

BERISTAIN IPIÑA
CASABO RUIZ
CEREZO MIR
CORDOBA RODA
FERNANDEZ RODRIGUEZ
LANDROVE DIAZ

MUÑOZ CONDE
ORTEGO COSTALES
RODRIGUEZ DEVESA
RODRIGUEZ MOURULLO
TORIO LOPEZ

III Jornadas de Profesores de Derecho Penal

Presentación por A. FERNANDEZ ALBOR

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA



CURSOS Y CONGRESOS

DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

5

III jornadas de profesores de derecho penal

BERISTAIN IPIÑA

CASABO RUIZ

CEREZO MIR

CORDOBA RODA

FERNANDEZ RODRIGUEZ

LANDROVE DIAZ

MUÑOZ CONDE

ORTEGO COSTALES

RODRIGUEZ DEVESEA

RODRIGUEZ MOURULLO

TORIO LOPEZ



© Universidad de
Santiago de Compostela

SECRETARIADO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

D. L.: M. 3821.—1976 PRINTED IN SPAIN ISBN: 84-600-6865-X

VILLENA, Artes Gráficas. Cardenal Herrera Oria, 242. Madrid-35

Presentación

Hace pocos años —concretamente en 1972— se iniciaron, gracias a la feliz iniciativa de los entonces profesores de la Universidad de Valladolid BARBERO SANTOS y TORÍO LÓPEZ, las «Jornadas de Profesores de Derecho Penal»; las siguientes se celebraron en la Universidad de Barcelona, en 1974, auspiciadas por los profesores PÉREZ-VITORIA y CÓRDOBA RODA, y las correspondientes al año que ahora finaliza, en la Universidad de Santiago de Compostela.

Se pretende con estas Jornadas, confrontar las diversas opiniones de los docentes del Derecho Penal, con el deseo de suscitar sugerencias que, debidamente sopesadas, puedan cristalizar en propuestas al legislador sobre aquellas modificaciones que se estiman convenientes, y aún necesarias, en el ordenamiento jurídicopenal español. Desgraciadamente, estas sugerencias, que en forma de conclusiones se han elevado al Ministerio de Justicia al finalizar todas y cada una de las Jornadas celebradas hasta la fecha, no han sido tenidas en cuenta; es más, se han adoptado posturas contrarias en la más reciente legislación jurídicopenal: la doctrina científica penalística, que parece especialmente autorizada, ha sido olvidada, desoída, durante la preparación de las recientes reformas. Pero, a nuestro entender, este lamentable olvido, lejos de desanimar a los profesores de Derecho Penal, aumenta su interés, si cabe, por los temas debatidos en las di-

ferentes Jornadas, ya que son conscientes del papel de toda doctrina científica y de su contribución en la reforma del Derecho Penal.

Por otra parte, las Jornadas celebradas en la Universidad de Santiago de Compostela han versado sobre temas de la mayor actualidad. El profesor CEREZO, de la Universidad de Zaragoza, presentó la ponencia «Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo»; el profesor ORTEGO, de la Universidad de Navarra, la comunicación «Delitos cometidos por medio de la publicidad»; el profesor RODRÍGUEZ DEVESA, de la Universidad Complutense de Madrid, «Consideraciones sobre la reforma del Código Penal»; el profesor MUÑOZ CONDE, de la Universidad de Sevilla, «El principio de culpabilidad»; el profesor TORÍO, de la Universidad de La Laguna, «El error iuris. Perspectivas materiales y sistemáticas»; el profesor CASABÓ, de la Universidad de Valencia, «Consideraciones acerca de la reciente ampliación del artículo 549 del Código Penal», y el profesor BERISTAIN, de la Facultad de Derecho de San Sebastián, de la Universidad de Valladolid, «La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad».

Todas estas ponencias y comunicaciones se recogen en el presente libro, en unión de otras aportaciones que se han recibido con posterioridad a la reunión, juntamente con las de otros profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago que han querido así sumarse al mayor éxito de las Jornadas.

