraría. No obstante, la referencia a la “culpabilidad” seguiría dejando insatisfechos a quienes recha-

zan este concepto por las razones indicadas supra II 2. Por otra parte, aun admitido, el principio de culpabilidad no es el único ni tampoco el más importante de los que deben guiar el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. O bien se completa la enumeración de principios o bien se suprime. Esta segunda opción tal vez sería la más prudente, pero personalmente considero más útil que el Código explicité inequívocamente sus postulados fundamentales, los cuales podrán y deberán servir de orientación y límite al legislador —no se olvide que el CP tendrá carácter de Ley Orgánica— y al juez. Es particularmente importante que el juzgador cuente con una orientación precisa en la aplicación de las penas y medidas de seguridad, sobre todo en un sistema como el del Proyecto que amplía las facultades de suspensión o sustitución de las penas y obliga a imponer medidas de seguridad cuya determinación queda confiada al Juez.

Propondría, pues, substituir la actual redacción del art. 3 del Proyecto por otra que estableciese los siguientes principios:

1º) Las leyes penales, tando si prevén penas como medidas de seguridad, persiguen la prevención de delitos como medio de protección de la Sociedad. Que éste es el fin de la pena nadie lo discute, ni siquiera quienes la fundamentan en la retribución, aspecto éste, en cambio, sí vivamente controvertido que no puede decidir el Código penal. La distinción de prevención general y especial no es necesaria. La fórmula propuesta tiene la ventaja de limitar la legitimidad de la prevención especial dentro de la medida necesaria para la protección de la Sociedad, lo que es conveniente destacar al no ser mencionado por la Constitución.

2º) La pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y la responsabilidad penal del

sujeto. El término “culpabilidad” se substituiría por el de “responsabilidad penal”, según lo dicho supra II 2. Junto a ello se añadiría el primer límite que debe respetar nuestro Derecho penal, el de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio previo al de “culpabilidad”, pues antes de exigir que el sujeto sea “responsable” (“culpable”) del hecho, es preciso requerir que el hecho lesione o ponga en peligro bienes que merezcan la tutela jurídico-penal.

3º) Las medidas de seguridad requieren la concurrencia de peligrosidad criminal, manifestada por la comisión de un delito. Este principio tiene, para las medidas de seguridad, tanta importancia como el principio de “culpabilidad” para las penas.

5. El *art. 4* (que podría pasar a *art. IV*) me parece muy positivo. Viene a confirmar la conveniencia político-criminal de la analogía *in bonam partem*. Al introducirse junto a la exigencia de la “rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley” (*art. 1, III Proyecto y art. 2 II CP vigente*), viene a abonar la opinión que sustento según la cual el actual *art. 2 II CP* no se opone a la posibilidad de admitir la analogía *in bonam partem*.

6. Los principios de *irretroactividad* de la ley penal desfavorable y de *retroactividad* de la que favorezca al reo se hallan sancionados por el *art. 6 del Proyecto* sólo para las leyes que establecen *penas*, no para las *medidas de seguridad*. Es criticable que respecto a éstas el tema se relegue a una posición sistemática de menor significado (*art. 134*) y, sobre todo, con una formulación que parte del principio de la retroactividad. También aquí, en donde están en juego garantías fundamentales del Estado de Derecho, debe igualarse el tratamiento de penas y medidas. Debería, pues, extenderse la redacción del *art. 6 Proyecto* a las medidas

de seguridad, con idéntico alcance —incluida la referencia a la retroactividad hasta el cumplimiento de la condena—.

El *tercer párrafo del art. 6* introduce una discutible referencia a las leyes temporales. Es comprensible la finalidad de la innovación, pero su alcance absoluto es excesivo. Los autores del Proyecto pensaron probablemente en el supuesto normal de que la cesación de la vigencia de la ley temporal suponga la vuelta al régimen común según lo ya previsto de antemano. Pero puede suceder también que la ley posterior suponga un cambio de criterio que venga a oponerse a la aplicación de la ley temporal más desfavorable. No cabe duda de que, en tal caso, sería preferente la ley posterior, no la temporal. El texto del Proyecto parece oponerse a ello, en especial mediante el inciso “en todo caso”. En caso de mantenerse el párrafo, sería preferible la siguiente redacción: “Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ésta salvo que la ley posterior imponga expresa o tácitamente lo contrario”.

7. El *art. 7 del Proyecto* (que podría pasar a art. VII) adopta correctamente la teoría de la actividad para la determinación del tiempo del delito. Sin embargo, la restricción inicial de tal solución “a efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo” debería suprimirse, pues existen otros aspectos a los que, sin duda, debe alcanzar la teoría de la actividad (p. ej.: el momento de determinación de la imputabilidad del sujeto). El principio general de la actividad no empecería a la posibilidad de que, en algún supuesto, se cambiase de criterio —como sucede con la prescripción, art. 105 Proyecto, que acoge la teoría del resultado en los delitos que lo requieren—.

Por otra parte, la redacción del art. 7 ahora con-

templado puede inducir a pensar que el hecho del *partícipe* prescribe, en el momento en que actúa (u omite) el *autor*, solución incorrecta y posiblemente no deseada por los autores del Proyecto. Para evitar tal posibilidad sería aconsejable intercalar después del término “sujeto” el inciso “sea autor, sea partícipe”. Contrapuesta a “partícipe”, la palabra “autor” no podría sino interpretarse como autor en sentido estricto, no comprendiendo ni a los inductores ni a los cooperadores necesarios.

8. Los *artículos 8 y 9 del Proyecto* podrían unificarse (como art. VIII). El actual art. 9, como segundo párrafo, se inciciaría con la expresión “también son aplicables”. Ambos artículos se ocupan de un mismo principio de aplicación espacial de la ley penal: el de territorialidad. Sistemáticamente es aconsejable que cada principio ocupe un artículo.

9. El alcance del *art. 10 del Proyecto* (que podría pasar a art. IX) es excesivo, hasta el punto de que, para los españoles o extranjeros naturalizados con posterioridad al delito, viene a suponer el abandono del principio de territorialidad como punto de partida del ámbito espacial de la ley penal. Tal planteamiento no se halla admitido ni siquiera en un derecho tradicionalmente personalista como el alemán. Lo único que el § 7 II/StGB 1975/ acoge es el *principio de la “Justicia substitutoria”*, tendente a evitar que un hecho delictivo en un determinado país quede impune por el hecho de que el sujeto se refugie en otro país, o que existan lugares no sometidos a ninguna ley penal (alta mar, polo Norte, Antártica, espacio). Para ello son precisos los siguientes requisitos:

1º) Que el hecho se halle previsto como delito en el país de comisión o se haya cometido en un lugar no sometido a ningún poder punitivo.

2º) Que el sujeto sea español, extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad española con posterioridad al delito, o persona no extraditable o cuya extradición no se solicite, pese, en ambos casos, a tratarse de una clase de delito que la permitiría.

3º) Que el delincuente se encuentre en territorio español.

4º) Que el mismo no haya sido absuelto en el extranjero o, caso de haber sido condenado, no se haya extinguido su responsabilidad. Si hubiese cumplido parte de la pena, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que, en otro caso, le correspondería.

10. También el *art. 11 del Proyecto* (que podría pasar a art. X) resulta excesivamente amplio y debería exigir la concurrencia de los requisitos 1º) y 4º) enumerados en el número anterior. El requisito 1º) se menciona en el § 7 I StGB 1975.

El último párrafo del *art. 12 del Proyecto* (que podría pasar a art. XI) debería substituirse por una remisión a la circunstancia 4ª exigida en el número anterior, que es más completa.

11. Es correcto el criterio de la *ubicuidad* adoptado por el *art. 14 del Proyecto* (que podría pasar a art. XIII) para determinar el lugar de comisión del delito. Convendría únicamente añadir un segundo párrafo destinado a los *partícipes*. El punto de partida adoptado por el Proyecto parece ser ahora el lugar en que se produce la conducta o el resultado del *delito del autor*. En principio ello resulta preferible con arreglo al principio de accesoriadad de la participación, que aconseja el enjuiciamiento unitario de todos los code-lincentes. Pero pueden surgir lagunas si la extradición del partícipe, que se encuentra en España, no

procede por razones de nacionalidad, o es posible de hecho, o no se solita por el país de comisión del hecho principal. Convendría, entonces, extender la aplicación de la ley española, si el partícipe actuó u omitió en España. Nuestro Derecho sería, pues, aplicable sólo en el caso de que no fuera posible el enjuiciamiento del partícipe por el país de comisión del hecho principal. Este criterio de aplicación subsidiaria me parece preferible al alemán de aplicación de la ley nacional *siempre* que la actuación u omisión del partícipe tenga lugar en territorio nacional (§ 9 II StGB 1975).

12. El *art. 15 del Proyecto* debería suprimirse. No existe acuerdo definitivo en cuanto a los criterios que deben resolver el concurso de leyes, sobre todo por lo que respecta a la determinación precisa del principio de consunción. Así la fórmula empleada al respecto por el Proyecto (art. 15 n<sup>o</sup> 3<sup>o</sup>) no ofrece ninguna auténtica delimitación conceptual de la consunción: decir que el “precepto penal más amplio” “absorbe a los que castigan las infracciones consumidas en aquél”, ni cuáles son las infracciones *consumidas*. En todo caso sería preferible una formulación que para la consunción de un precepto por otro requiriese que la infracción de éste implique de suyo normalmente la del primero (relación de acompañamiento “típico” o normal).

13. Debería añadirse un artículo general que extendiese lo dispuesto para las leyes penales *stricto sensu* a las que establecen medidas de seguridad. El Proyecto no parece advertir que el Título preliminar debería ser común a todas las normas del Código que se propone. Piénsese, por ejemplo, en la problemática del ámbito espacial de las normas relativas a medidas de seguridad. Un procedimiento aconsejable sería el de

declarar que, a los efectos de este Título, se entiende por leyes penales que *establecen* las relativas a delitos, penas y medidas de seguridad.

### III. OBSERVACIONES AL TÍTULO I DEL LIBRO I

#### A. CAPÍTULO I

1. La definición del *art. 17 del Proyecto* (que podría pasar a art. 1) tiene, sin duda, sobre el actual art. 1 CP la ventaja de que zanja la debatida cuestión del sentido del término “voluntarias” en el sentido sistemáticamente preferible: dando cabida a la imprudencia en la definición y acabando así con la posibilidad de entender que los hechos imprudentes, pese a estar entre los “delitos” y “faltas” de los Libros II y III CP, no tienen cabida en el concepto de delito. Sin embargo, es discutible la utilización por un Código de conceptos técnicos como los de “dolo” y “culpa”, que carecen, además, de suficiente tradición en nuestra legislación penal.

No me cabe ninguna duda de que el término “imprudencia” sería preferible al de “culpa”. Por una parte, la palabra “imprudencia” es la tradicional. Por otra parte, su significado es comprensible para el profano. Por último, el término “culpa” se halla excesivamente vinculado al de “culpabilidad” y ello resulta inconveniente para quien sitúe el núcleo de la imprudencia en el injusto, lo que debe tenerse en cuenta si se quiere mantener la neutralidad ante la polémica doctrinal de causalismo y finalismo. Téngase presente que el término utilizado en alemán para expresar la palabra “culpable” es “schuldhaft”, que, literalmente, significa “culposo” (la traducción literal de “culpable” es “schuldig”, que se refiere sólo a la *persona*

culpable). En todo caso, el Proyecto se ha visto obligado a seguir acudiendo al término “imprudencia” para expresar lo que significa la “culpa” (así p. ej., art. 175: “El que *por imprudencia* causase la muerte de otro...”). Mejor sería, pues, limitarse al vocablo “imprudencia” y substituir el adjetivo “culposas” del art. 17 por el de “imprudentes”.

Más discutible es la conveniencia del término “dolosas”. Tiene también el inconveniente de que es inaccesible al profano y sería preferible otro que cualquiera pudiera entender. La palabra “voluntarias” no sería admitida por quienes niegan que el dolo eventual suponga voluntad además de conocimiento ni, sobre todo, por quienes se oponen —creo que con razón— a restringir la voluntariedad al dolo en el actual art. 1 CP. Sólo hay una palabra que, a mi juicio, podría substituir al adjetivo “dolosas”: “maliciosas”. Hay acuerdo en entender que la “malicia” a que hace referencia el art. 565 CP equivale al dolo.

2.a) El *art. 18 del Proyecto* (que podría pasar a art. 2) es elogiable en cuanto viene a sancionar el sistema de *numerus clausus* en la incriminación de la imprudencia, siguiendo el ejemplo más común en Derecho comparado. Sin embargo, la fórmula empleada (“Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”) podría sugerir que *a sensu contrario* las acciones dolosas se castigarán aunque la ley no lo disponga expresamente (por el sólo hecho de ser dolosas). Por otra parte puede parecer superfluo tras el art. 17, que exige que la imprudencia se halle penada por la ley. Tales defectos desaparecerían con una fórmula como ésta: “La ley castiga acciones y omisiones maliciosas salvo cuando expresamente se refiere a acciones u omisiones imprudentes”. Sería una formulación *interpretativa* del art. 17 que lo desarrollaría determinando cuándo se en-

tienden penadas por la ley las acciones dolosas (maliciosas) y cuándo las imprudentes.

b) A un segundo párrafo de este artículo 18 con- vendría trasladar el segundo inciso del actual art. 3 del Proyecto.

3. Debería incluirse una cláusula relativa a la *comisión por omisión*, bien como art. 5 o art. 7 (según se suprima o no el art. 24 del Proyecto, cuestión que infra se verá), si se quiere mantener la numeración actual, o bien, en otro caso, a continuación del art. 18 del Proyecto. Es éste uno de los puntos fundamentales de este Título I. Las dificultades con que tropieza la admisión de la comisión por omisión en el Código vigente son evidentes desde el prisma del principio de legalidad, y así lo ha considerado la doctrina. No obstante, el Tribunal Supremo admite esta figura constantemente en la imprudencia sin requerir posición de garante (aunque suela concurrir), lo que contrasta con la casi nula aplicación de la comisión por omisión en los delitos dolosos. Y, efectivamente, el silencio legal actual puede interpretarse tanto en el sentido de plena equivalencia de acción y omisión, sin necesidad de posición de garante, como en el de la imposibilidad de admisión de la comisión por omisión, por entender que quien no *causa* efectivamente el resultado, sino que se limita a *no evitarlo* en ciertas condiciones, sólo por analogía *in malam partem* (prohibida) podría ser castigado *como* si hubiese causado el resultado. Ninguna de ambas soluciones sería admitida por la doctrina. Aunque en ésta no reine acuerdo en cuanto a los límites *precisos* de la comisión por omisión, si lo hay en que *en ciertos casos* la no evitación de un resultado típico debe castigarse como su producción efectiva, porque en ellos la no evitación *equivale* valorativamente a la causación. Si no es posible que el Proyecto imponga una *definición* de la comisión por omisión,

sí es conveniente que refleje el acuerdo actual de la doctrina. Ello no sólo serviría para despejar las dudas acerca de la legalidad de la comisión por omisión, sino también, y sobre todo, para excluir su admisibilidad en los casos en que no equivalga a la acción positiva. Propondría una redacción como ésta:

“Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado podrán realizarse tanto por acción como por omisión, pero sólo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación”.

4. Por lo que se refiere al *art. 19 del Proyecto* (que podría pasar a art. 6), debería acogerse la tendencia internacional a la *despenalización de las faltas*. En general, deberían convertirse en infracciones administrativas con posibilidad de recurso ante los Tribunales ordinarios. Las faltas que se considerasen más inequívocamente penales, como algunas contra las personas, podrían pasar a delitos menos graves —sin necesidad de que ello determinase un aumento de penalidad—. Las faltas carecen, en general, de sentido en un modelo de Estado intervencionista en que la Administración ha asumido irreversiblemente facultades sancionadoras, en muchos casos, notablemente superiores a las señaladas a las faltas. Importa evitar esta inversión valorativa, si se quiere detener la *devaluación* del Derecho penal a los ojos de la colectividad, que habría de verlo como auténtica última ratio. No menor es la necesidad de descargar de trabajo a los jueces, lo que constituye una de las exigencias más acuciantes de la Administración de Justicia actual y condición *sine qua non* del éxito de todas las reformas que se proyectan.

5.a) La inclusión del tratamiento del *error* en el Código penal es positivo, sobre todo por lo que se refiere al *error de prohibición*, cuyo reconocimiento le-

gal es muy necesario. Mas no me parece adecuado el lugar sistemático en que se prevé por el Proyecto. Si el error puede excluir o atenuar la responsabilidad penal, su naturaleza es común a la de las “causas que eximen de la responsabilidad criminal” o “circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, reguladas por el Proyecto en Capítulos posteriores (III y IV) de este Título I. Es sabido que la sistemática tradicional en los Códigos penales españoles, y que, en principio, mantiene el Proyecto, parte de la distinción entre elementos *positivos*, *negativos* y *modificativos* del delito. En el Capítulo I, que trata “de los delitos y faltas” deben contemplarse sólo los elementos positivos. El error debe tratarse como causa que excluye o atenúa la responsabilidad penal. Es cierto que no puede incluirse en su totalidad ni entre las eximentes ni entre las atenuantes. La solución preferible sería añadir un Capítulo especial, tras los destinados a eximentes y circunstancias, con la rúbrica “Del error”. Si se hace para la circunstancia mixta de parentesco, puede hacerse también para el error.

Dogmáticamente, la actual sistemática del Proyecto podría parecer favorable al finalismo y contraria al causalismo y a la teoría de los elementos negativos del tipo. Podría dar a entender que en el Capítulo I, entre “los delitos y faltas”, se incluyen los elementos que condicionan la tipicidad (identificándose tipos positivo y “delito” o “falta”), mientras que se reservan para las eximentes las que sólo excluyen la antijuricidad o la culpabilidad sin afectar a la figura de delito o falta. Ello supondría la inclusión del dolo y la imprudencia en el tipo y la no necesidad de antijuricidad para el “delito” o “falta”. Estas consecuencias sería inadmisibles, tanto para causalistas como para los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo.

Mas tampoco esta discutible construcción permitiría explicar satisfactoriamente que la fuerza irresistible, que excluye un presupuesto del tipo, la acción, se halle incluida por el Proyecto entre las causas que excluyen la responsabilidad criminal y no, como el error, en el Capítulo destinado a los “delitos y faltas”.

b) La redacción propuesta por el Proyecto no deja claro el tratamiento del *error vencible sobre un elemento accidental* del delito. Por otra parte, la formulación del párrafo III parece prejuzgar la posición sistemática del *error de prohibición* en la culpabilidad, presuponiendo la antijuricidad (“ilicitud”) del hecho.

Para evitar el primer inconveniente debería contemplarse separadamente la regulación del error sobre un elemento accidental del delito. Por ejemplo: “El error sobre un elemento esencial del hecho (mejor que “de la infracción penal”, pues también los elementos accidentales integran la concreta infracción) excluye el delito (o falta) si es invencible y determina, en su caso, la responsabilidad por imprudencia si es vencible”. El error sobre un elemento del hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante (conviene especificar ambas clases de elementos accidentales si se quiere evitar la polémica que actualmente existe en torno al art. 60 CP) impedirá su apreciación”.

Para impedir que la redacción relativa al error de prohibición pueda entenderse que prejuzga su posición sistemática en la teoría del delito, bastaría con suprimir el adjetivo “errónea” del inciso primero párrafo III del art. 20 del Proyecto.

6. El *art. 21 del Proyecto* debe suprimirse por superfluo. De los arts. 17 y 18 del expresado Proyecto se desprende que, sin imprudencia, no puede haber delito. De insistirse en la previsión del caso fortuito,

debería seguir entre las eximentes, por lo dicho en el número anterior, a). En tal caso, la palabra “reprochable” debería suprimirse, pues podría entenderse como alusiva a la situación del caso fortuito en la culpabilidad, cuestión que no corresponde decidir al Código penal.

## B. CAPITULO II

1. Este nuevo Capítulo no resulta necesario, sino más bien perturbador, porque puede oscurecer el hecho de que también los “grados de ejecución” son “delitos” (o “faltas”). Por lo demás, no todo lo contemplado en este Capítulo son grados de ejecución: piénsese en los actos preparatorios.

2. El *art. 22 del Proyecto* podría unificarse con el *art. 23*, como *art. 4*. Debería suprimirse la referencia a la punibilidad de los *actos preparatorios*, que, acaso contra la voluntad de los autores del Proyecto, más bien puede interpretarse en un sentido ampliatorio, puesto que su impunidad siempre ha sido evidente. Más importante es la introducción de la definición de “*apología*”. Es cierto que la definición puede venir a precisar los límites de una institución de todos modos ya punible, mas personalmente me inclino por suprimir ambas cosas, la institución de la apología en la Parte Especial y su definición en la Parte General. El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho no debe adelantar las barreras de la punición hasta alcanzar la manifestación de opiniones. También sería preferible la unificación de “*proposición*” y “*provocación*”, de discutible diferenciación. Para ello bastaría tal vez con suprimir la proposición. En todo caso, convendría suprimir el último inciso del párrafo III, que equipara a la inducción la provocación seguida de perpetración del delito: si de todos

modos hubiese inducción el inciso sería innecesario, y si no la hubiese la equiparación operaría como una cualificación por el resultado.

3. Los arts. 24 y 25 del Proyecto podrían unificarse como art. 3. La alusión a las *faltas* debería suprimirse si éstas se despenalizaren. De lo contrario, podría también suprimirse la punibilidad de la tentativa en las faltas, pues la supresión de la frustración viene ahora a ampliar injustificadamente la punición; por lo demás, no deja de ser arbitrario que se castiguen sólo las faltas, atentadas contra las personas o la propiedad, cuando existen otras tan graves como ellas. A lo sumo, sería preferible que se declarase que las faltas intentadas sólo se castigarán cuando expresamente lo determine la ley.