A todos los que han intervenido en las sesiones de trabajo y a los que han enviado estudios científicos para esta publicación, el Departamento de Derecho Penal, Criminología y Ciencia Penitenciaria de la Universidad de Santiago les agradece su colaboración. Agradecimiento que se hace extensivo al Rector Magnífico y al Director

de Publicaciones e Intercambio Científico de esta Universidad que, una vez más, nos han prestado su ayuda.

No quisiéramos finalizar la presentación de este libro sin manifestar nuestra profunda satisfacción por las decisiones tomadas por unanimidad —en algunos casos después de largas discusiones—, por los Profesores de Derecho Penal de la Universidad española, ante cuestiones que hoy tanto preocupan a la opinión pública y, como lógica consecuencia, a la doctrina penal. La aportación que se hace a estas cuestiones con los trabajos presentados y las firmes conclusiones alcanzadas en las reuniones hasta la fecha celebradas, evidencian un prometedor espíritu de colaboración entre los profesores de Derecho Penal que han tenido la amabilidad de elegir para su más reciente reunión a la ya varias veces centenaria Universidad de Santiago de Compostela.

AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR,
Catedrático de Derecho Penal



SUMARIO

	<i>Páginas</i>
<i>Presentación.</i> Agustín FERNÁNDEZ ALBOR, catedrático de Derecho Penal	5
<i>La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad.</i> Antonio BERISTAIN IPIÑA, profesor agregado de Derecho Penal. Universidad de Navarra	11
<i>Consideraciones acerca de la reciente ampliación del artículo 549 del Código Penal.</i> José Ramón CASABO RUIZ, profesor agregado de Derecho Penal. Universidad de Valencia	57
<i>Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.</i> José CEREZO MIR, catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza	69
<i>Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español.</i> Juan CÓRDOBA RODA, catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona	95
<i>Política criminal del adulterio.</i> María Dolores FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, profesor adjunto interino de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela	131
<i>Descubrimiento y revelación de secretos.</i> Gerardo LANDROVE DÍAZ, profesor agregado de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela	173
<i>El principio de culpabilidad.</i> Francisco MUÑOZ CON-	

DE, profesor agregado de Derecho Penal. Universidad de Sevilla	219
<i>Delitos cometidos por medio de la publicidad.</i> José ORTEGO COSTALES, catedrático de Derecho Penal. Universidad de Navarra	241
<i>Consideraciones sobre la última reforma del Código Penal.</i> José María RODRÍGUEZ DEVESA, catedrático de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid	277
<i>Naturaleza de los conceptos jurídicos y límites de la individualización penal.</i> Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid	301
<i>El «error iuris». Perspectivas materiales y sistemáticas.</i> Angel TORFO LÓPEZ, catedrático de Derecho Penal. Universidad de La Laguna	313

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

Profesor Agregado de Derecho Penal
en la Facultad de Derecho de San Sebastián



**La multa penal y la administrativa
en relación con las sanciones
privativas de libertad ***



* Estas páginas reproducen la Comunicación presentada a las III Jornadas de Catedráticos y Profesores Agregados de Derecho Penal (Santiago de Compostela, 27-30 de mayo de 1975), con algunas modificaciones, complementaciones introducidas durante el verano de 1975, en el Max-Planck-Institut für Strafrecht, de Friburgo de Brisgovia, gracias a la ayuda prestada al autor por el Deutscher Akademischer Austauschdienst.

SUMARIO

DELIMITACION DEL TEMA.

I. LA MULTA PENAL EN RELACION CON LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

- I.1. **Ventajas e inconvenientes de la multa como sustitutivo de las penas privativas de libertad.**
- I.2. **Sistema de multa global y su relación con las penas privativas de libertad.**
- I.3. **Sistema de multa temporal y su relación con las penas privativas de libertad.**
- I.4. **Sistema de días-multa y su relación con las penas privativas de libertad.**
- I.5. **Conclusiones.**

II. LA MULTA ADMINISTRATIVA EN RELACION CON LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

- II.1. **Conceptos elementales.**
- II.2. **Aplicabilidad y aplicación de las multas administrativas en España.**
- II.3. **Relación de la multa administrativa con las sanciones privativas de libertad.**
- II.4. **Comentario general.**
- II.5. **Conclusiones.**



DELIMITACION DEL TEMA

El aumento cuantitativo (en la mayoría de los países) y, más aún, la evolución cualitativa de la multa en la teoría, en la legislación y en la práctica judicial contemporánea aconsejan reconsiderar las líneas fundamentales de esta sanción. Sin embargo, los especialistas (excepto en Alemania y en alguna otra nación) no prestan la debida atención al tema, como se refleja, por ejemplo, en los *Abstracts on Criminology and Penology* que, desde enero de 1973 hasta ahora —mayo de 1975— sólo reseñan dieciocho artículos sobre la multa (*Fine*). La bibliografía española al respecto es también escasa, más escasa quizá que acerca de otros temas de la «cenicienta» del Derecho penal: la penología y la ciencia penitenciaria. Algún Tratado —de más de mil seiscientas páginas— de la Parte general del Derecho Penal español no dedica a las penas pecuniarias ni una sola página (1).

Esta comunicación a las Terceras Jornadas de Catedráticos y Agregados españoles de Derecho Penal se limita a indicar algo acerca de la multa (como pena, no

(1) También en Italia autorizados penalistas, como ANTOLISEI, BETTIOL o NUVOLONE, dedican a la multa muy poco espacio en sus tratados de Derecho penal.

como medida) (2) y su relación con las sanciones privativas de libertad. Consta de dos partes. La primera considera la multa penal como sustitutivo ventajoso de muchas penas privativas de libertad, y expone los tres sistemas más importantes de multa (el sistema global, el temporal y el de días-multa) y sus relaciones con las sanciones privativas de libertad. La segunda parte analiza y comenta la desmesurada aplicación de la multa administrativa, así como su criticable sustitución por sanciones privativas de libertad.

Al final se formulan unas conclusiones que pueden servir de base para discusiones y estudios posteriores. Especialmente nos parece necesario introducir en la legislación española el sistema de días-multa, sustituir las penas privativas de libertad (sobre todo las de corta duración) por penas pecuniarias, reducir —y controlar judicialmente— las multas administrativas, e investigar empíricamente la eficacia mayor o menor de las sanciones pecuniarias.

PARTE PRIMERA: LA MULTA PENAL

I. LA MULTA PENAL EN RELACION CON LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Casi todos los pueblos, por ejemplo, el griego, el romano, el germánico y el franco, en la primera etapa de su evolución histórica, aplican la multa como la pena básica. Posteriormente esas penas se sustituyen por las cor-

(2) Respecto a la multa como medida, cfr. BERISTAIN, A.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo* (Teoría, legislación positiva y realización práctica), prólogo de Marino BARBERO SANTOS, Madrid, Reus, 1974, pp. 125 s.

porales (*qui non luet in aere, luet in corpore*) y, finalmente, por las privativas de libertad (3).

Hoy, esta línea evolutiva se quiebra en la teoría y en la práctica, pues la multa se vuelve a emplear en sustitución de (y más que) las penas privativas de libertad, como veremos en seguida.

I. 1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA MULTA COMO SUSTITUTIVO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

El mundo de nuestra cultura considera las penas pecuniarias más útiles y más justas que las privativas de libertad. Sobre todo cuando éstas son de corta duración. Muchos especialistas opinan que la multa debe tener más acogida en el Derecho Penal y debe imponerse más frecuentemente que las penas privativas de libertad, pues cumple mejor los fines de la pena. Han pasado muchos años desde que PACHECO (4) consideraba la multa como un accidente y un complemento.

La crisis de las sanciones privativas de libertad llega a cuestionar el fundamento y el fin de la prisión en el aspecto que se creía más positivo, el resocializador (5). Hoy se discute, y con sólidos argumentos, la justificación de

(3) PINATEL, J.: *La crise pénitentiaire*, en «L'année sociologique» (1973), 13-67. BIONDI, Biondo: *Il Diritto romano cristiano*, III, Milán, Giuffrè, 1954, pp. 453 ss. MOMMSEN, Th.: *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pp. 50 s., 1012 ss.

(4) PACHECO: *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, Madrid, 1848, p. 431.