La expresa referencia a la *tentativa inidónea* resulta discutible. Apareció en nuestra legislación en el CP 1928 y, en su versión actual, procede del CP 1944: en ambos casos va unida a una concepción política autoritaria. Un Estado de Derecho debe evitar ampliaciones subjetivistas que tiendan a desbordar la frontera de la peligrosidad de la conducta externa. Los casos de inidoneidad que, sin duda, deben castigarse, siempre habrían podido serlo aún antes de la introducción de la expresa alusión al delito imposible. El propio Proyecto da a entender que la tentativa inidónea cabe ya en la definición de tentativa del art. 25 I. Por lo que se refiere a la posibilidad de atenuar la pena hasta dos grados, que ahora se reserva para la tentativa inidónea, debería generalizarse para toda tentativa: es incoherente con el signo general del sistema de sanciones del Proyecto (más orientado a la prevención especial que el actual CP) que se venga a reducir el arbitrio del juez en sus facultades atenuatorias.

De mantenerse la referencia a la tentativa inidónea debería ampliarse con objeto de evitar la arbitraria

exclusión de los supuestos de *inidoneidad* del objeto (no de su ausencia) y del sujeto activo. En todo caso, resulta necesario afirmar expresamente la impunidad de la *tentativa irreal*, pues literalmente cabría su castigo en base a la fórmula del Proyecto.

El *párrafo III del art. 25* parece superfluo dado el inciso final del primer párrafo. En cambio, es necesaria la regulación especial del *desistimiento de partícipes y de los actos preparatorios punibles*. Dada la pluralidad de intervinientes que, en ambos casos, existe, tal vez bastaría una fórmula unitaria para ambos supuestos, incluida en el artículo correspondiente a la tentativa y a la que se remitiría el dedicado a regular los actos preparatorios punibles. La particularidad de esta clase de desistimiento es que no basta para que sea eficaz con el mero detener la intervención, sino que es preciso para ello que el sujeto impida voluntariamente la consumación o se esfuerce en evitarla, pues con su aportación ha influido en otras personas y para contrarrestarla tiene que, por lo menos, hacer lo posible por anular positivamente la incidencia de su intervención. La fórmula podría ser la siguiente: “Cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedarán impunes aquél o aquéllos que impidan voluntariamente la consumación o se esfuercen en evitarla”.

### C. CAPITULO III

1. De suprimirse el anterior Capítulo, éste pasaría a Capítulo II. Su rúbrica mejoraría si se substituye la expresión “responsabilidad *criminal*” por la de “responsabilidad *penal*”, pues también las medidas de seguridad o la responsabilidad civil pueden verse como formas de responsabilidad por el delito, esto es, por el “crimen” (criminal).

2.a) La *causa 1ª del art. 26* (que podría pasar a art.

8) debería ampliar su alcance. Por una parte, el *oligofrénico* no es un “enajenado” y, por otra parte, este término es insuficiente para dar cabida a *neurosis profundas, desviaciones sexuales graves o psicopatías*. Resulta contradictorio admitir la exención para cualquier clase de trastorno mental (pleno) si es transitorio y, en cambio, limitar las causas que producen el mismo efecto cuando éste es duradero. De ahí que la fórmula adoptada por el § 20 StGB sea más amplia, permitiendo todas las manifestaciones patológicas indicadas. Para dar cabida tanto a la oligofrenia como a las demás anormalidades, sugiero la siguiente fórmula: “El enajenado o el que actúa sometido a otra perturbación o anomalía psíquica grave...”.

b) Por lo que se refiere a la referencia a la *actio libera in causa*, sería preferible una fórmula general, situada al final del art. 26 del Proyecto, aplicable a todas las eximentes que pudiesen dejar subsistente la responsabilidad por dolo o imprudencia por haber sido provocadas por el sujeto. El problema, en forma de *actio libera in causa* o de *actio illicita in causa*, afecta a más eximentes de las que contienen ahora una regulación expresa. Piénsese en la fuerza irresistible culposamente producida o en el estado de necesidad. También producido por imprudencia del sujeto. Se evitarían, así, enojosas repeticiones que siempre suponen el riesgo de diferenciar injustificadamente el tratamiento jurídico-penal. Propondría la siguiente fórmula:

“Cuando las eximentes anteriores hayan sido provocadas por el sujeto, podrá subsistir la responsabilidad dolosa o, en su caso, imprudente”.

Si no se acepta este sistema de la cláusula general, debe mejorarse la redacción de la fórmula del art. 26, 1º del Proyecto. Por una parte, es preciso poner de

manifiesto que, para que el hecho pueda ser atribuido a imprudencia con arreglo a la *actio libera in causa*, no basta su “previsibilidad”, sino que hacen falta, además, la posibilidad y el deber de *evitarlo*. Por otra parte, es conveniente especificar que, en caso de provocación imprudente, la excepción a la exención sólo debe tener lugar cuando sea punible la comisión imprudente del delito de que se trate. Debe quedar claro que, siendo imprudente la provocación, la excepción no deja en pie nunca el hecho doloso cometido en situación de trastorno mental. Por último, para dar cabida al dolo eventual es preferible substituir el término “propósito” por el de “voluntad”.

“... Siempre que el sujeto no lo haya provocado con la voluntad de cometer el delito o, cuando sea punible su modalidad imprudente, hubiese podido y debido prever y evitar su comisión”.

3. *La causa 2ª del art. 26 del Proyecto* debe modificarse, en los mismos términos, por lo que se refiere a la *actio libera in causa*, si no se acoge el sistema de la cláusula general. Por otra parte, es aconsejable aclarar el concepto de “intoxicación” (que de suyo es amplísimo y no tiene por qué afectar necesariamente a la mente) y requerir no sólo que sea “aguda”, sino también “plena”. Mejor sería, para ello, unificar los efectos del alcohol y de los estupefacientes, del modo siguiente:

“El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena producida por bebidas alcohólicas, estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos...”.

4. No debe admitirse la rebaja de la minoría de edad penal que propone el *art. 26, 3ª del Proyecto*, en tanto no se cree un *Derecho penal juvenil*. Siguiendo el ejemplo alemán, tal Derecho penal juvenil sería

aplicable hasta los 18 años si se comprueba que el sujeto posee la madurez suficiente como para no tener que ser confiada a los Tribunales Tutelares de Menores. De los 18 a los 21 años, el Derecho penal juvenil *podría* seguir resultando aplicable en lugar del Derecho penal común, si la madurez no fuera completa.

5. Por lo que respecta a la *causa 5ª del art. 26 del Proyecto*, convendría dar entrada a la tendencia actual, de significado social, a limitar la legítima defensa en casos de extrema desproporción. No basta para ello el adjetivo “racional”, referido a la necesidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión, pese a que el mismo se haya interpretado en el sentido limitador indicado. Tal adjetivo no puede excluir la legítima defensa cuando resulte necesaria para impedir o repeler la agresión, por muy desproporcionado que resulte el mal causado en comparación con el que amenazaba. Sólo sirve para relativizar la exigencia de necesidad, haciendo que baste que el medio empleado aparezca como “razonablemente” (aproximadamente) necesario: Esto es, no para excluir la legítima defensa aunque concorra necesidad, sino para concretar en qué sentido debe entenderse el concepto de necesidad. Para negar la legítima defensa necesaria (siquiera lo sea racionalmente) en los casos de extrema desproporción es preciso añadir un requisito independiente del de necesidad. La función limitadora atribuida por la Jurisprudencia al adjetivo “racional” podría conseguirse independizando este concepto del de necesidad. Así, exigiendo “necesidad y racionalidad”. Mejor que hablar a continuación “del medio empleado” sería referirse a “la defensa”, con lo que se abarcarían mejor los casos en que no se trata de que no sea necesario el medio concretamente empleado, sino de que no era necesaria defensa alguna.

6. La regulación del *requisito segundo del estado de necesidad* (art. 26, 6º del Proyecto) debe revisarse. Si se acepta el criterio de la cláusula genérica para la *actio libera o illicita in causa*, resulta innecesario. En otro caso debe completarse de modo que aluda a la provocación imprudente. Que, en este caso, debe castigarse por imprudencia, si ésta es punible en el delito de que se trate, constituye una lógica doctrina jurisprudencial que, no obstante, encuentra dificultades en la letra de la ley y del Proyecto, puesto que la misma sólo excluye expresamente de la exención a la provocación *intencional* —como ha destacado la doctrina—. Debería añadirse a la fórmula del Proyecto lo siguiente: “o, cuando el hecho sea punible en su modalidad imprudente, no haya podido ni debido preverse ni evitarse”.

#### D. CAPITULO IV

En lugar de hablar de “responsabilidad *criminal*”, la rúbrica debería referirse a la “responsabilidad *penal*”, por lo dicho supra III C. 1.

El art. 27 del Proyecto podría pasar a art. 9. Para evitar que pueda entenderse excluida a sensu contrario la posibilidad de estimación de una circunstancia analógica a la de parentesco, convendría suprimir la expresión inicial de la *circunstancia* 7ª “y última-mente”. Otra solución sería la supresión de toda esta circunstancia, habida cuenta de que el Proyecto ya admite expresamente con carácter general la analogía *in bonam partem*. Siendo así, la atenuante analógica más bien puede operar restrictivamente, dificultando la apreciación por analogía de la circunstancia de parentesco —que siempre resultará problemática por su situación sistemática posterior— o de otros elementos privilegiantes de la Parte Especial.

Quien sea partidario de acoger la tendencia político-criminal favorable a la ampliación del arbitrio judicial en cuanto a las posibilidades de rebaja de la pena, preferirá que las agravantes no tengan efectos legalmente tasados, sino que queden a la apreciación discrecional y juzgador. Desde este prisma, debería modificarse la rúbrica de este Capítulo, para que rezase: “De las circunstancias que permiten agravar la responsabilidad penal”.

Del *art. 28 del Proyecto* (que podría pasar a art. 10) deben suprimirse las *circunstancias 4ª* (“obrar por móviles abyectos o fútiles”) y *6ª* (“proceder con ensañamiento, siempre que denote la perversidad del culpable”), porque constituyen manifestaciones de una concepción moralizante y poco liberal del Derecho penal.

También la *agravante 5ª* resulta inconveniente, en cuanto al *veneno* por ser medio que sólo debe agravar cuando es alevoso, en cuyo caso ya tiene cabida en la *agravante 1ª*, y por lo que respecta a los demás medios porque sólo deben tomarse en consideración en la medida en que den lugar a concurso de delitos y entonces estimarlos como agravantes constituiría un *bis in idem*.

La *agravante 7ª* (premeditación) sólo tiene sentido tradicionalmente para el asesinato, y aún en él resulta discutida. Sobra, pues, como agravante genérica.

La *reincidencia* también debe suprimirse en sus dos modalidades. Ni la mayor “perversidad” del reincidente ni su más elevada “peligrosidad” pueden justificar el recurso a la pena. La perversidad constituye un *modo de ser* y el Derecho penal actual no puede castigar más que hechos, no personalidades. La *peligrosi-*

dad, que también constituye una característica del sujeto y no del hecho, tampoco puede, pues, fundamentar la imposición de una pena (aunque sea de la pena representada por la agravación). La peligrosidad sólo puede determinar la aplicación de una medida de seguridad —si puede ser eficaz y no se opone al principio de proporcionalidad—. En el *hecho* del reincidente sólo cabe hallar, en sentido agravatorio, la expresión de una mayor “rebeldía” frente al orden jurídico, pero tal rebeldía sólo puede castigarse desde un prisma moralizante que no conviene a un Derecho penal limitado a la protección de bienes jurídicos entendidos como condiciones existenciales de la vida social. Por otra parte, en el reincidente concurre una menor capacidad de resistencia frente al delito que puede verse como menor culpabilidad al volver a delinquir. La ahora llamada “reincidencia genérica” por el Proyecto es la que, en primer lugar, debe desaparecer.

**DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA**

Profesor Agregado de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca



**Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia\*.**

(\*) Este trabajo aparecerá también en el Libro-Homenaje al Prof. Antón Oneca.

Como es sabido, desde que el Código de 1928 creara un Título autónomo de los delitos contra la Administración de Justicia sobre la base de las figuras de encubrimiento, quebrantamiento de condena y desórdenes en las prisiones, han sido pocas las reformas legales importantes que no hayan aprovechado para modificar también, normalmente ampliándolo, el contenido y alcance de lo que actualmente es el Título IV del Libro II del CP vigente: así, el CP de 1932, que le añadió la acusación y denuncia falsas y el falso testimonio, extrayéndolos de las falsedades, y volviendo a llevar, en cambio, el encubrimiento a los preceptos de la Parte General sobre codelinquencia; el CP de 1944, que incorporó al Título la nueva figura de la simulación de delito y la de la realización arbitraria del propio derecho, separando a esta última de las coacciones; la Ley 17-7-1951, creando e introduciendo en el mismo la omisión de impedir ciertos delitos; y la Ley 28-12-1978, haciendo lo propio con la omisión de denuncia y modificando ligeramente la figura anterior.

Pues bien, el Proyecto de Código penal de 1980 procede asimismo a modificar, y de modo considerable, la regulación de este grupo de delitos, que en el mismo constituyen el título XI del Libro II. Aparte de una reordenación sistemática y de modificaciones de contenido a veces sustanciales, el Proyecto amplía

los delitos contra la Administración de Justicia con las figuras de la omisión del funcionario de promover la persecución de delitos, prevaricación judicial y de abogado o procurador, obstrucción a la Justicia, favorecimiento personal y real, quebrantamiento de detención, favorecimiento de evasión por parte de funcionario encargado de la custodia (actual infidelidad en la custodia de presos), y entrada indebida en territorio español.

Para el examen y valoración crítica de la reforma que lleva a cabo el Proyecto habría que dividir la exposición en dos partes: una primera de consideraciones de carácter sistemático, y la segunda dedicada al estudio del contenido material de la nueva regulación. Pero la extensión de este trabajo me obliga a limitarme a tratar aquí las cuestiones de la sistemática y alcance del Tít. XI, dejando para otro momento el examen y valoración del contenido material de la reforma.

## I.

El CP todavía vigente ubica las modalidades delictivas del Tít. IV del Libro II sin demasiado orden ni concierto; pues si bien los Caps. I a III recogen la acusación y denuncia falsas, el falso testimonio y el quebrantamiento de condena y evasión de presos, lo que guarda correlación con las sucesivas fases procesales o de actuación de la justicia, los siguientes Capítulos (IV y V) están integrados por los tipos de realización arbitraria del propio derecho, simulación de delito y omisión de impedir o denunciar ciertos delitos, figuras estas que desde luego no afectan a una fase posterior a la de ejecución de la sentencia ni tampoco guardan un orden lógico entre sí. Por otra parte, nuestra doctrina ha señalado que la configuración de este Tít.

tulo es incompleta, pues en él faltan, como mínimo, los delitos de prevaricación judicial y de abogado o procurador y los de favorecimiento o encubrimiento no lucrativo.

El Proyecto ha ampliado el correspondiente Título —el XI— incluyendo en el mismo no sólo tales delitos, sino también (a veces acertadamente, otras no) las figuras, nuevas o procedentes de otros Títulos, que más arriba he enumerado. Pero además ha modificado el orden de los capítulos respecto del que guardan los del Tít. IV del CP vigente, empleando una sistemática algo más acorde con los sucesivos momentos de actuación de la Justicia. Pues, p. ej., la omisión de impedir delitos o promover su persecución se coloca en primer lugar, situándose a continuación la simulación de delito junto a la acusación y denuncia falsas; el Título se cierra con el quebrantamiento de condena y la entrada indebida en territorio español, que supone el quebrantamiento de una medida de seguridad —o de una decisión gubernativa (!)— de expulsión; y la realización arbitraria del propio derecho, si bien se regula después de delitos como los de provocación indebida de actuaciones o falso testimonio, precede al menos al quebrantamiento de condena. En concreto, el orden de los capítulos de este Título XI es el siguiente: omisión del deber de impedir delitos o promover su persecución (I), provocación indebida de actuaciones, bajo cuya rúbrica se reúnen correctamente la acusación y denuncia falsas y la simulación de delito (II), prevaricación (III), falso testimonio (IV), obstrucción a la Justicia y realización arbitraria del propio derecho (V), favorecimiento personal y real (VI), quebrantamiento de condena y evasión de detenidos y presos (VII) y entrada indebida en territorio español (VIII).

Sin embargo, ni la sistematización seguida ni la ampliación efectuada son plenamente satisfactorias,

ya que, por una parte, cabe una ordenación más correcta de los capítulos y, por otra, podrían incorporarse algunos delitos procedentes de otros títulos y deberían, en cambio, suprimirse otras figuras introducidas o mantenidas por el Proyecto.

## II.

El único intento serio habido en nuestra doctrina de clasificación de los delitos contra la Administración de Justicia es el efectuado por *Quintano*, “atendiendo a la propia dinámica procesal” y dividiéndolos según que afecten a la fase pre-procesal —donde ya consideraba que debía incluirse el favorecimiento—, al nacimiento indebido del proceso, a la fase probatoria o a la ejecutiva, si bien anteponía a todos ellos las formas de prevaricación judicial y asimiladas (clasificación que reproduce *Muñoz Conde*, aunque luego prefiere seguir para la exposición el orden del texto legal).

La idea subyacente a esa sistemática, es decir, la de la “dinámica procesal” o, más exactamente, las sucesivas fases de actuación de la Justicia, me parece correcta. Por ello, las figuras del Tít. XI del Proyecto deberían ordenarse siguiendo una clasificación, sustancialmente coincidente con la de *Quintano*, aunque ligeramente modificada, de delitos: 1) Que afectan a la *fase preprocesal*, frustrando la actuación de la Justicia, no colaborando con ella o prescindiendo de la misma: omisión del deber de impedir delitos —suponiendo que deba mantenerse en este Título, lo que es dudoso y se discutirá después— o del deber de promover su persecución, favorecimiento y realización arbitraria del propio derecho (figura esta última que el Proyecto, no sabiendo muy bien dónde ubicarla, agrupa junto con las nuevas figuras de obstrucción a la Justicia, sin que se vea qué relación guardan entre sí). 2) Que

producen el *nacimiento indebido del proceso*: provocación indebida de actuaciones. 3) Que inciden *en el proceso*: a) en la fase probatoria: falso testimonio; b) en el desarrollo en general del proceso o en su conclusión: obstrucción a la Justicia, prevaricación. Y 4) Que afectan a la *fase ejecutiva*: (quebrantamiento de condena, si, pese a ser lo deseable, no se suprimiera, y) evasión de presos, si bien aquí, cuando los presos no son condenados, los delitos afectan inevitablemente a una fase anterior a la ejecutiva, dificultando el normal desarrollo o conclusión del proceso y frustrando en todo caso la efectividad de una resolución judicial de prisión, aunque también posiblemente la ejecución de una eventual sentencia condenatoria en el futuro. En cambio, la entrada indebida en territorio español, que en una de sus modalidades supone el quebrantamiento de una medida de seguridad judicial de expulsión, debe suprimirse en cualquier caso por las razones que más adelante expondré al examinar ese nuevo tipo.

Pero además, como intentaré fundamentar en el apartado siguiente, parece conveniente introducir entre los delitos contra la Administración de Justicia dos nuevos capítulos con sendos grupos de delitos provinientes de otros Títulos del Proyecto: En primer lugar uno integrado por la usurpación de atribuciones judiciales y los ataques a la independencia judicial; capítulo que, por ser el bien jurídico afectado —la independencia y exclusividad de la actuación del poder judicial— esencial y presupuesto del correcto funcionamiento de la Justicia, debe ser previo a todos los demás delitos del Tít. XI. Un segundo grupo lo constituirían las figuras de denegación de auxilio y desobediencia a la Justicia. Y como las correspondientes conductas pueden afectar tanto a la fase de desarrollo o conclusión del proceso, como a la fase ejecutiva o

incluso a la preprocesal, lo más conveniente parece la inclusión de este nuevo capítulo a continuación de otros delitos que inciden en los distintos estadios del proceso, como son los de falso testimonio, obstrucción a la Justicia y prevaricación, y antes de los delitos que afectan a la fase ejecutiva —con la salvedad ya expuesta respecto de los presos no condenados—, es decir, los de (quebrantamiento de condena y) evasión de presos.

En consecuencia, a mi juicio, la ordenación más correcta sistemáticamente del Título XI sería la siguiente:

(Para alterar lo menos posible el número total de artículos de este Título del Proyecto —arts. 494 a 522—, utilizo artículos bis para los nuevos tipos cuya introducción propongo, aunque esta técnica resulte siempre antiestética; en la referencia a los artículos del Proyecto se designa a éste con la abreviatura P.).

—*Cap. I:* “De la usurpación de atribuciones judiciales y los ataques a la independencia judicial”, compuesto por los arts. 493 bis a) a 493 bis g), provinientes a su vez, total o parcialmente, como luego se verá, de los arts. 450-452 y 602, 603, 605 y 622 P, ahora integrados en los Trts. X y XIII del Proyecto.

—*Cap. II:* “De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución” (actual Cap. I), integrado por los arts. 494 y 495 P, con ciertas modificaciones de contenido (lo que también ocurrirá en otros Caps.). Ello, como ya he apuntado, si se considera preferible mantener la omisión de impedir delitos en este Título. En la rúbrica debe hablarse de “delitos” y no de “los delitos”, como dice el Proyecto, pues sólo hay obligación de impedir ciertos delitos; pero tampoco sería exacto hablar, como el vigente CP, de “determinados delitos”, porque el funcionario

correspondiente sí debe perseguir o promover la persecución de todos los delitos, salvo los perseguibles sólo a instancia de parte.

—*Cap. III*: “Del favorecimiento personal y real” (actual Cap. VI), con los arts. 496 a 498, sustancialmente coincidentes con los actuales 515 a 517 P.

—*Cap. IV*: “De la realización arbitraria del propio derecho” (última parte del actual Cap. V), formado por el art. 499, correspondiente al actual 514 P.

—*Cap. V*: “De la provocación indebida de actuaciones” (actual Cap. II), con los arts. 500 y 501, que se corresponderían con los actuales 496 y 497 P.

—*Cap. VI*: “Del falso testimonio” (actual Cap. IV): arts. 502 a 507, prácticamente equivalentes a los actuales 506 a 511 P.

—*Cap. VII*: “De la obstrucción a la Justicia” (primera parte del actual Cap. V), con los arts. 508 y 509, que pasarían a serlo los actuales 512 —si no se considera supérfluo— y 513 P.

—*Cap. VIII*: “De la prevaricación” (actual Cap. III), constituido por los arts. 510 a 517, coincidentes con los actuales 498 a 505 P.

—*Cap. IX*: “De la desobediencia y la denegación de auxilio a la Justicia” (nuevo Cap. formado con parte del Cap. III del Tít. X), en el que se incluirían los arts. 517 bis a) a 517 bis c), que se configurarían, como a continuación se verá, con parte de los tipos, modificados, de los actuales 453 a 456 P.

—*Cap. X*: “De la evasión de presos” (actual Cap. VII, pero sin quebrantamiento de condena ni evasión de detenidos): arts. 519 a 521 P con ciertas modifi-

caciones, pues el art. 518 P (quebrantamiento de condena), como ya he anticipado, debe desaparecer.

### III.

1. Es acertada la ampliación de este Título en el Proyecto con determinadas modalidades típicas. Así sucede con figuras que se traen de otros Títulos, p. ej. del de los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos: La omisión del funcionario de promover la persecución de delitos, prevista en el art. 495 P y configurada como forma de prevaricación de funcionario en el 359 CP, al no provocar o incluso frustrar la actuación de la Justicia, atenta claramente a la recta administración de Justicia (aunque este matiz lo haya pasado por alto incluso el sector doctrinal que expresamente declara que el grueso de los delitos de prevaricación deberían pertenecer a este Título, porque, al ver englobada esta conducta con la otra modalidad de prevaricación de funcionario del art. 358 CP, considera genéricamente el servicio público o la recta administración pública como bien jurídico atacado). Lo mismo ocurre con la prevaricación judicial, cuya inclusión en el Título habían reclamado *Quintano, Muñoz Conde y Rodríguez Devesa* (calificándola incluso el primero como “el más grave y típico delito contra la Administración de Justicia”), como efectivamente hace el Proyecto junto con la de abogado o procurador, lo que también es correcto. E igualmente encaja en este grupo, como también reconocen *Muñoz Conde y R. Devesa*, la infidelidad en la custodia de presos, que afecta a las fases ejecutiva o procesal de actuación de la Justicia y concretamente supone una forma cualificada del favorecimiento de evasión, que es como la configura el art. 521 P. El favorecimiento personal o real se incorpora al grupo extrayéndolo de las formas de codeincuencia de la

Parte General, siguiendo la posición —que comparto— dominante en la doctrina y legislación comparada, que considera al favorecimiento o encubrimiento no lucrativo, no como forma de participación, sino como delito autónomo y, más concretamente, de los de esta clase. Y en cuanto a las figuras de nueva creación, también parece correcta la tipificación como obstrucción a la justicia de la modalidad del art. 513 P: destrucción, inutilización, ocultación o pérdida de documentos o actuaciones procesales por parte del abogado o procurador, mientras que, en cambio, es dudoso si tiene sentido el 512, 1<sup>o</sup> como figura distinta de las coacciones o amenazas.

2. Pero, como ya he indicado, la ampliación es incompleta, pues si se piensa en los delitos contra la independencia y exclusividad de atribuciones del poder judicial y en los de denegación de auxilio y desobediencia a la Justicia, los primeros podrían y los segundos deberían introducirse en el Tít. XI.

Respecto de los delitos de usurpación de atribuciones judiciales y ataques a la independencia judicial digo sólo que se podrían incluir como capítulo previo entre los delitos contra la Administración de Justicia, porque realmente hay dos posibilidades: ésta y la de reunirlos junto con otros “delitos contra la división de poderes”. Bajo esta denominación y dentro, a su vez, del apartado sistemático de delitos contra la Constitución agrupan *Rodríguez Devesa* y, siguiéndole, *Muñoz Conde* las ingerencias en las funciones judiciales (atentados a su independencia y usurpación de atribuciones) junto con la arrogación de atribuciones legislativas o administrativas. Estas figuras se encuentran dispersas en distintos lugares del Libro II tanto del CP vigente como del P 1980: como “usurpación de atribuciones” en el Cap. VII del Tít. VII (Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus car-

gos) del CP y en el Cap. II del Tít. X (Delitos contra la Administración Pública) del P, y como “delitos cometidos por funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes” —“garantizados por la Constitución”, en la terminología del Proyecto— en la Sec. 2<sup>a</sup>, Cap. II del Tít. II (Delitos contra la seguridad interior del Estado) del CP y también en la Sec. 2<sup>a</sup>, Cap. II del Tít. XIII (Delitos contra la Constitución) del P 1980. Y desde luego, así están mal ubicadas sistemáticamente, no sólo por su dispersión, sino porque, por ceñirnos sólo a las ingerencias en funciones judiciales, éstas no atentan a la Administración pública ni, de modo específico y directo, a los derechos de la persona, sino precisamente a la independencia y exclusividad de las funciones del poder judicial y, por tanto, a la recta administración de Justicia. Por ello, su regulación conjunta con las otras ingerencias en atribuciones legislativas o administrativas, que en tal caso debería hacerse en un capítulo aparte dentro del Tít. XIII del P sobre delitos contra la Constitución, tendría la ventaja de contemplar de modo completo las invasiones de unos poderes en la esfera de los otros.

Pero también cabe la otra solución. Curiosamente, el propio *R. Devesa*, tras haber agrupado los delitos contra la división de poderes del modo expuesto, al llegar a los delitos contra la Administración de Justicia dice que la usurpación de atribuciones falta en el Título dedicado a los mismos, e igualmente *Muñoz Conde* piensa que no puede considerarse terminada la progresiva ampliación del grupo por faltar en él delitos, como la usurpación de funciones, “que atacan al aspecto ideológico o político de la Administración de Justicia, cual es la independencia del poder judicial como control y garantía de la legalidad del sistema jurídico”. Traer las ingerencias en funciones judiciales

al Tít. XI dejaría ciertamente incompleto el otro capítulo propuesto para el Tít. XIII, que quedaría reducido a la usurpación de atribuciones legislativas y administrativas, pero se justificarían no sólo porque el bien jurídico de las figuras que atentan a la independencia del poder judicial o intentan suplantarlo (esto es, en último extremo ponen en cuestión su propia existencia y la exclusividad de sus funciones) es presupuesto indispensable de una recta administración de Justicia, sino también porque, al ser mucho mayor el número de tipos de invasiones en la esfera del poder judicial que el de otras usurpaciones de atribuciones, puede tener sentido —por tener entidad suficiente para ello— una regulación aparte de las primeras, con lo que además se pondría especial énfasis en la protección del poder judicial, que es quizás el más necesitado de ella. No en balde el grueso de los delitos que, en la terminología expuesta, atentan contra la división de poderes lo constituyen, tanto en el CP como en el Proyecto, los que afectan al poder judicial, solicitud legal que, como nota *R. Devesa*, constituye un significativo síntoma tanto de la debilidad de este poder como de la mayor frecuencia de esas conductas.

De incluirse la usurpación de atribuciones judiciales y los ataques a la independencia judicial en el Tít. XI —lo que me parece preferible por las razones expuestas, aun reconociendo que la otra solución también es defendible—, deberían constituir el Cap. I, formado por artículos bis, en los que se integrarían los arts. 450, 2º a 452 P (equivalentes a los 378, 2º a 380 CP, salvo en que el Proyecto eleva a multa y suspensión las excesivamente benignas penas del CP en este punto) y los arts. 602-603, 605, 2º y 3º y 622 P (sustancialmente coincidentes con los 178-180, 182, 2º, 183 y 199 CP) del modo siguiente:

El tipo básico de la usurpación de atribuciones sería el art. 493 bis a —en el que se integraría el 450, 2º P— para el funcionario administrativo que se arroge atribuciones judiciales o impida la ejecución de una resolución judicial. El art. 493 bis b recogería la conducta (del 451 P) del funcionario legalmente requerido de inhibición que continúa procediendo sin estarle permitido. A continuación deben venir como arts. 493 bis c y d los actuales 602 y 603 P, que son tipos cualificados de usurpación de atribuciones (mientras que, como el art. 452 P, más que de usurpación de funciones, es de atentado a la independencia y libertad judicial, debe posponerse a ellos), previniéndose en el primero la arrogación por el funcionario de la función judicial de imponer penas y suponiendo el segundo a su vez una cualificación del primero si se hubiere ejecutado total o parcialmente la pena arbitrariamente impuesta. Pero en el art. 493 bis c (602 P) deben añadirse penas de multa a las de inhabilitación o suspensión —únicas previstas en el 602 P— por coherencia con la punición de los tipos básicos de usurpación de atribuciones (arts. 493 bis a y b = 450, 2º y 451 P), que también imponen multas de tres a seis o diez meses, además de suspensión, pues de lo contrario los tipos cualificados tendrían paradójicamente menos pena que los básicos, cosa que no ocurre en el vigente CP, donde ni unos ni otros tienen asignada pena conjunta de multa e inhabilitación o suspensión. Y como también las multas deben ser comparativamente superiores a las de los tipos básicos, las penas de este art. 493 bis c (602 P) podrían ser multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación absoluta de ocho a doce años para la imposición arbitraria de penas privativas de libertad u otras graves o menos graves, y multa de tres a once meses y suspensión de seis meses a cuatro años para la imposición de penas leves.

En cuanto a los ataques a la independencia judicial, el art. 493 bis e se dedicaría, como el 452 P y en sus términos, a las intimaciones ilegales. En el art. 493 bis f se recogería el contenido del 605, párs. 2º y 3º, P, es decir, la conducta de la autoridad o funcionario que obliga al juez a la entrega indebida de una causa criminal y la agravación en caso de exigencia y entrega de la persona del reo; en cambio, el párr. 1º del art. 605 P debe quedar donde está (reproduciéndose también la agravación del párr. 3º por afectarle igualmente), pues no se trata de la conducta de nadie que atente a la libertad judicial, sino de la del juez que, haciendo dejación de sus atribuciones, perjudica al ciudadano. Y por último, la figura genérica de quebrantamiento de la independencia judicial del art. 622 P pasaría a constituir el art. 493 bis g, pero sustituyendo la fórmula “independencia e inamovilidad” por “independencia o inamovilidad”, pues en aquélla no encajarían los ataques a la independencia judicial que no quebrantaran simultáneamente su inamovilidad, y viceversa, lo que no parece correcto; de esa forma, a diferencia del correspondiente art. 199 CP, se menciona expresamente a los ataques a la inamovilidad judicial (que, de todos modos, un sector doctrinal entendía que ya encajan en la fórmula del CP por implicar un atentado a la independencia judicial) y, por otra parte, se exige el efectivo quebrantamiento de la independencia o inamovilidad, no bastando —para el delito consumado— el mero intento de conseguirlo.

En segundo lugar, debería incluirse entre los delitos contra la Administración de Justicia un capítulo (ya he indicado por qué debería ser precisamente el IX) con las figuras de desobediencia y denegación de auxilio a la Justicia, que ahora se hallan incluidas junto con otras formas de desobediencia y denega-

ción de auxilio por parte de funcionarios en el Cap. III del Tít. X (delitos contra la Administración Pública) del Proyecto, equivalente al Cap. V, Tít. VII (delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos) del CP. Y ello porque, si la desobediencia es a una sentencia o resolución judicial o si la denegación de auxilio se refiere a la Justicia, el bien jurídico afectado no es en absoluto la Administración pública o el mero mantenimiento de la disciplina jerárquica, sino precisamente el normal desarrollo o efectividad de la Administración de Justicia. Ciertamente ese desdoblamiento del Cap. III, Tít. X produciría una enojosa duplicidad de tipicidades; pero ello sólo se podría evitar si se unieran los delitos contra la Administración pública y contra la de Justicia en un sólo Título —en cuyo caso sí podría justificarse el mantenimiento de un capítulo con delitos de ambas clases—, lo que supondría una alteración demasiado grande de la sistemática legal tradicional, nada conveniente y contradictoria con la tendencia de configurar los títulos en base a una precisión cada vez mayor de los bienes jurídicos, y no justificada para evitar simplemente el desdoblamiento de un capítulo. Ello aparte de que uno de los delitos del mismo, la comparecencia de testigos o peritos ante el Tribunal, del art. 456, 2º P —equivalente al 372, 2º CP— afecta exclusivamente a la Administración de Justicia (como viene a reconocer *Muñoz Conde*) y no existe figura paralela alguna contra la Administración pública. Pero además cabe pensar que cuando se trata de desobediencia o denegación de auxilio a la Justicia, los hechos son más graves, por ser de mayor entidad el bien jurídico y tener, en principio y como regla general, mayor trascendencia sus consecuencias, que cuando afectan a la Administración pública o a la prestación de servicios públicos, por lo que las penas deberían ser algo superiores en el primer caso: p. ej., elevando

los límites mínimos de las penas ahora previstas en los arts. 453 a 455 P, que quedarían sólo para los restantes casos de desobediencia o denegación de auxilio. Con ello se justificaría también materialmente, y no sólo por razones sistemáticas, el desdoblamiento.

Así pues, por lo que respecta a las figuras que deberían quedar entre los delitos contra la Administración pública, en el art. 453, 1º debería suprimirse la referencia a funcionarios “judiciales” y a la desobediencia a “sentencias”, en el 455, 1º la mención a la falta de cooperación “para la Administración de justicia”, debería quizás desaparecer el último párrafo del 455 (no evitación de delitos u otros males por parte de ciertos funcionarios) y debería en todo caso sacarse de este capítulo la incomparecencia de testigos o peritos contenida en el art. 456, 2º. Y correlativamente a estos cambios se construiría el indicado Cap. IX del Tít. XI del modo siguiente:

En cuanto a la desobediencia a la Justicia, el art. 517 bis sancionaría en su párrafo primero con multa de 6 (en lugar de los 3 del art. 453 P) a 12 meses y suspensión de un año (en vez de los 6 meses del art. 453) a seis años a los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias o resoluciones de la autoridad judicial, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, salvo que concurrieren las excepciones previstas en los párrafos 2º y 3º del art. 453, es decir, mandatos que infrinjan manifiesta y terminantemente la ley u otra disposición general (1). Y el párrafo se-

---

(1) Como este art. 517 bis a remitiría a las excepciones de los párs. 2º y 3º del art. 453 P, equivalentes a los párs. 2º y 3º del 369 del vigente CP, y en ellos se establece la exención para la desobediencia a un “mandato” que infrinja manifiestamente, etc. la ley u otra disposición general, seguiría siendo un problema interpretativo determinar si el tér-

gundo de ese art. 517 bis a dispondría que cuando en la desobediencia a una sentencia o resolución judicial concurrieren los restantes requisitos establecidos en el art. 454 (desobediencia contumaz ante una orden reiterada), el funcionario incurriría igualmente en las penas señaladas en aquél; aquí las penas son ya bastante elevadas, por lo que no parece preciso aumentarlas más.

El art. 517 bis b se dedicaría a la denegación de auxilio a la Justicia, castigando el pár. 1<sup>o</sup> al funcionario que, requerido por autoridad competente, no prestare la debida cooperación para la administración de justicia con las penas de multa de 6 a 12 meses y suspensión de 1 a 6 años (2), y extendiendo el pár. 2<sup>o</sup> a esta

---

mino "mandato" no comprende a las sentencias, sino sólo a las restantes resoluciones judiciales, como en referencia al art. 369 CP sostienen *Rodríguez Muñoz-Jaso*: Derecho penal II, 1949, p. 205, y *Rodríguez Devesa*: Derecho penal español PE, 1977, p. 1020, nota 7 (quienes incluso consideran absurdo que las resoluciones judiciales encajen en esas excepciones, dado que los órganos judiciales tienen precisamente la misión de declarar el Derecho), o si, por el contrario, tanto las sentencias como las resoluciones judiciales clara, manifiesta y terminantemente antijurídicas dejan de ser penalmente obligatorias, como entienden *Cerezo*: Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia, REP 1966, p. 351, y *Córdoba*: Comentarios al CP, I, 1972, p. 397. Por mi parte considero correcta esta segunda interpretación, pues también las sentencias contienen un mandato y, aunque el poder judicial sea precisamente el encargado de declarar el Derecho, lo cierto es que puede haber sentencias o resoluciones judiciales evidente y manifiestamente antijurídicas. El problema práctico, claro está, para que quede exento de pena el funcionario que las desobedeció, será conseguir que posteriormente otro o incluso el mismo Tribunal considere que aquéllas fueron en efecto evidentemente antijurídicas.

(2) En cambio, las penas previstas por el art. 455 P son multa de 4 a 12 meses y suspensión de 1 a 6 años. Se sube, pues, el límite mínimo de la multa y con ello las penas serían iguales a las propuestas para la desobediencia a la Justicia en el 517 bis a. Por el contrario, no parece conveniente agravar la pena de suspensión prevista en el 455, porque entonces la denegación de auxilio a la Justicia estaría más penada que la desobediencia a la misma, cuando en todo caso, si es que debiera ha-

figura las agravaciones previstas en los párrafos 2º y 3º del art. 455, es decir, para los casos en que resulte grave daño para la causa pública o para un tercero o en que el requerido sea autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente policial (3). Y al llegar a este punto surge la duda de si debería incluirse o no como pár. 3º de ese art. 517 bis b el pár. 4º del 455 P, que sanciona con las mismas penas de los párrafos anteriores al “funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de prestarlo sin causa justificada”.

Realmente, las posibilidades de ubicación sistemática de esta figura son las siguientes: dejarla en el art. 455, como modalidad de incumplimiento de funcio-

ber alguna diferencia de punición, parecería más lógico que fuera a la inversa. En esta contradicción incurren los arts. 455 y 453 P, que sancionan más gravemente la denegación de auxilio que la desobediencia. Con ello, sin que se sepa por qué, se invierte precisamente el criterio del vigente CP, que castiga en el art. 369 la desobediencia con inhabilitación especial y multa, y en el 371 la denegación de auxilio sólo con suspensión y la misma multa. Curiosamente esta alteración parece haber pasado inadvertida a la hora de justificar la redacción del Proyecto, pues la Memoria explicativa (recogida en: Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, Instituto Nacional de Prospectiva, Cuadernos de Documentación, 1980, p. 64) se limita a decir que el Cap. III del Tít. X “recoge la materia en forma sustancialmente idéntica a los correlativos preceptos vigentes con la consiguiente acomodación de penas al nuevo sistema penológico que ahora se instaura”. A mi juicio, la gravedad de ambas figuras es similar, por lo que la pena del art. 455 para la denegación de auxilio para un servicio público debería ser la misma que la del 453 para la desobediencia administrativa: multa de 3 a 12 meses y suspensión de 6 meses a 6 años.

(3) Esta última agravación del art. 455, 3º no figuraba en el correlativo 371 CP. La Memoria explicativa del Proyecto (loc. u. cit.) justifica su introducción en que “la necesidad de requerir a la fuerza pública o a la Policía ya está indicando la gravedad de la situación o, al menos, su perentoriedad, por lo que la negativa de cooperación por parte del requerido sube de punto en igual medida”.

nes administrativas, junto con la denegación de auxilio para un servicio público; llevarla al propugnado art. 517 bis b como forma de denegación de auxilio para la Justicia; incluirla junto con la omisión de impedir determinados delitos en el art. 494 P; o regularla conjuntamente con este último delito y con la omisión de socorro entre los delitos contra la seguridad (de las personas). La segunda y tercera posibilidades presupondrían que esta forma de denegación de auxilio del funcionario es un delito contra la Administración de Justicia, mientras que las otras posibilidades significarían que es otro el bien jurídico afectado. A este respecto *Quintano* opina que la figura del art. 371, 3º CP (idéntica a la del 455, 4º P) presenta mayor parentesco con la omisión del deber de impedir determinados delitos, del 338 bis CP, que con los delitos de desobediencia. Según esto, lo lógico sería regularla conjuntamente con dicha omisión (3ª posibilidad); pero esta solución no parece conveniente porque, dado que no sólo se castiga al funcionario obligado y requerido que no evita un delito, sino también al que no evita otro mal, ello desbordaría totalmente el tenor de la rúbrica del correspondiente capítulo: “de la omisión del deber de impedir delitos”. De todos modos, si la omisión de impedir delitos afectara realmente al bien jurídico de la Administración de Justicia, como entiende *Quintano*, entonces tal omisión realizada por funcionario obligado y requerido podría incluirse dentro también del Tít. XI del Proyecto en el propuesto art. 517 bis b junto con las otras modalidades de denegación de auxilio a la Justicia, aunque también estaría incluida la no evitación de otro mal, que, salvo que el mal consista en la comisión de una falta, ya excede del ámbito de la no cooperación con la actuación de la Justicia, pero cuya inclusión sería necesaria para no fragmentar la tipicidad, dado que, como acabo de indicar, el “mal” pue-

de ser precisamente la comisión de una falta (4) (2ª posibilidad). Sin embargo, a esta solución se opondría el criterio de la doctrina española dominante, que, como veremos, opina que en la omisión, por parte de cualquier persona, de impedir ciertos delitos el bien jurídico es la solidaridad humana y no la Administración de justicia (por tanto, tampoco lo sería cuando el omitente es un funcionario obligado a intervenir). Más concretamente, frente a la argumentación de *Quintano* de que en el 338 bis CP se castiga el no suplir la acción de los órganos de la Justicia normalmente dedicados a tales actividades, *R. Devesa* responde que no se trata de suplir a la Justicia, sino a la acción policial, y del mismo modo *Córdoba* precisa que evitar delitos no es función de la Administración de Justicia, sino de la policía en su manifestación, además, no judicial, sino gubernativa. Y efectivamente, la policía judicial tiene según el art. 126 de la Constitución las “funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente”, mientras que la evitación de delitos encaja dentro de la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, que el art. 104 de la Constitución asigna a las fuerzas de seguridad como policía gubernativa; del mismo modo, el Reglamento orgánico de la policía gubernativa, de 17-7-1975, le atribuye a ésta la función de evitar la comisión de delitos, y los arts. 282 ss. LECr encomienda a la policía judicial la averiguación, investigación y comprobación del delito y el descubrimiento y

(4) En cambio, *R. Devesa*: PE, 1977, p. 1024, afirma en relación al art. 371, 3º CP que “el delito puede ser cualquiera, comprendidas las faltas, y el mal no necesita ser grave”. Ya he indicado en *mi* obra: Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, pp. 454 ss., que en el lenguaje del CP “delito” es un término siempre contrapuesto a “falta”, salvo en los casos absolutamente excepcionales en que poderosísimas razones lógico-sistemáticas, teleológicas, etc. impongan la interpretación contraria.

persecución de los delincuentes. No obstante, la cuestión sigue siendo discutible. Si en España es minoritaria la posición que defiende expresamente la inclusión entre los delitos contra la Administración de Justicia de la omisión de impedir ciertos delitos, en la doctrina alemana, en cambio, es dominante la opinión de que en la figura conexas de la omisión de avisar a la autoridad para que impida la comisión o consumación de ciertos delitos (del § 138 StGB, y que también aparece ahora prevista en el art. 494, 2º P) el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia como órgano encargado de la evitación de delitos. E incluso en nuestro Derecho no cabe desconocer que muchas de las actuaciones de la Administración de Justicia tienen como finalidad o entre sus finalidades la prevención o evitación de delitos: así sucede, como expondré más detenidamente más adelante, con la prisión provisional, la imposición de penas, de medidas de seguridad post y predelictuales, la actuación de la policía judicial frente a sujetos a los que se puede imponer una medida predelictual, etc. Pero sobre todo, a partir de la Ley de la Policía de 4-12-1978 ya no se puede hablar de que la evitación de delitos sea competencia exclusiva —salvo casos marginales y por vía indirecta— de la policía gubernativa: Su art. 2, 2b) menciona entre las funciones generales de los cuerpos de seguridad del Estado la de “evitar la comisión de hechos delictivos”, y si ello va implícito entre las misiones de proteger las personas, bienes y derechos de los ciudadanos y la seguridad ciudadana que, p. ej., el art. 13 asigna a la Policía Nacional, por otra parte el art. 9, b) encomienda al cuerpo superior de policía “en el ámbito de la investigación y *en sus funciones de policía judicial*, realizar las operaciones precisas en orden a la información y *prevención de los delitos y demás infracciones legales* y, de haberse cometido, investigarlos...” etc. Y por otra parte, incluso cuando la

evitación de delitos concretos se realiza como función de la policía gubernativa, ello va íntimamente vinculado con la detención de sus autores y su puesta a disposición de la Justicia (aunque el incumplimiento de este deber sería otro delito independiente: el de no promover la persecución de delitos, del art. 495 P, que sí afecta inequívocamente a la Administración de Justicia).