(5) Cfr. las ponencias y el debate en la tercera sección («La revisión de conceptos sobre las penas cortas privativas de libertad, la pena de multa y la de inhabilitación») de las Jornadas de Derecho Penal (Buenos Aires, 22-27 de agosto de 1960), Buenos Aires, 1962; especialmente la exposición de M. DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, en las pp. 238 ss., y, en sentido contrario, QUINTANO RIPOLLÉS, en las pp. 186 ss.

la tarea resocializadora de la pena en una sociedad injusta (6). Además, se reconoce que la multa, asocializa menos al delincuente, desintegra menos su familia, resulta más efectiva en los autores de delitos económicos y contra la propiedad, y también en los reincidentes (que no pueden habituarse a la multa aunque sí a la prisión), etcétera (7).

En favor de las sanciones pecuniarias, y en contra de las privativas de libertad (especialmente de corta duración), influyen también la evolución económico-sociopolítica, las nuevas concepciones del delito y del delincuente (sobre todo acerca de las infracciones de tráfico), el mayor respecto a la marginalidad social y a la «desviación» como posibles fuentes de conflictos enriquecedores —en cierto sentido— de la sociedad (8), la gran importancia concedida a algunos derechos elementales de la persona (intimidad, libertad, propiedad privada, etc.), el factor económico (la multa no cuesta sino que be-

(6) FOUCAULT, M.: *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975. BUENO ARÚS, F.: *En torno al VIII Congreso Internacional de Defensa Social*, en «Boletín de Información» (del M. de Justicia), Madrid (25 febrero 1973), pp. 3-12.

(7) NOWAKOWSKI, F.: *Die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe in der RV 1971 (§§ 36, 45, RV)*, en «Oesterreichische Juristen-Zeitung» (11 enero 1973), 1-5, e ibidem, pp. 34-40, especialmente pp. 1 ss.; RANIERI, S.: *Pene pecuniarie e riduzione del condannato*, en «La Scuola Pos.» (1966), pp. 266 ss.; GROSSO, C. F.: *Le pene pecuniarie di fronte all'art. 27 comma 3.º della Costituzione*, en «Rivista Italiana di Diritto e Proced. penale» (1966), pp. 929-1008.

(8) KAISER, G.: *Der Verbrechensbegriff in der Kriminologie*, en «Verkehrsdelinquenz und Generalprävention», Tübinga, 1970, pp. 118-132. IDEM: «Sub voce», *Verbrechensbegriff*, en «Kleines Kriminologisches Wörterbuch», Friburgo de Br., Herder, 1974, pp. 366 ss. IDEM: *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Frankfurt M., Athenäum, 1972, pp. 40 ss. Las nuevas concepciones del delito y del delincuente abocan a una mayor aplicación de aquellas penas que inciden menos en la persona misma y en su libertad, por varias razones y también por subconsciente autodefensa del estamento del legislador.

neficia al erario público), la atención a las víctimas del crimen a las que se puede asistir con el dinero de las multas (que, creemos, no deberían engrosar las cajas del Estado, sino un fondo destinado a las víctimas del delito y, quizá, a los delincuentes salidos de la cárcel), la facilidad de subsanar posibles errores judiciales, la mejor individualización, sobre todo judicial, teniendo en cuenta la situación económica del condenado, la fuerza intimidativa de la privación de los bienes económicos en una sociedad como la actual, tan centrada alrededor del dinero, etcétera.

Las multas encuentran (junto a las ventajas hasta ahora indicadas) algunas *desventajas* frente a las penas privativas de libertad. Su inconveniente mayor radica en que no todos los delincuentes pueden pagar la multa, mientras que todos pueden ser privados de libertad. Algunos especialistas critican también la multa porque puede impedir la indemnización a las víctimas, porque viola el principio de personalidad de las penas (pues afecta también a los familiares y puede pagarse por un tercero), y porque incide desigualmente en las personas, ya que varían sus posibilidades económicas, su apego al dinero, etc. Algunos opinan que ciertos delincuentes se ven incitados a cometer delitos económicos o contra la propiedad para pagar la multa (9).