Si a pesar de ello se siguiera considerando que no es correcto incluir entre las figuras contra la Administración de Justicia ni la omisión por parte de cualquier persona de impedir ciertos delitos ni la denegación de auxilio del funcionario para evitar un delito u otro mal, cabría pensar en regular conjuntamente esta última, la primera y la omisión de socorro, como delitos contra la solidaridad humana, en el Título donde se incluye la omisión de socorro, es decir, en terminología legal entre los delitos contra la seguridad de las personas (4ª solución), pues al fin y al cabo, como señala *Muñoz Conde*, el art. 371, 3º está íntimamente relacionado con los arts. 338 bis y 489 bis CP. Sin embargo, el propio *Muñoz Conde* piensa que los bienes jurídicos son distintos: solidaridad humana en los arts. 338 bis y 489 bis e infracción del deber de cooperación en el 371, 3º (hasta el punto de que defiende la posibilidad de concurso ideal con esas infracciones). Y en efecto, tal posibilidad me parece desaconsejable, al menos por lo que respecta a la denegación de auxilio de funcionario, por dos tipos de razones: En primer lugar, porque, cuando se trata de la no evitación de un mal, dicho mal puede ser no sólo para la persona, sino para sus bienes patrimoniales o para la comunidad, etc., lo que ya no guarda relación con la omisión de socorro ni con la seguridad de la persona. Y en segundo lugar porque si la omisión, bien sea la no evitación de un delito o de otro mal, es de un fun-

cionario específicamente obligado por su cargo a actuar, ya no estamos ante una mera infracción del deber genérico de solidaridad humana, efectivamente, sino ante algo más específico y grave: el incumplimiento de una función pública importante encomendada a ciertos órganos administrativos. Estas consideraciones justificarían, pues, el dejar dicha denegación de auxilio entre los delitos de funcionarios —en la técnica legal tradicional— o contra la Administración Pública —en la terminología del Proyecto— en el art. 455 P como modalidad de incumplimiento de funciones administrativas (1ª posibilidad).

A mi juicio y resumiendo, la elección ha de recaer entre esta solución y la 2ª, esto es, la de incluir esta figura junto a la denegación de auxilio a la Justicia. Y si bien es cierto que la evitación de delitos es una función que, aunque normalmente y de modo primario y directo compete a la policía gubernativa, también corresponde a veces a la policía judicial, que es un órgano auxiliar y dependiente del poder judicial, y es además una de las finalidades de gran parte de las actuaciones de la Administración de Justicia —por lo que realmente sí habría una cierta base para regular dicha denegación de auxilio en el pár. 3º del propugnado art. 517 bis b como incumplimiento de funciones de la Administración de Justicia—, no obstante, como la cuestión es discutida y sigue siendo discutible, como además lo que en cualquier caso es indudable es que la evitación de hechos delictivos es, como mínimo, misión primaria de la policía gubernativa y como, por otra parte, la evitación de otros males es (salvo que se trate de evitar la comisión de faltas) función de órganos administrativos que ya no guarda relación con los órganos de la Justicia, me parece preferible la 1ª solución, es decir, dejar tal denegación de auxilio como último párrafo del art. 455 P como for-

ma de incumplimiento de funciones administrativas —aunque algunas también puedan corresponder a la Administración de Justicia—.

Ahora bien, con independencia de su ubicación sistemática, lo que es más importante y necesario es coordinar adecuadamente el alcance de esta modalidad de denegación de auxilio del funcionario con el de los tipos de omisión de impedir determinados delitos y de omisión de socorro (cuya interrelación nos ha mostrado el examen de las posibilidades de ubicación de la primera). Al introducirse estos dos últimos tipos por Ley de 17-6-1951 se pasó por alto su conexión con el del art. 371, 3<sup>o</sup> CP, ya existente desde 1944, y así *Quintano* destaca esta falta de coordinación en cuanto a la no evitación de delitos, por ser más gravemente penada la omisión del particular, del 338 bis: arresto mayor y multa, que la del funcionario, del 371, 3<sup>o</sup>: suspensión e igual multa, lo que califica de “sumamente anómalo”. Dicha anomalía (al menos aparente) se reproduce en el Proyecto, donde la denegación de auxilio del funcionario está penada en el art. 455, 4<sup>o</sup> (salvo que concurren las agravaciones de los párs. 2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup>) con multa de 4 a 12 meses y suspensión, mientras que la no evitación de determinados delitos por parte de cualquier persona se sanciona en el 494 con prisión de 6 meses a 2 años en los casos más graves, y en los restantes sólo con multa, ciertamente, pero de 6 a 24 meses. En cambio, el problema no se plantea frente a la omisión de socorro, ya que la pena de ésta: arresto mayor o multa de 3 a 6 meses, o ambas, en el 193 P, es inferior a la de la denegación de auxilio del funcionario.

Nuestra doctrina, dándose cuenta de la conexión existente entre estos tipos, ha intentado resolver las dudas que plantea la regulación legal. En primer lugar deslindando el diferente alcance de esas figuras:

así *Ferrer* indica que la del art. 371 CP es más específica que la del 338 bis, imponiendo aquél, a diferencia de éste, el deber de evitar el delito aunque ello implique un riesgo; *Muñoz Conde* señala que el 371, 3º es más amplio que los arts. 338 bis y 489 bis, por no exigir ninguna situación especial en el amenazado por el delito o mal, y del mismo modo *R. Devesa* habla de la mayor latitud del 371 porque el delito puede ser cualquiera y el mal no necesita ser grave, resaltando además que el funcionario tiene que estar obligado a actuar por razón de su cargo. Y en segundo lugar intentando resolver mediante las reglas del concurso (de leyes o de delitos) los casos en que coincidan los presupuestos típicos de dichas omisiones: peligro de comisión de los delitos enumerados en el 338 bis o peligro de un mal grave para una persona. *Ferrer* piensa, atendiendo sólo al primero de los supuestos, que como la pena del 338 bis es más grave que la del 371, en virtud del art. 68 (principio de alternatividad) debe castigarse por el primer precepto. Por su parte *R. Devesa* opina que el funcionario, aunque no esté obligado por su cargo, queda sujeto a lo prescrito para todos en los arts. 489 bis y 338 bis, pero que estos preceptos son “subsidiarios” frente al del 371, 3º, que es más amplio. En cambio, *Muñoz Conde* cree posible un concurso ideal de este delito con aquellas omisiones por tratarse de bienes jurídicos distintos: solidaridad humana en los 338 bis y 489 bis, infracción del deber de cooperación en el 371, 3º.

Dado que, como se ve, las soluciones dogmáticas propuestas son muy divergentes y, por tanto, las dudas subsisten, creo, sin entrar ahora a tomar partido entre esas posiciones, que el problema se resolvería adecuadamente, en cuanto a la relación entre la denegación de auxilio del funcionario —del 455, 4º P— y la omisión del deber de impedir ciertos delitos

—del 494 P—, con una regulación legislativa que, por una parte, deje claro que lo que se hace es imponer al funcionario obligado un deber jurídicopenal de evitar cualquier hecho delictivo, que en cambio no le incumbe al particular (y por ello sí tiene sentido que la no evitación de infracciones poco graves esté menos penada que el no impedir los delitos más graves contra la persona), y que por otra parte, cuando se trate del deber de impedir delitos que afecten a la vida, integridad, libertad o seguridad de las personas, sancione más gravemente la omisión del funcionario específicamente obligado por su cargo a actuar que la omisión del particular. Por ello, en la regulación del art. 455, 4º P las penas previstas en el mismo (en principio multa de 4 a 12 meses y suspensión de 1 a 6 años) deberían reservarse para la denegación de auxilio, no “para evitar un delito u otro mal”, sino “para evitar un delito distinto de los mencionados en el párrafo primero del art. 494 u otro mal”. Y debería además añadirse un inciso al final de dicho art. 455, 4º del siguiente —o similar— tenor: “Si el funcionario se abstuviere injustificadamente de prestar dicho auxilio para evitar un delito de los señalados en el pár. 1º del art. 494, incurrirá en las penas establecidas, respectivamente, en aquél y en la de suspensión de 3 a 6 años”; este inciso debería añadirse precisamente en el 455, 4º —y no en el 494— para que los restantes requisitos típicos, entre otros la exigibilidad aunque haya riesgo, fueran los mismos que los del tipo básico de la denegación de auxilio de funcionario. Por el contrario, cuando se trata de la no evitación de un mal, no es necesario cambiar la fórmula legal por no plantearse problemas, pues, como ya he indicado, la pena de la omisión de socorro es menor que la de la denegación de auxilio de funcionario.

Por último, para concluir el propuesto Cap. IX del

Tít. XI, el art. 517 bis c pasaría a recoger el tipo del 456, 2º P (equivalente al 372, 2º CP), es decir esa figura mezcla de desobediencia y de denegación de auxilio a la Justicia que es la incomparecencia de testigos y peritos ante un Tribunal a declarar. A este respecto hay que destacar que el art. 456, 2º P ha cambiado el requisito final del 372, 2º CP (“cuando hubieren sido oportunamente citados al efecto”) por la fórmula “cuando, al ser citados, se les hubiere advertido expresamente de esta responsabilidad”. Con esta fórmula, cuya laudable finalidad es la de excluir la punición en casos de error de prohibición, no se hace, sin embargo, sino incorporar expresamente al tipo una exigencia que para los procedimientos criminales ya se deducía indirectamente de la anterior formulación legal. En efecto, para que el perito o testigo hubieran sido “oportunamente citados”, según el art. 175 LECr la cédula de citación tiene que expresar, entre otros extremos, “5º, la obligación, si la hubiere, de concurrir al primer llamamiento, bajo la multa de...; o si fuese ya el segundo el que se le hiciera, la de concurrir, bajo apercibimiento de ser procesado como reo del delito de denegación de auxilio respecto de peritos y testigos”. En cambio, no está tan claro que en el procedimiento civil haya que hacer en la citación advertencia expresa de dicha responsabilidad penal: pues el art. 272 LECiv, que, aunque en principio se refiere a los requisitos de la cédula de citación de las partes, abarca también los de la citación de peritos y testigos (pues a él se remite implícitamente el art. 273 al hablar de la cédula de citación de éstos), sólo dice en su núm. 5º que la cédula contendrá la prevención de que si no compareciere, le parará el perjuicio a que hubiere lugar en derecho; y si bien el párrafo último de este art. 272 añade que, de ser obligatoria la comparecencia, si por incomparecencia fuere necesaria segunda citación, ésta prevendrá que en

caso de nueva incomparecencia sin justa causa será procesado por delito de desobediencia grave a la autoridad, según *R. Devesa* esto sólo rige para las partes, pero no para los testigos y peritos, respecto a los que no se hace ninguna salvedad. Pero suponiendo que esta interpretación fuera incorrecta, entonces sí sería también precisa en el procedimiento civil la advertencia expresa en la citación a peritos y testigos para que incurrieran en responsabilidad penal, pero no por el delito de denegación de auxilio de peritos y testigos, sino precisamente por el de desobediencia grave —interpretación que no me parece convincente, dado que el art. 272 LECiv sólo va referido directamente a la citación de las partes y, en cambio, extender la tipificación que su último párrafo hace de la segunda incomparecencia de las partes como delito de desobediencia grave también a la incomparecencia de peritos y testigos, significaría excluir del ámbito del correspondiente precepto penal regulador de la denegación de auxilio —art. 372, 2º CP o 456, 2º P—, que es una norma más específica, puesto que se ocupa expresamente de peritos y testigos, la incomparecencia de éstos ante un Tribunal civil, pese a que dicho precepto penal no hace distinciones.

Por otra parte, también con la nueva fórmula del 456, 2º P seguirá rigiendo —como han destacado, *Ferrer, Quintano, Cuello, Muñoz Conde* y *R. Devesa* en relación con el 372, 2º CP— lo dispuesto en los arts. 420, 463 y 661 LECr, según los cuales es necesaria la incomparecencia ante un segundo llamamiento tras haber faltado al primero para poder aplicar este precepto, ya que el 456, 2º P exige que, al ser citados los testigos o peritos, se les hubiere advertido expresamente de esa responsabilidad y el art. 175, 5º LECr sólo prevé el apercibimiento de incurrir en denegación de auxilio precisamente en el segundo llamamiento.

Por el contrario, me parece insuficiente la pena de multa de 3 a 6 meses que fija el 456, 2º para esta figura y, por tanto, debería cambiarse —agravándola— en el art. 517 bis c que propongo. Ya *R. Devesa* ha señalado respecto del equivalente tipo del art. 372, 2º CP que en el fondo se trata de una desobediencia grave privilegiada por razones inexplicables, máxime cuando los citados arts. de la LECr requieren la segunda incomparecencia y cuando, en contraste con la de peritos y testigos, el art. 272 LECiv prevé el castigo de la segunda incomparecencia de las partes como desobediencia grave. Y en efecto, la pena de la desobediencia grave en el art. 237 CP es de arresto mayor y multa de 20.000 a 100.000 pts., frente a la de sólo la misma multa en el 372, 2º; y lo mismo ocurre en el Proyecto: para la desobediencia grave arresto de 6 a 12 fines de semana y multa de 3 a 6 meses en el art. 543, frente a sólo la misma multa en el art. 456, 2º. Pues bien, a la vista de lo expuesto y teniendo en cuenta además que, efectivamente, no se vé por qué la segunda incomparecencia de las partes ante un Tribunal civil ha de ser más grave que la segunda incomparecencia de peritos o testigos ante uno civil o penal, que si la negativa no es a comparecer, sino a declarar compareciendo —lo que tampoco parece más grave—, no se responde de denegación y auxilio sino de desobediencia grave (como destacan *Quintano* y *Muñoz Conde* y efectivamente confirman los arts. 420 y 463 LECr para la persistencia en la negativa a declarar), y por último, que el art. 587 P, siguiendo el mandato del art. 76, 2 de la Constitución de regular legalmente, las sanciones a la incomparecencia a requerimiento de las Cámaras, castiga precisamente como delito de desobediencia (del 543 P) la nueva figura de la incomparecencia ante una comisión de investigación de las Cámaras pese al requerimiento en forma legal y bajo apercibimiento, sin que tampoco

parezca que dicha incomparecencia sea más grave que la segunda incomparecencia ante un Tribunal, creo que debería elevarse la pena de dicha forma de denegación de auxilio de peritos y testigos en el propuesto art. 517 bis c a la de arresto de 6 a 12 fines de semana y multa de 3 a 6 meses, es decir, la misma pena del 543 P para la desobediencia grave, con lo que se evitarían todas las discordancias indicadas.

3. La ampliación efectuada en el Tít. XI del Libro II del P 1980 es, por último, insatisfactoria porque, como ya he anticipado, deberían suprimirse algunas figuras introducidas o mantenidas por el mismo, y en cuanto a algunas otras es, al menos, dudoso que deban figurar en el Título o incluso que deban subsistir como tales hechos típicos.

A continuación expondré lo más brevemente posible los supuestos a los que me refiero, en la mayoría apuntando solamente las razones de la crítica o de la duda, pues profundizar en ellas supondría entrar de lleno en el examen y valoración del contenido material de los preceptos, lo que excede del marco de estas consideraciones sobre la sistemática y alcance del título de los delitos contra la Administración de Justicia.

En cuanto a los tipos que deberían suprimirse, ello sucede, en primer lugar, con el quebrantamiento de condena sin violencia ni motín, figura que mantiene el art. 518 P pese a que un importantísimo sector de nuestra doctrina ha abogado por su impunidad: *Pacheco, Groizard* (para ciertos casos), *Muñoz Conde, R. Devesa, Córdoba, González Guitián*. Y en efecto, esa exigencia se basa en la idea de inexigibilidad de otra conducta, pues, como señala *Stratenwerth*, esta figura es un caso especial de autofavorecimiento y éste es y debe ser impune, y en los principios de subsidiaridad

y eficacia, es decir, que son otras medidas no penales las eficaces para evitar el quebrantamiento de condena.

Con mayor razón aún debe desaparecer el quebrantamiento de detención, que ha introducido el 518 P al ampliar la mención de los penados y presos también a los detenidos. Las mismas razones en contra de la existencia del quebrantamiento de condena no sólo concurren también aquí, sino que se agravan porque, aunque la detención la pueda efectuar la policía judicial también puede practicarla la policía gubernativa, y aunque en cualquier caso su finalidad sea la puesta a disposición —o no— de la autoridad judicial, el quebrantamiento de la detención no atenta directamente contra la efectividad de un pronunciamiento judicial. Por ello creo que también debería desaparecer la mención a los detenidos en los tipos de favorecimiento de evasión de los artículos 520 y 521 P, pues a lo sumo podrían constituir en algunos casos una forma de favorecimiento personal del delincuente del art. 515, 3º, y con ello basta.

Absolutamente intolerable es la introducción en el Proyecto del art. 522, que constituye el Cap. VIII del Tít. XI sobre la entrada indebida en territorio español, que no figuraba en el Anteproyecto de 1979 (5). Una de las modalidades, la del quebrantamiento por un extranjero de una medida gubernativa de expulsión, no tiene nada que ver con la Administración de Justicia; y con respecto al quebrantamiento de la medida de seguridad de expulsión —aparte de lo discuti-

---

(5) La Memoria explicativa del Proyecto, al estar realmente escrita sobre el texto del Anteproyecto —como lo demuestra, entre otros datos, el que constantemente se refiere a la numeración del articulado, no del Proyecto, sino del anterior texto del Anteproyecto—, no menciona siquiera la existencia de este Capítulo y dice (cfr. loc. cit., pp. 68-69) que el Título finaliza con el Capítulo sobre el quebrantamiento de condena y evasión de presos.

ble de tal medida— vuelven a surgir los mismos reparos que frente al quebrantamiento de condena. Se violan nuevamente los principios de subsidiaridad y eficacia del Derecho penal. Y para colmo, las penas, de prisión, incluso de 2 a 4 años si la entrada es clandestina, son incomprensiblemente elevadas: mucho más que las del quebrantamiento de condena o cualquier modalidad de evasión de presos o que las de buena parte de los delitos de lesiones.

Por lo que respecta a los tipos cuya ubicación sistemática o su misma existencia plantea dudas, en primer lugar y como ya he indicado, es discutible la inclusión entre los delitos contra la Administración de Justicia de la omisión de impedir ciertos delitos o de avisar a la autoridad para que los impida, del art. 494, 1º y 2º P. Esta última modalidad no hay que confundirla, como subraya la Memoria explicativa del Proyecto (6), con la omisión de denuncia de hechos ya cometidos o “crimen retitencia”, que en cambio sí fue introducida por Ley de 28-12-1978 en el pár. 2º del art. 338 bis CP y que, aunque sea un delito, como dice *Quintano*, “conocido de los totalitarismos anti-guos y modernos”, sistemáticamente sí está claro que afecta a la Administración de Justicia al no colaborar para que se ponga en marcha el debido proceso; se trata en suma de la extensión a los particulares del deber jurisdiccional de promover la persecución de delitos.

Pues bien, el Proyecto mantiene dicha doble modalidad de omisión dentro de este grupo de delitos, siguiendo el criterio seguido por el CP aún vigente. La Memoria explicativa (7) expone que se trata “de prevenir una futura infracción o de impedir su inmediata ejecución. Y este objetivo emparenta de algún modo

(6) Cfr. loc. cit., p. 67.

(7) Vid. loc. cit., p. 67.

estas conductas con las que atacan la administración de justicia penal. Desde luego no es pacífica en la doctrina esta sistematización. Se arguye que aquella función preventiva de la delincuencia es más policial que judicial y que el lugar de enclave de estas infracciones —si las mismas se admiten— está más bien entre las que atacan la seguridad de la persona. Podrían, pues, reunirse con la genérica omisión de socorro. Ante esta división de opiniones se ha optado por seguir el sistema vigente, sin perjuicio de un definitivo replanteo”. Lo que no se dice es que en nuestra doctrina la opinión dominante es precisamente la contraria a esta solución por entender —así *Alamillo*, *R. Mourullo*, *Muñoz Conde*, *R. Devesa* o *Córdoba*— que el bien jurídico protegido es la solidaridad humana. Sólo *Quintano*, pese a reconocer la coincidencia parcial de esta omisión con la omisión de socorro, justifica expresamente (y aun con reservas: “lo que en parte justifica su situación en el Título IV”) la solución legal. Por una parte alegando que dicha omisión afecta a la frustración del proceso, justificación que *R. Devesa* califica con razón de “endeble” porque no se trata de una omisión de denuncia; y por otra, porque según *Quintano* se omite cooperar a la acción de la Justicia supliendo la ausencia de los órganos normalmente dedicados a tales actividades. A esto, como ya indiqué, se ha respondido que la evitación de delitos no es función de la Justicia, sino de la policía gubernativa. De todos modos, nuestra doctrina tampoco es tajante en su rechazo de la sistemática legal frente a esta figura: así *Córdoba* y *R. Devesa* se limitan a afirmar que no es “clara” su colocación sistemática, añadiendo el segundo que “acaso hubiera tenido más congruo lugar entre los delitos contra la seguridad”, y *Muñoz Conde* sólo dice que afecta más a otros bienes jurídicos como la seguridad que a la Administración de Justicia misma. En cambio, en la doctrina alemana es domi-

nante la opinión que considera —p. ej. v. *Hippel*, v. *Liszt-Schmidt*, *Welzel*, *Maurach*— que el bien jurídico afectado por la omisión de avisar a la autoridad o al amenazado para que eviten ciertos delitos, del § 138 StGB, es la Administración de Justicia como órgano encargado de la evitación de delitos.

Como ya he anticipado en referencia con la denegación de auxilio de funcionario para evitar hechos delictivos, aunque la evitación y prevención de delitos es función que normal y directamente compete a la policía gubernativa, la Ley de la Policía de 4-12-1978 también se la atribuye a la policía judicial, que es un órgano dependiente de la Administración de Justicia. Pero incluso antes de esa ley podía ser ya en algunos casos función desarrollada por la policía judicial: como según los arts. 282 ss. LECr son funciones de la policía judicial la averiguación y comprobación del delito y el descubrimiento, persecución y detención del delincuente y como, por otra parte, la conspiración o la tentativa ya son delitos —hechos penados por la ley—, si alguien acude a la autoridad judicial denunciando la conspiración o la tentativa de algún delito, el descubrimiento del mismo y la detención de los delincuentes por la policía judicial implicaría simultáneamente la evitación de la consumación del delito. Además, en el campo de las medidas de seguridad, sobre todo teniendo en cuenta que en el Derecho vigente todavía subsisten las predelictuales, el art. 64 del Reglamento de la LPRS encomienda a la policía judicial la investigación de conductas que pudieran determinar un expediente de peligrosidad y la detención de sujetos peligrosos, cuya finalidad es precisamente la de evitar posibles delitos. Por último, muchas de las actuaciones de la Administración de Justicia persiguen también esa finalidad: no sólo la imposición de penas o medidas de seguridad —la pre-

vención general y especial o sólo la especial—, sino también, p. ej., la aplicación de la prisión provisional, cuya finalidad no es solamente el aseguramiento del reo para que comparezca a juicio, sino también la evitación de posibles delitos del reo, como lo demuestra el hecho de que el art. 504, 2º LECr permita al juez no decretar la prisión provisional en caso de delitos graves si el sujeto tiene buenos antecedentes y si además el delito no ha producido alarma ni es de frecuente comisión en ese territorio (razones, pues, de prevención especial y general), y como también lo confirma la reciente rebaja a arresto mayor en el art. 503 de esa ley como pena de los delitos por los que se decretará la prisión provisional. Por consiguiente, es perfectamente posible defender el mantenimiento de la omisión de impedir, directa o indirectamente, ciertos delitos entre los que afectan a la Administración de Justicia, por entenderla como falta de cooperación en la realización de una función que también corresponde a los órganos de la Justicia y que constituye la finalidad de muchas de sus actuaciones.

No obstante y pese a que los argumentos en un sentido o en otro no son concluyentes, considero preferible la inclusión de esta omisión junto a la omisión de socorro entre los delitos contra la seguridad de la persona, pues, como destacan *Kohlrausch-Lange* y *Schönke-Schröder-Cramer* en relación al § 138 StGB, el aspecto primario en esta omisión de impedir delitos es el de proteger los bienes jurídicos (que además en nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en el citado precepto del StGB alemán, son todos bienes jurídicos personales) amenazados por esos delitos. Por eso, porque lo fundamental es el deber de solidaridad humana y la defensa de esos bienes jurídicos personales, considero que el tipo del 494, 2º P debería modificarse de forma que sólo se incurra en responsabili-

dad si no se avisa a la autoridad ni tampoco se impide de cualquier otro modo —p. ej. avisando a la futura víctima— el delito, y que otra modificación imprescindible sería la de que en cualquiera de las modalidades de esta omisión, tanto la del pár. 1º como la del 2º del 494, la pena nunca pueda ser igual o superior a la del correspondiente delito no impedido.

También es dudoso si tiene sentido o si, por el contrario, es supérflua la creación de una modalidad de obstrucción a la Justicia: la del art. 512, 1º P, que castiga con prisión de 6 meses a un año o multa de 6 a 24 meses a quien con violencia o intimidación, intentare influir en quien sea denunciante, parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que se retracte, desista, no intervenga o lo haga desviadamente. La Memoria explicativa del Proyecto dice (8) que se viene a castigar “una suerte de coacción”. Realmente se pena ya la tentativa y entonces sí podría tener sentido esta figura específica, ya que la pena es superior a la que correspondería a la tentativa de coacciones genéricas (el art. 192 P castiga las coacciones consumadas con prisión de 6 meses a 3 años o multa de 6 a 24 meses). Pero si el 512, 1º quiere comprender también, como parece lo lógico, la coacción consumada, entonces de pronto el tipo especial se convertiría absurdamente en tipo privilegiado, ya que no podría llegar a imponer nunca la prisión de 3 años que permiten las coacciones genéricas. Y por otro lado, dado que en esta figura también se incluye el empleo de intimidación, cabe preguntarse si con los delitos de amenazas condicionales no se consigue ya una protección más adecuada y con penas posiblemente más graves que con este precepto.

Por último, resulta también discutible el mantenimiento o no de la figura de la realización arbitraria

(8) Loc. cit., p. 68.

del propio derecho, sobre todo en la fórmula del art. 514 P, que, al castigar el recurso a la violencia, intimidación o fuerza para realizar un derecho propio en vez de acudir a la vía judicial, ha generalizado y ampliado enormemente el tipo del 337 CP, referido sólo a quien se apodera con violencia o intimidación de cosa del deudor para hacerse pago. En cuanto a la versión del CP *Ferrer* declara expresamente que la figura está correctamente encuadrada entre los delitos contra la Administración de Justicia, criterio que parece compartir implícitamente la mayoría de nuestra doctrina, ya desde los comentaristas, al considerar que ese es el bien jurídico protegido —o al menos uno de ellos— o que lo que se castiga es el tomarse la justicia por su mano. Y *R. Devesa* dice incluso que hubiese sido de desear una formulación más amplia y abstracta, con lo que el Proyecto parece haber aceptado su exigencia. Sin embargo, *Bajo*, monografista del tema, considera que ni es satisfactoria la fórmula del 337 CP ni tampoco es la vía adecuada la de una ampliación del tipo, como la que luego ha seguido el art. 514 P y parecida a la muy problemática fórmula de los arts. 392-393 del CP italiano; lo conveniente a su juicio es suprimir este delito y crear, en cambio, atenuaciones específicas para la finalidad de ejercer el propio derecho en los delitos patrimoniales y de coacciones y amenazas condicionales, así como un nuevo delito de despojo. Sin poder entrar aquí a terciar en esta polémica, lo que sí me parece evidente al menos es que la fórmula tan desmesuradamente amplia del 514 P puede dar lugar a multitud de problemas interpretativos y a enormes dificultades para restringir con criterios teleológicos, de confrontación sistemática, etc., su alcance a lo políticocriminalmente deseable y es, por ello, desafortunada.

**JAVIER BOIX REIG**

Profesor Agregado de Derecho Penal en la Universidad de Valencia



**La consumación anticipada en el robo con violencia o intimidación.**

I. Ha sido casi una constante legislativa la regulación, si bien de distintas maneras, de la llamada consumación anticipada en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A ello no se ha sustraído el actual Proyecto de Código Penal, en cuyo artículo 244 se prevé que “la tentativa de robo en los supuestos previstos en el artículo 242 será castigada con la pena del robo consumado”.

Así, ante la alternativa propuesta por algún autor (1), derogación del artículo 512 del vigente Código Penal o su reforma, se ha optado por esta segunda vía. Reforma que, por un lado, ha ido mucho más allá de lo preciso, y, por otro, llega a entrar en contradicción o mejor supera a la razón de ser misma de la institución que se regula.

Pero antes de entrar en el análisis del alcance de la proyectada reforma, es conveniente, en orden a su mejor entendimiento, preguntarse sobre las razones en las que se ha fundamentado la necesidad de la punición expresa de la consumación anticipada en estos delitos, con independencia de cuales sean sus plasmaciones legislativas concretas.

En la medida en que no se pretenda romper la estructura compleja de los robos con violencia o intimi-

---

(1) Vid. Martínez Val, J.M<sup>a</sup>: *El artículo 512 del Código Penal*, en *Revista General de Derecho*, 1958, p. 705.

dación, caben plantearse ciertas hipótesis en las que la aplicación de las reglas generales de punición de la tentativa pudiera comportar, se afirma, patentes injusticias.

Por este motivo se ha abogado reiteradamente por la necesidad de una fórmula tan peculiar como la del vigente artículo 512 ó, en su caso, la del artículo 244 del Proyecto que se comenta. Aparte, como es lógico, de las pretendidas razones político-criminales que intentan justificar este tipo de preceptos, como así se hace en la reciente Sentencia de 26 de enero de 1979 (2).

Las formas imperfectas de realización de estos delitos pueden adquirir diversas configuraciones. Y precisamente, por la propia naturaleza compleja de los mismos, no todas ellas comportan igual grado de injusto. Por ello se ha creído necesario particularizar en mayor medida los criterios de determinación de la sanción aplicable.

Dos grupos fundamentales de hipótesis pueden distinguirse en la realización imperfecta de esta clase de robos: 1. ejecución imperfecta del delito complejo en sus dos componentes. 2. ejecución imperfecta de sólo uno de los componentes del complejo y consumación del otro.

Atribuir en ambos casos igual penalidad no se correspondería con la entidad del injusto cometido. De igual forma que sancionar la segunda hipótesis, por ejemplo la consumación del ataque a la integridad física sin lograr consumir el ataque a la propiedad, con la pena prevista para el delito componente del complejo en grado de consumación (en este caso la pena correspondiente al ataque a la integridad física en gra-

---

(2) Repertorio Aranzadi, n° 191.

do de consumación), tampoco parece que sea ajustado.

De ahí, en definitiva, las tribulaciones legislativas y doctrinales en esta materia. Se trata, pues, de lograr, sin romper la estructura del complejo (3), un criterio de punición más acorde con el injusto realizado; sin incurrir en sancionar más gravemente hechos de entidad menor a otros sancionados más levemente.

La hipótesis planteada, consumación de uno de los componentes del complejo y realización imperfecta del otro, ha sido abordada en este punto desde distintas perspectivas, ofreciéndose diversas soluciones:

1. considerar que estamos ante una tentativa del delito complejo y aplicar la sanción correspondiente.
2. aplicar la sanción correspondiente a la consumación del delito componente que se ha perfeccionado.
3. articular una fórmula agravatoria de cualquiera de las dos soluciones anteriores.
4. aplicar la sanción correspondiente al delito complejo en grado de consumación.

II. En realidad, cualquiera de estas soluciones ha sido atendida en nuestra legislación. Basta dar una ojeada a los diversos textos legales para comprobarlo. Es interesante, en consecuencia, traerlos a colación, poniendo de manifiesto los principales inconvenientes que comportan:

1. En el *Código Penal de 1848* se previó en su artículo 419, que “la tentativa de robo, acompañada de

---

(3) En esta breve comunicación no se aborda la cuestión, de mas largo alcance, de la razón de ser de este tipo de delitos y, en consecuencia, la posibilidad de romper su estructura compleja, al menos a los efectos que aquí se analizan. Tal vez de esta forma podría lograrse una solución más ajustada.

cualquiera de los delitos expresados en el artículo 415 será castigada como el robo consumado” (4).

En el citado precepto se establece la pena del robo consumado en los casos indicados. Se trata, sin duda, de una equiparación de penalidades que subvierte los criterios que latan en la regulación de esta clase de delitos, por más que en la misma haya una hipervaloración del ataque a las personas sobre el ataque a la propiedad. No pueden considerarse consumados, y castigarse así, conductas que se encuentran en un grado ejecutivo previo a la consumación; y que si efectivamente llegan a consumarse recibirán idéntica sanción.

2. El *Código Penal de 1870* regula esta cuestión de forma muy distinta, si bien ceñida tan sólo a la hipótesis del robo con homicidio en el que éste se ha llevado a cabo, y no a los otros casos de robos con violencias. Así, su artículo 519 dispone: “La tentativa y el delito frustrado de robo, cometidos con el delito mencionado en el número 1 del artículo 516, serán castigados con la pena de cadena perpetua a no ser que el homicidio cometido la mereciere mayor según las disposiciones de este Código”.

Se observa, pues, que para el robo con homicidio en el que se ha realizado el atentado a la vida se prevé una sanción mayor que para la simple tentativa o frustración del robo. Es pues una penalidad intermedia entre ésta y la correspondiente a la consumación del delito complejo de robo con homicidio. Y es que si absurdo es castigar estas conductas como consuma-

---

(4) Ya el Proyecto de Sainz Andino de 1831 (vid. un estudio sobre el mismo por J.R. Casabó Ruiz, Murcia, 1978) recogía la siguiente fórmula en su artículo 1034: “Todo acto de violencia dirigido a la perpetración de un robo que deje de verificarse por la resistencia que se oponga al ladrón o por otros obstáculos que le impidan la consumación del delito, será castigado con la pena que a éste corresponda según las circunstancias agravantes que hayan acompañado la violencia cometida”.

das, tampoco parece correcto equipararlas a la de la simple tentativa o frustración del complejo.

Lo que no es lógico es que dicha fórmula no se hiciera extensiva a los otros supuestos de robos con violencia.

Así, lo indicó Groizard, quien a su vez exponía con su habitual claridad, las razones de arbitrar semejante fórmula: “En los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas el interés material entra por poco; la lesión de mayor gravedad contra el derecho particular y contra el derecho social, no depende del quebranto que sufre en sus intereses el sujeto pasivo, sino del riesgo que corre su vida y su libertad. Calcular la pena de esta clase de delito cuando son consumados, como el Código hace, por el daño inferido a la libertad personal, y a la integridad de la vida, sin tomar en cuenta el mayor o menor valor de las cosas robadas, y disminuir luego la responsabilidad de los autores de delito frustrado y de tentativa de robo, aplicándoles las reglas generales de imputación, calculadas en el descenso de la pena en conformidad a la disminución que sufre el delito por la no realización del fin material que con él se quiere conseguir, es una contradicción y a la vez una injusticia” (5).

No obstante, aun cuando se haya previsto dicha solución se pone como límite de la sanción la que correspondería al homicidio; es decir la pena del delito contra la vida consumado. Criterio que no parece del todo correcto, pues aunque efectivamente en esta clase de robos subyace una hipervaloración del ataque a la vida sobre el de la propiedad, éste también es tenido en cuenta. Por ello contradice a la estructura del complejo robo con violencia optar por tal limitación,

---

(5) Groizard y Gómez de la Serna, A.: *El Código Penal de 1870*, T-VI. Salamanca 1896, pp. 148-149.

ya que se valora idénticamente el atentado a la vida consumado, que éste con la intención de atentar a la propiedad.

3. En el *Código Penal de 1928* (6) se sigue igual criterio en relación con el robo con homicidio y se establece también para el resto de los supuestos de robo con violencias la limitación a la penalidad en función de la sanción que correspondería a la realización individualizada de las violencias. De no llegarse a la necesidad de esta limitación la sanción a imponer en estos casos es la correspondiente a la tentativa o frustración del delito complejo; lo que es ciertamente criticable por cuanto comporta una injustificable discriminación en el tratamiento que se hace del robo con homicidio y del resto de los robos con violencia.

4. Con posterioridad, el *Código Penal de 1932* no recoge disposición expresa sobre el particular. Hay que llegar a la Ley de 20 de junio de 1935 (7), que modifica el artículo 5º de la Ley de 11 de octubre de 1934 (8), al que añade un párrafo que contiene una disposición similar a la prevista en el artículo 512 del vigente Código Penal (9), para volver a encontrar regulado de alguna forma el problema que se estudia.

---

(6) Código Penal de 1928. Artículo 691: "La tentativa y el delito frustrado de robo con motivo o con ocasión del cual resultare homicidio, serán castigados con la pena de dieciseis a treinta años de reclusión a no ser que la muerte cometida esté castigada con mayor pena según las disposiciones de este Código.

En los demás casos, la tentativa y del delito frustrado de robo nunca podrán ser castigados con menor pena que la correspondiente a las violencias ejercidas".

(7) Gaceta de 25 de junio de 1935. A/1085.

(8) Gaceta de 17 de octubre de 1934. A/1804.

(9) El apartado D) del único artículo de la Ley de 1935 indica que el artículo 5º de la Ley de 1934 (que regula supuestos de robos con violencia) se le añadirá el siguiente párrafo: "Los delitos comprendidos en este artículo quedarán consumados cuando se produzca el resultado le-

5. Con anterioridad al Código Penal de 1944 hay que destacar, por su mismo interés, el *Proyecto de Código Penal de 1939* que recoge un artículo que en líneas generales asume el criterio que siguiera el Código Penal de 1870 (10). Pero también es interesante señalar, como así ha hecho Casabó (11), que dicho Proyecto pese a recoger en su artículo 486 los supuestos delictivos del artículo 5º de la precitada Ley de 1934, sin embargo no contiene disposición análoga a la del párrafo último de dicho precepto. Así, ha podido afirmar dicho autor que “en este sentido el Proyecto no resulta tan severo como la Ley hoy vigente”.

6. El vigente Código Penal prevé en su artículo 512 la siguiente fórmula de consumación anticipada en los robos con violencias: “Los delitos comprendidos en este capítulo quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable”.

Y digo “consumación anticipada”, pues como se observa ya no se emplea la expresión “será castigado con la pena del robo consumado” sino otra muy distinta: se indica “quedan consumados”. Se trata de una auténtica anticipación del momento consumativo

---

sivo para la vida o la integridad física de las personas que al definir cada uno de ellos se mencionan, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad aludidos en las correspondientes definiciones delictivas”. A esta disposición se le ha considerado antecedente inmediato del actual artículo 512: vid. Castejón, F.: *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*. Madrid 1946, p. 99.

(10) Proyecto de Código Penal de 1939. Artículo 485: “La tentativa y el delito frustrado de robo, cometidos con el delito mencionado en el número 1º del artículo 483, serán castigados con la pena de reclusión mayor, a no ser que el homicidio cometido la mereciere mayor, según las disposiciones de este Código”.

(11) Casabó Ruiz, J.R.: *El Proyecto de Código Penal de 1939*. Estudio preliminar y edición. Murcia 1978, p. 24.

del delito, debiéndose imponer, como es lógico, la pena prevista para la consumación del mismo (12).

El artículo 512 del vigente Código Penal, aunque considerado por algún autor como “una de las pocas innovaciones valiosas de la refundición de 1944” (13) presenta varios inconvenientes de orden técnico. Y ello sin entrar en los criterios inspiradores del mismo, trasladados de una legislación extraordinaria, de carácter antiterrorista, a otra de carácter ordinario, el Código Penal.

a) En primer término hay que insistir, una vez más, en que castigar como consumadas conductas que no lo están o hacerlo mediante el mecanismo de la consumación anticipada es absolutamente rechazable. Comporta una visión defensista contraria, en consecuencia, a un criterio sancionador que esté en función del injusto realmente realizado.

Por más que cualquiera de los elementos que componen el delito complejo se entienda consumado, aquél no lo está; y adscribirle la sanción prevista para el delito complejo en grado de consumación supone vulnerar, como ya se ha indicado, las pautas que informan la propia regulación del delito complejo, en este caso de los supuestos previos en el artículo 501.

b) Pero, más concretamente, el artículo 512 contiene no pocas fisuras de orden meramente técnico. La simple traslación, sin más, de la legislación especial de los años 1934-1935 al Código Penal de 1944 hace que surjan importantes incongruencias. De una simple lectura del artículo 5<sup>o</sup> de la Ley de 1934 se obser-

---

(12) Sobre su fundamentación político-criminal vid. recientemente la S. de 26 de enero de 1979 (A/191).

(13) Quintano Ripollés, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T-II, 2<sup>a</sup> edic. puesta al día por C. García Valdés, Madrid 1977, p. 390.

va que lo dispuesto en su último párrafo es perfectamente aplicable, por igual, a todos los supuestos previstos en dicho precepto.

Pero ello no es así en el vigente Código Penal. Como ha denunciado la doctrina, el artículo 512, que no es aplicable aunque de él pueda desprenderse lo contrario a todos los delitos del Capítulo en que está inserto, puede ser tenido en cuenta únicamente en relación con ciertos supuestos del artículo 501. No es aplicable a aquellos delitos complejos que no comportan un ataque a la integridad física, e incluso tampoco es aplicable en aquellos casos en que hay ataque a la integridad física, hay violencia, pero no hay consecuencias lesivas (14).

En efecto, cuando el artículo 512 requiere “se produzca el resultado lesivo para la vida o integridad física de las personas”, restringe su ámbito de aplicación; por un lado solo tiene en cuenta aquellos supuestos de robo en los que el ataque a la persona se centre en la vida o integridad física; por otro, aún en estos supuestos ha de producirse resultado lesivo (15).

c) El artículo 512 no hace referencia, por otra parte, a la hipótesis inversa; producción del resultado lesivo a la propiedad y realización incompleta del atentado a la vida o integridad física. Hipótesis ésta sobre la que ha llamado la atención Quintano, ofreciendo la solución de aplicar en tales casos el número 5 del artículo 501, en grado de consumación, o la sanción que correspondiere al delito complejo en grado de tentativa o frustración; inclinándose el mencionado autor

---

(14) Vid. Quintano Ripollés, A.: *Tratado...* cit. p. 391: pone de manifiesto lo fluctuante de la jurisprudencia en este punto. En nota a página de C. García Valdés se recoge el criterio jurisprudencial más reciente.

(15) Vid. recientemente las Ss. de 23 de junio de 1979 (A/2768) y 22 de octubre de 1979 (A/3741).

por la segunda solución, ya que, afirma, “constando dicho delito, como los demás complejos, del doble elemento comisivo y culpabilista de robar y matar (o herir), el malograrse uno de ellos, a falta de precepto específico como el del artículo 512, obliga a pronunciarse por la imperfección” (16).

Por esta misma solución se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo, si bien considerando que atendiendo al espíritu inspirador del artículo 512, así como a la regla que para la hipótesis contraria preveía el Código Penal de 1870, debe establecerse como límite el de la pena correspondiente al delito contra las personas en el grado ejecutivo que se hubiere realizado. Así, se indica, que de acuerdo con el artículo 68 se aplicará la pena de mayor rango punitivo, optando entre la proveniente de la ejecución incompleta del delito complejo o de la de uno de sus componentes (17).

---

(16) Quintano Ripollés, A.: *Tratado...* cit. pp. 390-391.

(17) En la Sentencia, ya citada, de 26 de enero de 1979, muy importante en este punto, se dice: “Que la misma mens legis debe estar presente para el caso inverso de que se lograra el propósito lucrativo y se frustrara el violento, concretamente el homicidio, si de este complejo delictivo se trata, o de que se frustraran tanto la muerte como el apoderamiento, en cuyos supuestos, siguiendo igual técnica de severidad debe mantenerse el complejo, de modo que habrá robo homicida en grado de frustración, siempre, naturalmente, que se acredite el dolo de muerte, ya en su forma de dolo directo, ya en la modalidad de dolo eventual, tan típica en estos casos de complejidad; solución que sólo debe ceder en los supuestos en que la punición del grado ejecutivo del delito contra las personas sea más grave, pues entonces, tal pena debe servir de medida a la responsabilidad criminal, tal como tuvo ocasión de señalar esta Sala en su S. de 15 de enero de 1934 (R. 97) y había ya aceptado el C.P. de 1870 (art. 519) al señalar pena propia para el delito con homicidio, en grado de tentativa o frustración, con la salvedad de que el homicidio perpetrado la mereciera mayor; criterio el expuesto que no es en modo alguno arbitrario sino que es el propio del Código vigente, no sólo por la exégesis antes aludida del art. 512, sino también por virtud del art. 68 que obliga a preferir en caso de concurso de normas la alter-

7. La fórmula que recoge el artículo 244 del Proyecto de Código Penal ha variado sensiblemente, de manera trascendental, en relación con la prevista en su Anteproyecto.

a) Al parecer, en el artículo 238 del mismo se indica que “la tentativa de robo acompañada de cualquiera de las violencias expresadas en el artículo 236, será castigada con la pena del robo consumado”.

Obsérvese cómo esta fórmula es muy similar a la prevista en el Código Penal de 1848 salvo en dos matices:

Por una parte en aquél Cuerpo legal se indicaba que la tentativa de robo debía ir acompañada de “cualquiera de los delitos expresados” en el artículo correspondiente, en tanto que en el Anteproyecto se hace referencia a ir acompañada “de cualquiera de las violencias expresadas en el artículo 236”.

En otro orden de cosas, en el Código Penal de 1848 se decía “será castigada como el robo consumado”, en tanto que en el Anteproyecto se alude a “la pena del robo consumado”. Matiz éste que clarifica en el Anteproyecto, como así era también en el Código Penal de 1848, que se trata de un sistema de punición, con equiparación de penalidades a la consumación; y no una consumación anticipada propiamente dicha. Por más que no difieran, en cualquier caso, las diferencias en orden a la punición como consumada de la conducta.

Naturalmente que la fórmula del Anteproyecto presenta análogos inconvenientes a la que suscitaba la del Código Penal de 1848. Tal vez se diga que de esta forma se soslayan parte de los inconvenientes que sus-

---

nativa de mayor rango punitivo, de suerte que entrando en conflicto las normas de frustración del complejo o la de sus elementos componentes se aplicarán unas u otras de acuerdo con tales preceptos”.

cita el actual artículo 512. Y la contestación es que sí, pero defectuosamente.

Efectivamente, ya no se podrá decir que el precepto no es aplicable a casos de violencias que no produzcan resultados lesivos para la integridad física. También estos casos se integrarán con la nueva redacción que se da al precepto en el Anteproyecto. Pero, de esta forma se generaliza a los distintos supuestos de robo con violencia, sin discriminación alguna, la punición del complejo en grado de consumación, aún sin estarlo.

b) Como ya he indicado en el Proyecto de Código Penal cambia sensiblemente la textura del precepto. Ya no se requiere que la tentativa de robo vaya acompañada, al menos, de ciertas violencias. Basta con que haya tentativa de robo “en los supuestos previstos en el artículo 242” para que pueda ser sancionada la conducta con la pena del robo consumado.

Y con esta ligera, pero esencial, modificación del precepto se siguen generalizando los supuestos. Podrá decirse que de esta forma ya no habrá discriminación de trato para alguno de ellos. Y efectivamente así es, pero una vez más hay que decir que la solución es hartamente defectuosa.

Con esta nueva regulación se castiga como consumado un robo con violencias, aunque se encuentre en grado de ejecución incompleta el atentado a la propiedad y consumadas las violencias. En esto nada ha cambiado. Pero es que también se castigará como consumada la hipótesis inversa; perfección del ataque a la propiedad y ejecución incompleta del atentado a las personas. Se logra, pues, una equiparación en los dos supuestos posibles de consumación de uno de los componentes del complejo y ejecución imperfecta del otro.

Pero el ámbito de aplicación del precepto adquiere una amplitud absolutamente desmesurada, con solo observar que también la tentativa de ambos componentes del complejo genera la punición de la misma a título de consumación. Ya no es preciso que al menos alguno de los componentes del delito complejo se encuentre consumado o perfeccionado.

Existe, pues, a estos efectos una inaplicabilidad de las normas generales sobre desarrollo del delito. En los supuestos previstos en el artículo 242 del Proyecto la pena aplicable será la prevista para el delito consumado, se haya realizado éste en grado de consumación o como tentativa.

El nuevo precepto ya no puede ser criticado por ciertas fisuras técnicas que, como se ha visto, presenta el artículo 512 del vigente Código Penal. Su crítica reside fundamentalmente en haber generalizado en los términos expuestos una institución que aún particularizada a ciertos hipótesis merecía serias reservas en orden a cuál era el espíritu que la informaba.

Y dicha generalización tampoco está exenta de ser criticada por su indiscriminación. No es que se siga castigando conductas no consumadas como consumadas, equiparando a ellas la tentativa, sino también por igualar en dicha equiparación cualquier clase de conducta. En definitiva, se sanciona igualmente la consumación del todo, como la de una parte, como la tentativa del todo.

En cualquier caso merece la pena observar cómo una institución que responde, cuando así se ha previsto, a la especial valoración que en los delitos de robo con violencia o intimidación tiene el ataque o agresión a las personas, hasta el extremo de castigarse como consumado el delito cuando sólo se ha consumado dicha agresión, extiende sus confines; y lo hace

mucho más allá de lo que posibilita su propia *ratio*. Se llega a sancionar como consumadas todas las tentativas de robo, cualquier clase de tentativa, incluso, como ya se ha indicado, cuando la ejecución incompleta afecta a todo el delito complejo.

Si criticable era una institución que sancionaba como consumado un robo en el que sí se hubieran ejecutado las violencias (aunque es obvio que el legislador valora especialmente las violencias en estos delitos) y no se hubiera perfeccionado el ataque a la propiedad; si criticable es extender dicha sanción también a los supuestos de perfección del ataque a la propiedad y no de las violencias (ya que contradeciría en mayor medida aún la significación misma de la institución, pensada, insisto, por la peculiar significación de las violencias en estos delitos); no deja de ser lamentable que su extensión haya tenido lugar hasta los extremos indicados.

Con independencia de las graves consecuencias dogmáticas que semejante precepto puede traer consigo, hay que concluir que si ya era rechazable la regulación que el problema venía teniendo hasta el momento, por su carácter defensista, el rechazo se hace mayor cuando se observa el inusitado alcance del mismo, solo comprensible desde una perspectiva defensista, incrementada a su vez.

Espíritu que, sin embargo, contrasta con lo dispuesto en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal, cuando se establece que el nuevo Código tiene una concepción del delito ceñida, desde un punto de vista sustancial, a “la lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos”, o cuando establece, de forma congruente a lo dispuesto en su artículo 3, que el “presupuesto de la pena es la culpabilidad”, concibiendo a aquella “como un castigo que ha de

guardar proporción con la gravedad del hecho cometido”.

No parece, pues, compatible con este espíritu el mantenimiento de una institución que sustancialmente lo contradice. Y lo hace hasta el extremo de desbordar incluso sus propios límites; aquellos que se establecieron en su configuración primigenia, atenta a cuál era su razón de ser.



**GONZALO QUINTERO OLIVARES**

Profesor Agregado de Derecho Penal en la Universidad de Valladolid



**Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal.**

1. Hace ya bastante tiempo que la concordia, si es que alguna vez la hubo, en torno al sistema de doble vía, o, mejor, a que el derecho penal dispone alternativamente de penas y medidas, cada una con una función claramente delimitada, ha dejado de existir. Es más, puede verse el resurgimiento de los preconizadores de la vía única o monismo, pero con características definitorias bien distintas de las que en otros tiempos tuvo el monismo.

Así, nada puede objetarse al hecho de que antes de la lucha de Escuelas no se concebía más que una clase de reacción penal, la pena retributiva. Esta especie de monismo es visible aún hoy en el pequeño sector doctrinal que sostiene que al derecho penal de culpabilidad por el hecho no puede pertenecer más que la pena clásica y nunca las medidas, sean pre- o postdelictuales (H. Mayer). Ciertamente no es este el monismo "avanzado" al que me refiero.

Del mismo modo fue una actitud "monista" la del positivismo italiano, que no concibió más sanciones que las medidas de seguridad, fundamentadas, no obstante, en el determinismo y la responsabilidad social, apoyados ambos en concepciones criminológicas que hoy se consideran cuando menos desfasadas.

Más cerca del tipo de inquietudes que actualmente se viven en el tema se situó Dorado, quién, siendo per-

fectamente consciente de la diversidad de naturaleza y función que corresponde a penas y medidas (“entes diversos”), abogó en el fondo por una superación de unas y otras en aras de su “derecho protector”.

En cualquier caso debe reconocerse que, en las concepciones dominantes en el derecho penal hasta hoy, que aun siguen siéndolo en gran parte, es indudable que las penas y las medidas son diferentes por su fundamento, su fin, y su contenido.

Pero precisamente ahí está la clave del problema: el derecho penal vive hoy el momento más crítico de su historia. La que se puede llamar crisis de validez afectada a sus conceptos fundamentales, su misión, su función política y político-criminal como medio de control social. Las ideas y soluciones jurídicas que tan diáfanas y precisas pudieron parecer hace cincuenta años —de entonces procede la cristalización de las distinciones entre penas y medidas— se ven envueltas en la incertidumbre y rodeadas de desconfianza de la doctrina. Y no podía esperarse otra cosa; si se ha cuestionado radicalmente la función del derecho penal —y no me refiero sólo a los planteamientos de la criminología crítica—, sería ingenuo confiar en que la crisis “externa y global” de lo penal no tuviera el correlativo reflejo en cada una de las partes del edificio.

2. Como eco de ese estado de cosas se aprecia en los modernos movimientos legislativos (especialmente los autores del Proyecto Alternativo), un replanteamiento de la relación entre penas y medidas. A ello se une un notable proceso de “acercamiento de contenidos” de unas y otras, pues ambas quieren orientarse político-criminalmente a finalidades cada vez más parecidas. Igualmente se desarrolla una permanente búsqueda de fórmulas que obvien las acusaciones de “fraude de etiquetas”, por otra parte plenamente jus-

tificadas, y de ilegítima exasperación de los castigos más allá de lo que permitiría el máximo establecido para cada delito merced al sistema de acumulación de penas y medidas.

Desde que Stoos apaciguó las discusiones, o al menos lo intentó, proponiendo que pena y medida fueran dos posibles reacciones que podían coexistir fundándose respectivamente en la culpabilidad, tal como ésta se entendía entonces, y la peligrosidad, mucho han evolucionado las maneras de entender la relación entre ambas, yendo desde la acumulabilidad hasta la alternatividad y el sistema vicarial. Sería prolijo exponer las distintas fórmulas que ofrece el derecho comparado sobre este punto, pues, por una parte no se tratan igual todas las medidas imponibles —basta pensar en las de enfermos mentales y las de delincentes habituales—, y por otra los sistemas positivos no se adscriben íntegramente a una determinada fórmula doctrinal sino que se combinan algunas, dando lugar a soluciones mixtificadoras.

Pero pueden destacarse algunos puntos concretos:

2.1. Se procura evitar en lo posible la “acumulación” de pena y medida, en la conciencia de que entraña un alargamiento del castigo más allá del límite inicialmente asignado al concreto delito, que además se funda siempre en razones ajenas al hecho que se enjuicia. Y se quiere evitar porque parece repugna al “derecho penal del hecho” acercándose al de autor. Pero en ocasiones se recurre a la acumulación, renunciando tácitamente a las garantías que sobre el límite de la sanción acuñara otrora el Estado de Derecho, en favor de concepciones abiertamente defensistas, sintonzando con la actual pujanza de esa actitud. Veremos que estos síntomas se cumplen en el Proyecto de Código.

2.2. No obstante, en las legislaciones de nuestro entorno se procura someter a las medidas, con independencia del modo en que se relacionen con la pena, a límites precisos sobre su duración, registrándose a veces excepciones a este principio en las medidas de índole curativa aplicables a enfermos (tal como ocurre con el internamiento del art. 8-1º del hasta ahora vigente Código). Se entiende que otra cosa sería un salto atrás inaceptable.

2.3. A pesar de ello el principio de alternatividad (o pena o medida pero no ambas cosas), o el sistema vicarial (intercambio en el abono de la duración de la fase de pena y la previa fase de medida cuando se decide la imposición de ambas), obedecen de hecho al propósito de establecer materialmente un “castigo único”, sin perjuicio de las diferencias formales, lo que implica un acercamiento práctico al monismo, que subyace a esas decisiones como propósito.

3. Todos estos datos evidencian a mi modo de ver algo de lo que todos somos conscientes, con independencia de la actitud que cada cual adopte ante ello, y es que existe un profundo malestar producido por la creciente inseguridad intrínseca de los conceptos teóricos en que se apoyan las distinciones. Tal ocurre con la culpabilidad, cuestionada desde ideologías penales bien opuestas, como son, a título de ejemplo H. Kaufmann o Baratta, y, entre nosotros, Gimbernat. Sería largo, amén de innecesario para el objetivo de estas páginas que se refieren solo al problema del dualismo en la actual hora de nuestro derecho positivo, referir aquí los diferentes argumentos que en contra de la validez de ese concepto se aducen. Como mínimo se le acoge “críticamente” (así Roxin y Schmidhäuser, por lo que se refiere a su función fundadora de la pena). Otros intentan encontrar “sustitutivos al con-

cepto de culpabilidad” acuñando nuevas soluciones “jurídicas” (Hassemer, Ellscheid —vid. mi trabajo “Determinación de la pena y política criminal”). En suma: cada vez son más los que ponen en duda que sea la culpabilidad la que fundamenta las reacciones penales, y en la medida en que eso se cuestione se cuestiona también la diferenciación entre penas y medidas. Si se busca el castigo “adecuado al sujeto y al hecho cometido” que satisfaga la necesidad de la sociedad de no quedar indiferente ni ante aquel delito ni ante aquel sujeto (principio de necesidad), no aparecen diferencias substanciales entre la pena y la medida.

Por su parte el concepto de peligrosidad no ha podido quedar indemne ante la crítica científica, más sólida en referencia a éste concepto que al de culpabilidad si cabe puesto que el de peligrosidad es abiertamente “no normativo”, sino un juicio de probabilidad de naturaleza criminológica, juicio que ha sido reducido no sin esfuerzos al pronóstico de futuro delito en base al delito ya cometido —suprimiendo por lo tanto la peligrosidad predelictual y la llamada peligrosidad social, ideas ambas que desaparecen en el Proyecto de Código Penal—. Pero a pesar de todo el juicio de peligrosidad, aun reducido a la postdelictual y criminal, continua ofreciendo una alta dosis de irracionalidad. Formalmente se aportan métodos “objetivos” o “legalistas”, que consisten solo en proporcionar al juez indicios definidos apriorísticamente en base a los cuales se proclama la peligrosidad, método que aleja el resultado de cualquier posibilidad de individualización real. Por su parte, los métodos individualizadores de la prognosis criminal sobre un futuro hecho delictivo que puedan merecer la calificación de “razonablemente científicos” (así los biológicos, psicológicos, sociológicos), no han pasado hasta ahora de una sim-

ple fase experimental, resultando en definitiva que lo realmente determinante del juicio de peligrosidad no es otra cosa que la intuición del juez, basada en su experiencia, y que es un sistema abiertamente acientífico, con un elevado riesgo de subjetivismo, aunque tal vez pueda ser el más viable político-criminalmente. Por último hay que destacar que esos riesgos de subjetivismo no se resuelven con el simple expediente de someter la aplicación de las medidas a los Tribunales ordinarios, acabando con los Juzgados especiales, pues si no existe un proceso adecuado “científicamente” a poner de manifiesto cuando corresponda el índice de peligrosidad, no se podrá esperar una conclusión exenta de los riesgos denunciados. El Proyecto de Código invoca la “proporcionalidad” como criterio rector en la imposición de medidas de seguridad, y es bueno que lo haga, pero hubiera sido mejor que la proporcionalidad hubiera sido claramente referida a la gravedad del hecho cometido y la del que el sujeto pueda cometer, como hacía el art. 130 del Anteproyecto, mientras que el Proyecto definitivo refiere la proporcionalidad a la “peligrosidad revelada por el hecho”, sin conceder importancia alguna a la gravedad objetiva del hecho cometido, como si para apoyar el juicio de peligrosidad diera lo mismo un hurto que un homicidio (vid. art. 133 del Proyecto). En fin, la sombra de la inseguridad y la irracionalidad seguirá volando sobre este campo, en el que a su vez los planteamientos científicos se enfrentan abiertamente. Y aquí, como acontece con el tema de la culpabilidad, puede el penalista preguntarse si en la convulsa hora que vivimos queda lugar para esconderse en el estudio de la “naturaleza científico-jurídica” de las reacciones punitivas prescindiendo de la función que realmente cumplen.

4. Como todos sabemos, la preocupación funda-

mental de las más avanzadas corrientes de opinión es orientar los castigos penales a la consecución, con respeto a las garantías democráticas, de un objetivo común: la recuperación o al menos reducción de la delincuencia, sin importar realmente las “distinciones”. Por eso las discusiones giran en torno a si es o no posible reeducar y reinserir, y no a si es la pena o es la medida el camino más adecuado para lograrlo.

En este orden de cosas, entiendo que existen razones político-criminales lo bastante sólidas como para poder mantener dos ideas esenciales.

4.1. Las penas no soportan hoy la valoración científica aséptica que fue dominante hasta la irrupción del grupo de autores del Proyecto Alternativo alemán, y, en España, de un sector de la doctrina cada vez mayor. La preocupación por la función reeducadora o rehabilitadora —que se sabe es más que dudosa—, condiciona el significado de la idea de prevención a la vez que paulatinamente arrincona la de retribución. Esa preocupación por el contenido y meta de la ejecución penal permite sostener la idea de que cada vez más se quiere dar a la pena “contenido de medida de seguridad”, en el entendimiento clásico o tradicional de éstas, que, a diferencia de las penas, no querían tener funciones “puramente represivas”, como sucedía en todo caso con las penas (y no es que hoy se dude de que estas sean “también y sobre todo represión”, solo que eso se acepta igualmente respecto a las medidas).

4.2. Del mismo modo, las garantías del Estado de Derecho social y democrático se han convertido en irrenunciables. Entre ellas destaca la seguridad jurídica, que en referencia a los castigos significa no sólo saber en qué consisten, sino también cuál va a ser su duración real, que no podrá difuminarse por las combi-

naciones o alternancias de los conceptos de pena y medida, ni tampoco por la teóricamente necesaria “indeterminación” de todas o algunas de las medidas de seguridad, de las que se predicó que debían durar lo preciso para alcanzar su objetivo, principio del positivismo que ya muy pocos defienden. En suma, se exige para las medidas algo que inicialmente sólo se consideraba imprescindible para las penas: la exacta predeterminación de su duración.

Planteado así el tema parece posible sugerir la tesis de que en la hora actual de la ciencia penal se percibe con progresiva claridad que se quiere dar a la pena “contenido y función de medida”, y a las medidas “rodearlas de las garantías”, incluidas las jurisdiccionales, que en su momento se concibieron para las penas.

Este fenómeno, que en realidad no es tal, sino solo una evolución normal acompasada a la naturaleza real que ha adquirido el problema, tiene un reflejo más o menos claro en el derecho positivo, refiriendo éste a la Constitución, la Ley General Penitenciaria, y, ahora, al Proyecto de Código penal.

5.1. La Constitución, en su artículo 25 establece dos principios fundamentales que resultan comunes a penas y medidas:

a) el de legalidad de ambas (pues ambas se comprenden en el concepto de “condena”) y

b) que unas y otras están orientadas hacia la reeducación y reinserción social. No obstante, es de destacar que el disfrute de los derechos fundamentales aparentemente se garantiza sólo para el condenado a *pena* de prisión —a excepción de los derechos que se vean expresamente limitados por el fallo condenatorio—, y nada se dice respecto al que es sometido a medida de seguridad. Se pueden así extraer conclusiones

absurdas, pues, o bien se incluye en la expresión “condenado a pena de prisión” al sometido a medidas de seguridad, o bien, lo que es más razonable, que siendo la regla el disfrute de todos los derechos constitucionales, y no habiéndose admitido excepción alguna para la ejecución de las medidas de seguridad, hay que suponer que éstas no pueden nunca vulnerar derechos constitucionales fundamentales, pues eso sería imposible. Esta sería la conclusión más razonable; pero también puede conducir a contradicciones notorias dado que es indudable que la aplicación de muchas medidas de seguridad implica la privación temporal de algunos derechos fundamentales, de manera que las medidas no podrían ejecutarse por ser “anticonstitucionales” a no ser que se las entendiera incluidas en el concepto de pena.

De cualquier modo es evidente que a la luz de la Constitución pena y medida de seguridad tienen encomendada la misma misión esencial, y no sería viable cuestionar ese aspecto del texto constitucional a pesar de que una y otra se pueden aplicar en supuestos en los que ni es precisa ni posible la tal reinserción (así las “penas” a delincuentes económicos que siempre estuvieron perfectamente “insertados” o las “medidas” para delincuentes habituales irrecuperables). La reinserción y reeducación es “orientación” de los castigos, pero no “exclusivo justificante de los mismos” —lo que rige por igual para penas y medidas—. Por lo mismo se puede prescindir, en un análisis basado en el derecho positivo, de la objeción, sólidamente apoyada en la sociología y en la psicología, de que la teórica reinserción casi nunca se va a conseguir a través de la privación de libertad. Es cierto, pero nuestro nivel de desarrollo sociopolítico, al igual que no ha podido reducir siquiera la criminalidad, tampoco ha logrado descubrir nuevos métodos de contrarres-

tarla. Lo que queda fuera de duda es que ambas poseen carácter de castigos, y bajo esa consideración recurre a ellos la política criminal. Además, por último, las críticas que por igual pueden dirigirse contra penas y medidas en nada afectan a la cuestión del monismo, antes al contrario lo apoyan al “unirlas en lo malo”.

5.2. La Ley General Penitenciaria declara también en artículo 1<sup>o</sup> que las Instituciones penitenciarias que regula tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a “penas y medidas penales privativas de libertad”, evidenciando así un propósito de abrazar en un solo planteamiento, claro está que con diferencias, la cuestión de la ejecución de las penas y las medidas. No obstante, el propósito se queda solamente en eso, como es sabido, ya que la LGP, aparte de señalar (art. 11) que entre los “Centros Especiales” los habrá psiquiátricos, hospitalarios, y de “rehabilitación”, amén del propósito de lograr un tratamiento penitenciario “individualizado” (Título III), no se encuentran referencias a la ejecución de las medidas de seguridad, por lo cual estas, aunque se adecúen en su ejecución a esos mismos principios “generales y comunes”, están a la espera de una Ley que concrete el modo de su ejecución. Pero en lo que aquí importa hay que subrayar cómo la LGP intenta concebir la pena, sin perjuicio de su esencial sentido represivo, a modo de “tratamiento especializado para cada sujeto”, identificándose así con el contenido de ejecución de las medidas privativas de libertad.

5.3. Y llegamos ahora a la relación entre pena y medida en el Proyecto de CP, tema que debe abordarse teniendo presente el sentido que la LGP confiere a la ejecución de las penas, pues así se reducen mucho las distinciones intrínsecas. Queda, pues, por ver las

diferencias externas, y, si las hay, pronunciarse sobre si son o no admisibles.

Ciertamente no es posible ni preciso analizar todas y cada una de las medidas que incluye el Proyecto de CP. Me limitaré a los rasgos que son esenciales para la discusión:

a) Con independencia de la duración, que evidentemente es excesiva, al menos a mi juicio, se señalan con un “mínimo” y un “máximo”.

b) Algunas no tienen prevista duración, son, pues “indeterminadas”.

c) Algunas “sustituyen” a las penas (así arts. 142, 143, 144, 148); otras se acogen al sistema “vicarial” (arts. 145, 146, 147), y, en fin, otras se formulan como “acumulativas” (así las de los arts. 150 y 152).

5.3.1. Respecto a las “indeterminadas” ciertamente las opiniones pueden ser enfrentadas. Los criterios de prevención especial o meramente defensistas pueden llevar a defender el internamiento ilimitado para los locos, personas tradicionalmente marginadas por el derecho. De ellos se puede decir que es elevado el riesgo, ya manifestado por el delito, de que tornen a delinquir. Todo eso es cierto, pero lo mismo cabría decir del elevadísimo número de reincidentes que registra la estadística y que, se supone, eran cuerdos; en puridad, pues, no habría razón para no tratar a todos igual, es decir, o indeterminación “por razones de curación mental o social” para todos o para nadie —lo que sería acogerse a las propuestas ya desfasadas del positivismo italiano— o bien, “determinación” de la duración del castigo o del internamiento en todo caso. Cuestión pareja es la de cómo decidir la duración “infranqueable” del internamiento, ante lo que se abren dos posibilidades:

—someterlo a los mismos límites mínimos y máxi-

mos que tenga la pena, solo que con la “diferencia” de tratamiento, o

—independizar la duración del internamiento de la naturaleza del delito cometido aunque fijando el máximo de la misma.

Esta segunda solución tiene, según entiendo, el grave inconveniente de que el mismo delito cometido por un loco puede acarrear “mayor sufrimiento” que cometido por un cuerdo, efecto que ya en el pasado provocó en la praxis judicial el que los defensores evitaran voluntariamente la apreciación de la eximente de enajenación para eludir las consecuencias del internamiento “sine die”, pues era mejor cumplir la pena ordinaria, mucho más breve, que arriesgarse a ser olvidado en un manicomio.

La solución del límite mínimo y máximo, análogamente a lo que para las penas se propone, encuentra a su vez dos objeciones. La primera ya ha sido contestada antes: que no se puede dar libertad al que continua siendo un enfermo mental pues puede reincidir —y subrayo que solo es invocable el riesgo de recaída en el delito, y en modo alguno la llamada “peligrosidad social”—, objeción que desgraciadamente puede formularse estadísticamente con el mismo fundamento respecto a los reos “normales”; lo único que todo esto demuestra tal vez es el parejo fracaso de cárcel y manicomio. La segunda va referida a la necesidad evidente de no tratar conjunta e igualmente a los condenados enfermos mentales (o sordomudos de nacimiento) y a los que no lo son, sino que hace falta separarlos e intentar la mejor individualización posible del tratamiento que precisa el delincuente enfermo. Pero esto tampoco puede servir como argumento en contra, puesto que la pretensión de individualizar la proclama la LGP para todos los autores de delitos, por una parte, y, por otra, colocar un límite mínimo

y otro máximo no pone en cuestión el contenido de la ejecución.

Resumiendo: entiendo que es defendible la supresión de medidas de duración ilimitada, y que el principio de límite temporal del castigo es extendible y exigible también en las medidas de seguridad. El único argumento esgrimible entiendo que es el de fondo, y que al principio rehusé, aun entendiendo que es defendible a partir de otros planteamientos de base, es decir, que el fundamento es distinto, el fin también, y por ende los límites y contenido de la ejecución, razonamiento que puede a mi juicio ser objetado en contra como antes indiqué.

5.3.2. Pasemos ahora al tema de los límites mínimo y máximo de muchas medidas de seguridad. Ciertamente es bueno que lo tengan, solo que evidencia un carácter de pena siquiera por razones formales —ya antes dije que se puede llegar a predicar lo mismo en relación con los contenidos de ejecución individualizada—, pues ese “marco de castigo” aunque formalmente no va relacionado con el injusto cometido, acaba estándolo al ejecutarse la medida con arreglo al sistema vicarial que comporta simultáneo abono de la pena y, según el Proyecto, renunciar a lo que de esta reste una vez “cumplida” la medida. En el plano doctrinal se reclamará a buen seguro que nunca la duración de la medida pueda exceder a la de la pena, con lo cual se producirá una identidad total en el fundamento de la duración: el injusto cometido, del cual es expresión, o pretende serlo, la privación de libertad que “por uno u otro camino” se amenaza. Resulta innecesario advertir que todo lo que hasta aquí llevo dicho se refiere siempre a las medidas de seguridad que determinan privación de libertad.

5.3.3. En lo que concierne a las medidas que sustituyen a las penas o bien a las que se ejecutan con

arreglo al sistema vicarial cabe señalar que suponen una integración fáctica en el monismo, por lo cual merecen ser apoyadas y defendidas, con independencia del transfondo dogmático que encierra la cuestión de su “intrínseca naturaleza jurídica” (medida y no pena).

5.3.4. Pero el problema más grave viene determinado por las medidas “acumulativas”, que se pueden añadir a las “penas” en sentido estricto alargando hasta límites inverosímiles —tal como se proponen en el Proyecto— la duración del castigo. Son tal vez el caso más significativo de “fraude de etiquetas”, agravado por el claro automatismo que en méritos de lo dispuesto en el Proyecto tiene la aplicación de la medida tras la pena, sin que ni siquiera pueda el Tribunal reconsiderar la oportunidad o conveniencia de aplicar la medida de internamiento. Además, se prevé la acumulación de pena y medida para habituales y profesionales (estas dos categorías podrían fundirse, por cierto, en una sola). Respecto a los reincidentes se pretende además dar a entender que el Proyecto abandona así el criterio hasta ahora mantenido de exasperar la pena del multirreincidente, que se sustituye por el de someterlo a una medida de seguridad que lo trate de manera adecuada a su particular condición criminal. Todo ello queda en meras palabras cuando por una parte se le condena a una pena “normal”, que se sabe por experiencia ineficaz, y, por otra se le aumenta el castigo, igual que antes, mediante el eufemismo de la “acumulación de medida de internamiento” en un Centro de terapéutica educativa o de rehabilitación social que puede durar ¡hasta diez años!. Además, si tras la pena se le envía a un centro que se supone tiene esas finalidades, se reconoce implícitamente que la pena, en contra de lo que se desprende de la Constitución y de la LGP, no pretendía alcanzar esas

finalidades sino que en relación a esos delincuentes al menos la pena es puro castigo “retributivo”.

Ante esta constatación, y no simplemente por el afán de defender el monismo, no puedo por menos que manifestar mi desacuerdo. Si la pena no es útil a ese tipo de delincuentes es mejor entonces renunciar a ella e imponer directamente una medida de seguridad —y hago notar aquí que en el planteamiento propio del monismo, y esa es una de sus *fundamentales* consecuencias, el dilema no se produciría en esa forma, sino que en todo caso y para cada clase de delincuente se buscaría el tratamiento más adecuado a su personalidad limitado en su duración en función de la gravedad del delito cometido—. La medida de seguridad que reemplazara a la pena podría no afectar en principio a esta que iría reduciéndose a la vez que se ejecutara la medida, en aplicación del sistema vicarial. Otra solución sería, en lugar de ofrecer la alternativa entre pena y medida con ejecución preferente de la medida y sistema vicarial, la de renunciar o prescindir de medidas de seguridad en este caso (profesionales, habituales) y centrar todos los esfuerzos en la ejecución de la pena, que puede perfectamente perseguir los mismos objetivos que la ejecución de las medidas, a no ser que en aras de un aferramiento al retribucionismo se sostenga lo contrario. Como es fácil inferir del sentido de lo hasta ahora dicho me inclino por esta última solución, esto es, superar el dilema entre pena y medida y concentrarse en la ejecución individualizada de la pena, única manera de evitar las consecuencias del fraude de etiquetas (el alargamiento del castigo). Para evitar este resultado hubiera hecho falta una declaración en el Título preliminar que prohibiera el que la privación de libertad pudiera exceder del límite asignado a cada delito. Pero tal declaración ni existe ni hubiera podido incluirse

cuando el Proyecto aceptaba la acumulación de pena y medida.

6. Y llego así a la conclusión final, que puede deducirse sin esfuerzo de los razonamientos anteriores, sin perjuicio de que estos puedan ser equivocados como sucede con cualquier opinión. Las medidas de seguridad acumulativas que el Proyecto de CP ofrece deben ser rechazadas. Los delincuentes profesionales y habituales habrían de ser tratados de acuerdo con las particularidades de su personalidad, pero esa personalidad no ha de traducirse en drásticos aumentos de castigo que solo se justifican en función de un defensismo a ultranza que quiere compatibilizarse con una retribución culpabilista de sentido “tradicional”.

Solo quedarían entonces las medidas de seguridad que se plantearan como sustitutivas o vicariales respecto a las penas. Tales medidas, así formuladas, encierran una implícita y justa sumisión a los postulados del monismo, entendido éste a la luz de las modernas corrientes político-criminales. Pero si solamente son aceptables las medidas que impliquen monismo, ¿para qué entonces hace falta mantener la distinción entre penas y medidas? ¿no va a haber en cualquier caso una sola reacción penal que, sea pena o medida, se intentará individualizar y adecuar a las características del sujeto y nunca podrá rebasar el límite de castigo asignado al delito de que se trate? La respuesta es a mi juicio evidente: el deseo de mantener a toda costa el principio de culpabilidad, y no simplemente las garantías que el mismo encierra, en lo cual estaríamos todos de acuerdo, como elemento fundamental del sistema penal, con la consecuencia, en relación con las reacciones penales frente al delito, de salvar el sentido retributivo de la pena, a pesar de las declaraciones que desde la misma Constitución se hagan en

otra línea. Es por eso que la polémica, que auguro creciente, en torno al dilema entre monismo y dualismo adquiere su real dimensión cuando se comprenden en ella los problemas jurídico-filosóficos, político-criminales y dogmáticos que encierra.



# RELACION DE SINTESIS



El Prof. Fernández Albor da la bienvenida a todos los colegas, congratulándose de que se reanuden las Jornadas de Profesores de Derecho Penal, tradición que se había interrumpido tras la celebración de las que tuvieron lugar en Sevilla en 1976. A continuación propuso que actuaran como relatores generales los Profesores Bajo Fernández y Rodríguez Ramos y, como moderadores, los Profesores Sáinz Cantero, Torío, Landrove y Casabó en cada una de las ponencias programadas. Ocupó luego la presidencia el Profesor Sáinz Cantero quien, tras agradecer en nombre de todos la invitación y la organización al Prof. Fernández Albor, dió la palabra al Prof. Rodríguez Mourullo para que desarrollara su ponencia sobre “La parte general del Proyecto de Código penal”.

En primer término hizo alusión el ponente a las novedades que el Proyecto introducía respecto a la regulación del delito: primero los principios básicos, luego los grados de ejecución, posteriormente la autoría y participación y, en fin, el concurso de delitos. Entre las novedades relativas a los principios básicos, se aludió en primer término al principio de culpabilidad, expresando la abolición de la responsabilidad objetiva y la exigencia de culpabilidad para la existencia de delito en concurrencia con el dolo y la culpa. Respecto al error, se regula diferenciando el relativo a elementos del tipo, que de ser vencible da, en su caso, lugar a

responsabilidad culposa, y el de prohibición, que de ser también vencible se traducía en la atenuación de la pena. Desaparece la fórmula de incriminación general de las modalidades culposas, existiendo sólo responsabilidad de tal índole cuando expresamente así se determine en la Parte especial.

En relación con el “*iter criminis*”, es de destacar la vuelta a la tradición liberal, al excluir la punición de los actos preparatorios y de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, salvo que de modo expreso así se establezca en el Libro II. Desaparece la frustración generando sólo tentativa cualquier ejecución imperfecta y regulándose, al mismo tiempo que la tentativa, la imposibilidad de producción del delito.

En cuanto a la participación, desaparece el encubrimiento como modalidad genérica, pasando a formar parte de los delitos contra la Administración de Justicia, en aquellos supuestos que no signifiquen encubrimiento con ánimo de lucro o receptación, que siguen siendo delitos contra el patrimonio. Se hace referencia expresa al autor mediato, a los hechos realizados en nombre de otro y a través de sociedades, modificándose en fin la regulación de la autoría en los delitos cometidos a través de medios de publicidad. También es de destacar la regulación del delito continuado y del delito masa, hasta ahora figuras puramente jurisprudenciales.

En relación con la pena se resalta el respecto a todas las teorías. Cabe sin embargo destacar el reconocimiento de aspectos como la proporcionalidad, como el carácter preventivo, la aflictividad y la utilidad. Desaparece la pena de muerte y las penas privativas de libertad quedan reducidas a la de prisión y a los arrestos de fin de semana, modalidad esta última inadmisibles si no se habilitan lugares para su cumplimiento.

Abierto el coloquio el Prof. Rodríguez Devesa elogia la exposición del ponente y expresa su coincidencia con el mismo respecto a la preocupación por la efectividad de los arrestos de fin de semana. El Prof. Ortego destaca que el secreto y la urgencia son dos enfermedades mortales del Proyecto, híbrido de planteamientos nórdicos, germánicos y latinos, destacando igualmente los errores gramaticales, la mezcla de cuestiones constitucionales, penales, procesales y penitenciarias; la abundancia de reiteraciones, la inadecuación de rebajar la mayoría de edad penal a los 15 años, renunciando a la formulación de otras críticas por falta de tiempo.

El Prof. Torío hace referencia a su comunicación sobre el error evitable de prohibición mostrando su preferencia por una regulación en el sentido de la teoría del dolo, antes que por la teoría de la culpabilidad que considera es la sostenida por el Proyecto.

El Prof. Casabó destaca la inobservancia del principio de legalidad en el ámbito de los delitos (abundancia de elementos normativos y valorativos), y de las penas (excesivo arbitrio judicial), ignorando que el nuevo Código se dirige a la España real.

El Prof. Mir resume su comunicación sobre los Títulos Preliminar y Primero, destacando la conveniencia de respetar la numeración del articulado del vigente Código, para facilitar el desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Destaca respecto al Título Preliminar la ausencia de referencias a las medidas de seguridad, la no necesaria expresión del término "culpabilidad" y otras cuestiones. En cuanto al Título Primero se inclina por la sustitución de los términos "dolo" y "culpa" por los de "malicia" e "imprudencia"; por la necesidad de una cláusula que legitime la comisión por omisión, así como otras referencias al error, al desistimiento de los partícipes, eximentes y agravantes.

El Prof. Beristain se refiere a su comunicación mostrándose decididamente contrario al Proyecto, elaborado de una forma inadecuada y, en el fondo, poco innovador, reclamando la necesidad de enmendarlo totalmente al tiempo que se constituyen comisiones interdisciplinarias.

El Prof. Figueiredo ilustra a los presentes con alusiones a la experiencia del nuevo Proyecto de Código Penal, con referencias expresas al principio de culpabilidad, al error de prohibición, a la comisión por omisión y a la tentativa.

El Prof. Córdoba Roda, tras congratularse por la reurección de las Jornadas de Profesores de Derecho Penal, destaca la necesidad de considerar la realidad social a la que se dirige el futuro Código y, concretamente, la realidad de la administración de justicia, inclinándose por la oportunidad de que una disposición transitoria retrase la entrada en vigor del futuro texto punitivo hasta que existan los medios personales y reales que posibiliten la aplicación de las novedades previstas en el actual Proyecto.

El Prof. Rodríguez Mourullo, tras advertir que él no era el legislador, que el Anteproyecto era una obra colectiva y que compartía gran parte de las observaciones y preocupaciones manifestadas por los presentes, fue respondiendo a las diversas cuestiones que le habían planteado, interviniendo posteriormente, en turno de alusiones y matizaciones, los Profesores Ortega, Muñoz Conde, Torío, Beristain, Casabó y Suárez Montes.

En lo relativo a la parte especial el Prof. Gimbernat expuso una relación de modificaciones que el Proyecto de Código Penal presenta frente al Código vigente. Distinguió entre modificaciones técnicas y otras que implicaban cambios de política criminal. Entre las pri-

meras hizo especial referencia a la supresión de los criterios de cuantías para la determinación de la pena en los delitos de lesiones y contra la propiedad, la supresión del casuismo en el delito de estafa, la definitiva desaparición del encubrimiento como forma de participación y la reinstauración del terrorismo como delito autónomo, tras comprobar los defectos político-criminales de la reforma de 1978.

Por lo que respecta a las modificaciones que implicaban un cambio político-criminal, el Prof. Gimbernat destacó la aparición de nuevas figuras delictivas para la protección de la intimidad y del ámbito secreto de la persona, la protección del medio ambiente a través del delito ecológico concebido como delito de peligro y la creación de los llamados delitos socioeconómicos que tratan de luchar contra la delincuencia de cuello blanco.

Enumeró igualmente otros supuestos de descriminalización o tratamiento más benigno refiriéndose especialmente a la regulación del consentimiento en las lesiones, el abandono de familia y las drogas, destacando, sin embargo, su opinión personal contra la regulación de los delitos contra la libertad sexual que aunque, en principio, implican un avance, a su juicio es incorrecta por lo que se refiere a los delitos de estupro, incesto, escándalo público y prostitución. Se detuvo especialmente en el delito de aborto explicando que la regulación del Proyecto es sensiblemente dispar a la propuesta por la Comisión de Codificación en donde fundamentalmente se habían defendido las soluciones de las indicaciones y del plazo.

En el coloquio se mantuvieron diversas posturas que podemos resumir del modo siguiente. La postura más crítica frente al Proyecto se limitó a observar defectos graves de sistemática, como apuntó el Prof. Ortego, o de falta de relación entre Parte General y

Parte Especial tal y como subrayó el Prof. Rodríguez Devesa. Por lo general, sin embargo, los participantes en el coloquio se limitaron a destacar problemas particulares que suscitaban algunas partes del Proyecto. Se abundó en la crítica por el apresuramiento de elaboración del mismo, apresuramiento que impidió un estudio sosegado por parte de los juristas cualificados en Derecho Penal. El Prof. Luzón apuntó que pese a ser cierto que la elaboración del Proyecto fue apresurada había defectos graves en el Derecho Penal vigente que no permitían reformas parciales sino la elaboración de un nuevo Código con urgencia.

Por lo que se refiere a cuestiones particulares Rodríguez Devesa criticó la regulación del terrorismo poniendo de relieve que el mismo Gobierno y los mismos partidos de la oposición habían aprobado anteriormente la supresión de esta clase de delitos para homologar nuestro Derecho positivo con los convenios internacionales ratificados por España. El Prof. Vives destacó la poca claridad del modelo de sociedad que se tenía presente a la hora de elaborar el Proyecto, poniendo como ejemplo cómo los delitos económicos parecían consagrar el predominio de la banca mientras que no favorecen, aunque no perjudican, a la pequeña y mediana empresa. El Prof. Casabó resaltó el excesivo número de cláusulas valorativas y el atentado que esto implica a los principios de seguridad y certeza tan firmemente reconocidos en nuestro derecho histórico. El Prof. Córdoba expresó sus temores de que se hayan intentado solucionar los nuevos problemas político-criminales con nuevas figuras delictivas sin atender a las deficiencias operativas de una administración de justicia arcaica.

El Prof. Rodríguez Ramos resumió su comunicación, destacando la inoportuna e inadecuada regulación de los delitos ecológicos.

El Prof. Boix condensa su comunicación, criticando la regulación en el Proyecto de la consumación anticipada del robo con violencia e intimidación.

El ponente Prof. Gimbernat cerró la sesión destacando que aunque no hace apología del Proyecto lo defiende por el carácter progresivo de muchas de sus conclusiones.

Abre la Tercera sesión el Prof. Fernández Albor dando cuenta de los telegramas o cartas de los Profs. Pérez Vitoria, Correia, Horacio Oliva, Stampa Braun, Guallart, Antón y Cobo, lamentando la imposibilidad de asistir a estas Jornadas. Se acuerda, siguiendo la tradición de las reuniones precedentes, enviar un telegrama a los Profesores jubilados. Se aborda a continuación el tema del libro homenaje al Prof. Antón Oneca, explicando la situación los Profesores Gimbernat, Ortego, García Valdés y Cerezo Mir, concluyéndose que contando con las aportaciones ya conseguidas de instituciones penitenciarias y, en vías de consecución, del Banco Urquijo y del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca será posible la pronta publicación de esta obra.

El Prof. García Valdés tras agradecer la invitación a estas Jornadas, expone su ponencia aludiendo en primer lugar a los establecimientos penitenciarios particularmente a los de régimen cerrado. A continuación, se refiere a la entrada de fórmulas de cogestión en determinadas actividades prisionales, sin llegar nunca a la autogestión ni reconocer la posibilidad de asociaciones de reclusos, habiendo optado por el sistema de elección tras rechazar el de sorteo.

En cuanto al régimen de recompensas se alude a la limitación de los mismas dentro del marco de los beneficios legales previstos en el Código Penal (indultos particulares o libertad condicional). En el capítulo de

los permisos destaca la diferenciación entre los ordinarios y los extraordinarios reseñando que en 1979 sólo hubo un 0,76% de reclusos que no se incorporaron a la prisión tras gozar de tales permisos.

Respecto al tratamiento, destacó la participación del Sr. Alarcón Bravo en la redacción de esta parte de la Ley, en la que se distingue entre el tratamiento propiamente dicho y el régimen, resultando obligatorio este último en contraste con la voluntariedad que corresponde al primero. En cuanto al Juez de vigilancia, sus funciones tienen un triple carácter: vigilar la ejecución de estas penas, decidir determinadas cuestiones y atender las consultas formuladas preceptivamente en determinados supuestos; se destaca la necesidad de que estos jueces tengan una formación criminológica, haciéndose alusión a los artículos del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que regularán esta figura.

Alude por último el Prof. García Valdés a la Disposición Final Primera, que contiene lo que podría llamarse un estado de excepción en las prisiones, pero en el que sigue actuando el juez de vigilancia y, por otra parte, está previsto un control parlamentario.

Abierto el turno de preguntas el Prof. Rodríguez Devesa se interesa por la redacción del Reglamento de la Ley, así como por la duración de los permisos para los presos preventivos y el régimen de cumplimientos. El Prof. Fernández Albor alude a las diversas normas que inciden sobre las penas privativas de libertad y su ejecución, expresando preocupaciones sobre el tratamiento y la posible administración de fármacos a los internos.

El Prof. Córdoba limita su intervención a expresar lo contradictorio de que existan previsiones legales respecto a permisos para los presos preventivos. El

Prof. Bajo cuestiona el carácter voluntario del tratamiento, en atención a las consecuencias que se derivan del comportamiento del penado respecto al cambio de grado dentro del sistema progresivo, destacando las dificultades que la práctica plantea a la hora de distinguir entre régimen y tratamiento.

El Prof. Casabó se alarma como jurista en relación con el tema de los fármacos y, en general, con el excesivo poder que se otorga a la Administración a la hora de determinar el modo de cumplir las penas privativas de libertad, destacando el fracaso francés del juez de vigilancia y la idea belga de dar audiencia al reo en el momento de decidir su tratamiento.

El Prof. Quintero alude a la ausencia de regulación de todo lo relativo a las medidas de seguridad y a las visitas a los presos, en especial a las de carácter íntimo. El Prof. Beristain se refiere en particular a la ausencia de mención en la Ley de lo relativo a la atención personal en el momento concreto de ingreso en el establecimiento penitenciario y en el momento de salida definitiva del mismo.

El Prof. Vives Antón plantea tres inquietudes: la ya mencionada por el Prof. Córdoba respecto a los permisos concedidos a los preventivos, la referencia en algunos preceptos de la Ley a aspectos más morales que jurídicos de los penados, y, en fin, a la concurrencia de funciones administrativas y judiciales en la ejecución de estas penas privativas de libertad, cuando según el artículo 117 de la Constitución parece ser ésta una actividad jurisdiccional.

El Prof. Luzón plantea el tema de la no intervención del juez de vigilancia en los supuestos de paso al régimen cerrado inclinándose por la terminología de juez de ejecución, más idónea a la hora de expresar la misión de esta figura; pregunta también si existe al-

gún límite temporal para el régimen de excepción.

El Prof. Torío se extiende en lo relativo a la opción por el modelo resocializador y médico-biológico por el que han optado tanto la Constitución como la Ley Penitenciaria, cuando dicho modelo está muy cuestionado en los Estados Unidos y en Inglaterra, prestando más atención a los aspectos sociopatológicos y no buscando un ideal tan absoluto. También consideró la inconstitucionalidad del artículo 42 de la Ley, que sólo describe las sanciones disciplinarias dejando para el desarrollo reglamentario la descripción de las infracciones.

Tras intervenir los Profs. Boix y Figueiredo, el Prof. Muñoz Conde resume su amplísima comunicación sobre la prisión provisional en España, destacando el alto porcentaje de preventivos en los establecimientos penitenciarios, y aludiendo, por otra parte, a otras modalidades de control social distintas de la prisión pero de idéntico significado.

El Prof. García Valdés respondió a las diversas cuestiones, con referencias a su intensa experiencia en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, para explicar algunos puntos con mayor claridad.

Por último, el Profesor Barbero Santos expuso su ponencia sobre la Peligrosidad criminal en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, destacando, en primer lugar, que el Título VI, del Libro I, del Proyecto, constituye una de sus dos o tres novedades más importantes, por regular —lo que acaece por segunda vez en un Código penal español— la Peligrosidad criminal.

El Prof. Barbero Santos manifestó que ya en el esquema o líneas generales de la Ponencia Especial para la Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, presentada al Ministerio de Justicia el 12 de ju-

nio de 1978 se manifestó que de los tres caminos posibles: reforma de la ley, su derogación pura y simple, y su posible derogación en el marco de la gran reforma en preparación del entero sistema punitivo español, la Ponencia (integrada por el Dr. Morenilla y por él mismo, como Ponente General) entendía que en el Código penal había de darse regulación apropiada tanto a supuestos hoy de peligrosidad pre-delictual, que se estimen necesario mantener para la tutela de valores sociales fundamentales, como a la peligrosidad post-delictual. Y que asimismo el Código habrá de dar acogida a medidas previstas en la LPRS que puedan servir, en un plano absolutamente prioritario, a fines de socialización. La Peligrosidad criminal exige un tratamiento armónico con la culpabilidad: al igual que lo exigen sus consecuencias respectivas: las medidas de seguridad y las penas. Se abogaba, por ello, porque el laborar futuro de la Ponencia Especial sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social se desarrollara en estrecha relación con la encargada de preparar el Anteproyecto de Código penal. Sugerencia que fue aceptada.

El Prof. Barbero Santos se congratuló de que el Proyecto haya acogido de la Ponencia Especial sobre Peligrosidad Social, entre otras propuestas, que presupuesto de la medida de seguridad es la determinación del estado peligroso del sujeto del delito; que la medida debe ser proporcional con la gravedad tanto del hecho cometido, como del que se teme que el sujeto pueda cometer; la inclusión, entre las medidas, del centro de deshabitación, el especial para deficientes mentales, la custodia familiar, la asistencia vigilada, por delegados del Juez de Vigilancia, o la privación del derecho a portar armas, etc. Asimismo, la estructuración del sistema vicarial, es decir, las posibilidades de sustituir las penas y las medidas, y los efectos de esta sustitución.

El ponente criticó al Proyecto, entre otros muchos puntos, por exigir tan sólo resolución —no sentencia— para la imposición de una medida de seguridad; por bastarle la mera probabilidad de cometer hechos delictivos, sin exigir que esta probabilidad sea relevante por no estimar necesario el consentimiento del sujeto para la imposición de ciertas medidas; por rebajar a quince años la mayoría de edad penal y por permitir imponer a niños de 14 o menos años medidas de seguridad de hasta 10 años simplemente por ser “rebel-des” (sic), o sea, sin cumplir el presupuesto general de toda medida que es la constatación de su peligrosidad. Asimismo criticó el Proyecto por prever la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas en abierta oposición a los principios de que el mismo proclama partir.

Consideró, por último, que la promulgación de una Ley de Protección Social para regular las conductas desviadas caracterizadas por su agresividad o gratuidad, o por su tendencia a la autodestrucción solo es admisible si con anterioridad a su entrada en vigor se ha creado la infraestructura en establecimientos y personal que demanda el cumplimiento de sus fines.

En el coloquio es de destacar en primer lugar el acuerdo que se produjo entre diversos participantes (Profs. Rodríguez Devesa y Mir), con la exposición del ponente y, por otro lado, el número de participantes (Profs. Bajo, Quintero, Mir, Vives) que de una u otra forma defendieron un sistema monista.

Entre las observaciones que se hicieron destacó sin duda el tema de la aplicación de medidas de seguridad a las personas jurídicas, siendo criterio unánime el de que éstas carecen de capacidad de acción y por lo tanto no pueden cometer hechos delictivos ni ser peligrosos (Profs. Cerezo, R. Devesa, Bajo, Rodríguez Mourullo, Mir). Sin embargo, salvo el Prof. Cerezo que se

opuso a la imposición de medidas a las personas jurídicas, el resto admite las mismas aunque con matices como, por ejemplo, la observación del Prof. Mir en el sentido de que estas medidas deberían de entenderse dirigidas a las personas físicas que utilizan a la entidad como instrumento.

Por lo que respecta a cuestiones particulares el Prof. Devesa destacó que la enumeración de las medidas de seguridad en la Parte General no está coordinada con las previstas en la Parte Especial. El Prof. García Valdés dió cuenta de cómo se solucionó el problema de los establecimientos con la antigua Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social destacando que se habilitaron departamentos especiales en distintas prisiones.

Se criticó especialmente por los Profs. Rodríguez Devesa y Mir la aplicación de medidas de seguridad a los habituales acumuladas a las penas separándose del sistema vicarial. Igualmente preocupó la imposición de medidas a los menores apuntando el Prof. García Valdés la necesidad de un centro cerrado para los mismos suficientemente seguro dada su peligrosidad en algunos casos pero necesariamente al margen del Código Penal y de los centros penitenciarios para adultos.

Continuaron haciendo uso de la palabra los Profs. Beristain, resaltando las diferencias entre penas y medidas de seguridad; Boix, extrañándose por la referencia legal a los establecimientos donde se consumen drogas en relación con las medidas; Cerezo y Luzón, insistiendo en la prevención general como factor diferencial entre pena y medida, y finalmente Figueiredo, agradeciendo muy sentidamente la invitación a estas jornadas, destacando muy especialmente la feliz experiencia de que personas de diversas ideologías y posturas políticas y doctrinales han podido entenderse cordialmente, en razón a la autonomía de lo jurídico que

posibilita la comunicación y el entendimiento a los juristas.

El Prof. Barbero tomó de nuevo la palabra, agradeciendo a todos los elogios a su intervención y recordando a su maestro Antón Oneca como experto en el lenguaje, de quien había aprendido a cuidar aspecto tan importante para el jurista. Se mostró de acuerdo con gran parte de las objeciones expresadas por los presentes al Proyecto, considerando que a fin de cuentas el tratamiento está íntimamente vinculado a la prevención especial, y si se renunciara a tal posibilidad se retornaría a la prevención general.

El moderador, prof. Casabó, dió la palabra a los Relatores generales profesores Bajo Fernández y Rodríguez Ramos, quienes leyeron un resumen de las cuatro sesiones, advirtiendo que si alguno de los presentes deseara matizar alguna referencia, entregasen una breve nota para que si lo estimaban oportuno se introdujera la correspondiente modificación.

Y agradeciendo de nuevo al Profesor Fernández Albor y a su equipo del Departamento de Derecho Penal su eficaz y cordial gestión el Prof. Casabó levantó la sesión que se cerró con un aplauso de gratitud hacia los organizadores y anfitriones.

## MONOGRAFÍAS DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

### VOLUMENES PUBLICADOS

1. M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BOBES NAVES: **Las personas gramaticales**, 1971.
2. GERARDO LANDROVE DIAZ: **Los juegos ilícitos**, 1971.
3. **Tendencias actuales de la educación**, 1971.
4. JOSE LUIS MURGA GENER: **La venta de las «res divini iuris» en el Derecho Romano tardío**, 1971.
5. JOSE MANUEL GONZALEZ REBOREDO: **El folklore en los Castros Gallegos**, 1971.
6. PERFECTO YEBRA MARTUL-ORTEGA: **La descentralización económico-financiera en Alfredo Brañas**, 1971.
7. AQUILINO IGLESIA FERREIROS: **Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla**, 1971.
8. FRANCISCO DIAZ-FIERROS VIQUEIRA: **Contribución a la climatología agrícola de Galicia**, 1971.
9. M.<sup>a</sup> CARMEN PALLARES-ERMELINDO PORTELA: **El Bajo Valle del Miño en los siglos XII y XIII**. Economía agraria y estructura social, 1971.
10. MANUEL C. DIAZ Y DIAZ: **Liber de Ordine Creaturarum**. Un anónimo irlandés del siglo VII. Estudio y edición crítica, 1972.
11. JOSE M.<sup>a</sup> FERNANDEZ CATON: **Archivo del Hospital de los Reyes Católicos de Santiago de Compostela**. Inventario de Fondos, 1972.
12. CAROLINA ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES: **Valor y función de las «exposiciones de motivos» en las normas jurídicas**, 1972.
13. ALEJANDRINO FERNANDEZ BARREIRO: **La frustración de la comparencia por intervención de un tercero**. Su sanción edictal en el proceso privado romano, 1972.
14. JENARO DALDA GONZALEZ: **La vegetación del Río Deo (Cuenca Alta del Mandeo)**. Estudio ecológico-fitosociológico y florístico, 1972.
15. FRANCISCO REYES OLIVEROS: **Estudio de las indicaciones en Neurocirugía de la vía trans-estenoidea**, 1972.
16. M.<sup>a</sup> DEL CARMEN QUINTANS VAZQUEZ: **El dominio de San Martín Pinario ante la desamortización**. Rentas de la Abadía, 1972.
17. M.<sup>a</sup> DEL DULCE NOMBRE ESTEFANIA: **Los panegíricos de Corippo**, 1972.
18. M.<sup>a</sup> LUISA PEREZ IGLESIAS: **La ganadería en la provincia de Pontevedra**. Estudio geográfico, 1972.
19. RICARDO CARBALLO CALERO: **Particularidades morfológicas del lenguaje de Rosalía de Castro**, 1972.
20. FRANCISCO SAMPER: **Sobre el destino del «ius liberorum» en el tardo Derecho Romano occidental**, 1972.
21. JUAN JOSE MORALEJO ALVAREZ: **Gramática de las inscripciones delficas**. (Fonética y morfología) (siglos VI-III a. C.), 1973.
22. HILARIO RODRIGUEZ FERREIRO: **La tierra de Trasdeza. Una economía rural antigua**, 1973.

23. SANTIAGO JIMENEZ GOMEZ: **Guía para el estudio de la Edad Media gallega (1100-1480)**, 1973.
24. PERFECTO YEBRA MARTUL-ORTEGA: **La justicia fiscal y el impuesto sobre la renta**, 1973.
25. DARIO VILLANUEVA: **El Jarama de Sánchez Ferlosio: su estructura y significado**, 1973.
26. FRANCISCO GUITIAN OJEA: **Itinerarios de los suelos en Galicia**, 1974.
27. JULIO HERNANDEZ BORGE: **Dinamismo y estructura de la población en la provincia de Pontevedra (1900-1970)**, 1974.
28. MANUEL RABANAL ALVAREZ: **Voces griegas con eliminación silábica. Estudio sobre las formas haplológicas y hapaxépicas del vocabulario griego**, 1974.
29. M.ª DEL CARMEN BOBES NAVES y otros: **Crítica semiológica**, 1974.
30. FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ NIETO: **Acuerdos bélicos en Grecia**, Tomo I, 1975.
31. FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ NIETO: **Acuerdos bélicos en Grecia**, Tomo II, 1975.
32. JOSE MANUEL LETE DEL RIO: **Protección del Derecho de Propiedad**, 1975.
33. ALFONSO REY: **La originalidad novelística de Delibes**, 1975.
34. M.ª DOLORES FERNANDEZ RODRIGUEZ: **El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas**, 1976.
35. EDUARDO MENDEZ DOMENECH: **El problema de la fertilización de los suelos ácidos gallegos**, 1976.
36. ALEJANDRINO FERNANDEZ BARREIRO: **Presupuestos de la concepción jurisprudencial del Derecho Romano**, 1976.
37. LUCIANO BARCIA MARTIN: **Matrimonio y libertad civil en materia religiosa**, 1976.
38. AQUILINO IGLESIA FERREIROS: **Las garantías reales en el derecho histórico español**, 1977.
39. JOSE CARLOS CHAS - CELSO RODRIGUEZ: **Fauna marina de Galicia**. Tomo I, 1977.
40. LUIS RODRIGUEZ ENNES: **Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva**, 1978.
41. FRANCISCO CALO LOURIDO: **La cultura de un pueblo marinero: Porto do San**, 1978.
42. CELSO RODRIGUEZ - JOSE ENRIQUE LORENZO: **Fauna marina de Galicia**. Tomo II, 1978.
43. JOSE C. CASTILLO: **La Universidad en Galicia. Una aproximación sociológica**, 1978.
44. JOSE MANUEL DIAZ DE BUSTAMANTE: **Draconcio y sus Carmina profana**, 1978.
45. JULIO-GASPAR SEQUEIROS TIZON: **La polarización espacial en el crecimiento económico español. El caso Gallego**, 1979.
46. JOSE LUIS MOSQUERA VILLAR: **De la lógica a la paradójica. Un estudio en torno a Unamuno**, 1979.
47. JUAN ANTONIO SARDINA PARAMO: **El concepto de Fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica**, 1979.
48. PEGERTO SAAVEDRA: **Economía rural antigua en la montaña lucense. El concejo de Burón**, 1979.

49. DULCE ESTEFANIA: *M. Val. Martialis Epigrammaton Concordantia*. Fasc. 1.º A-B, 1979.
50. EDUARDO MENDEZ DOMENECH y otros: *Catálogo de trabajos y documentos científicos sobre el campo gallego*, 1979.
51. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: *El enriquecimiento sin causa*, 1979.
52. ROSARIO MIRALBES BEDERA y otros: *Mapa de límites de las parroquias de Galicia*, 1979.
53. ANGEL BELMONTE VICENTE: *El bocio en Galicia*, 1980.
54. XAVIER D'ORS: *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano*, 1979.
55. J. M. LOPEZ ANDION: *Estructura y morfología agraria en la Terra Chá*, 1980.
56. MERCEDES BREA: *Antónimos latinos y españoles. Estudio del prefijo «in»*, 1980.
57. DULCE ESTEFANIA: *M. Val. Martialis Epigrammaton Concordantia*. Fasc. 2.º C, 1980.
58. YOLANDA NOVO VILLAVERDE: *Vicente Aleixandre, poeta surrealista*, 1980.

En la Colección

#### CURSOS Y CONGRESOS DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO:

1. BERNARDO M.º CREMADES y otros: *Diálogos sobre la empresa*, 1972.
2. AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR y otros: *Temas penales*, 1973.
3. AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR y otros: *Delincuencia juvenil*, 1973.
4. AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR y otros: *Ensayos penales*, 1974.
5. ANTONIO BERISTAIN y otros: *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, 1975.
6. VICENTE PEREZ VILLAR y otros: *Fenómenos de transporte*, 1976.
7. JORGE ALBERTO BARROSO: *Introducción a la holomorfía entre espacios normados*, 1976.
8. *X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas. El sistema de recursos. Perfeccionamiento del Derecho de ejecución singular*, 1977.
9. MIGUEL BAJO y otros: *Estudios penales I*, 1977.
10. *Primera Semana Española de Informática Repartida*. SEIR I, 1978.
11. *Galicia 2.002*, 1978.
12. JESUS ALARCON y otros: *Estudios penales II. La Reforma penitenciaria*, 1978.
13. *Estudio y explotación del mar en Galicia*, 1979.
14. MARINO BARBERO: *Estudios penales y criminológicos III*, 1979.
15. *Proceedings of the IV International Colloquium on Differential Geometry*, 1979.
16. GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO y otros: *La reforma penal y penitenciaria*, 1980.