Las investigaciones empíricas acerca del impacto personal y social y acerca de otros efectos de la multa no ofrecen todavía datos suficientes para deducir con solidez científica todas las conclusiones que desea el crimi-

(9) GÖPPINGER, H.: *Kriminologie*, 2.^a ed., München, 1973, p. 271; hay traducción española de M. L. SCHWARCK e I. LUZARRAGA, Madrid, Reus, 1975. El posible efecto criminógeno de algunas penas pecuniarias, sobre todo de la confiscación, lo observó ya el P. Márquez. Cfr. MONTES, J.: *Precursores de la ciencia penal en España*, Madrid, 1911, p. 677.

nólogo (10). Probablemente el influjo intimidante de la multa varía notablemente según la personalidad del delincuente. Los ya profesionalizados en el crimen no sentirán el aguijón de la multa. Sí, en cambio, los que viven en condiciones ordenadas y con cierto prestigio social.

De hecho, en bastantes naciones el porcentaje de las multas supera al de las penas privativas de libertad. Por ejemplo, en Alemania, el año 1882, el 73 por 100 de las penas eran privativas de libertad, el 0,3 por 100 pena de muerte y el 25 por 100 multa; en cambio, durante el año 1970, al 83,95 por 100 de los condenados se les impuso multa, y sólo al 15,94 por 100 privación de libertad como pena principal; en 1971, el 8 por 100 son penas privativas de libertad cumplidas totalmente, el 85 por 100 penas pecuniarias. En Suiza, durante el año 1971, el 15 por 100 de las penas son privativas de libertad cumplidas totalmente, el 29 por 100 penas privativas de libertad suspendidas en prueba, y el 55 por 100, pecuniarias. En Austria, de todas las penas impuestas durante el año 1967, el 57 por 100 fueron multas, y el año 1970, el 54 por 100. Según un informe de las Naciones Unidas acerca de los jóvenes delincuentes, en Japón más del 90 por 100 de todas las sanciones son multas, y en Suecia, el 95 por 100. El 75 por 100 de todas las penas en Estados Unidos son pecuniarias, y en Gran Bretaña más del 80 por 100 (11). En España, las estadísticas judiciales última-

(10) SOFTLEY, P.: *A Survey of Fine Enforcement*. Home Office Research Studies, t. 16, Londres, 1973. DAVIES, M.: *Financial Penalties and Probation*. Home Office Research Studies, t. 5, Londres, 1970. BUIKHUISEN, W., y STEENHUIS, D. W.: *The Effectiveness of Penal Sanctions as an Instrument to Combat Recidivism Among Subjects Convicted for Drunken Driving*, Groningen, 1972.

(11) Moos, R.: *Die Reformbewegung des Strafrechts in Oesterreich, der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, en «Festschrift für W. Wilburg», Graz, Leykam, 1975, pp. 269 s. KAISER, *Kriminologie*, 2.^a ed., Karlsruhe, 1973, p. 176. GÖPPIN-

mente publicadas (12) constatan que durante el año 1969 en los Juzgados Municipales, Comarcales, y de Paz de un total de 149.137 condenas, 106.379 corresponden a multa, y 5.304 a arresto y multa; en los Juzgados de Instrucción, de un total de 22.068 delitos sancionados, 14.971 lo fueron con multa, y de un total de 20.500 delincuentes condenados, 13.531 lo fueron asimismo con multa. Durante el mismo año, a los 39.292 delitos sancionados en las Audiencias Provinciales y en los Juzgados de Instrucción correspondieron 18.583 penas de multa; a los 36.164 delincuentes condenados en esas Audiencias y en esos Juzgados les fueron impuestas 16.529 multas.

Después de esta reflexión sobre las ventajas y los inconvenientes, en general, de la sustitución de las penas privativas de libertad por la multa, conviene añadir unas consideraciones sobre los tres sistemas más importantes (de multa global, de multa temporal y de días-multa) y sus peculiares ventajas e inconvenientes como substitutos de las penas privativas de libertad.

I. 2. SISTEMA DE MULTA GLOBAL Y SU RELACIÓN CON LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Denominamos sistema global (*Gesamtsummensystem*) de multa al tradicional, según el cual el juez condena a una cantidad concreta, una suma global, que resulta de conjugar dos coordenadas: la gravedad del delito y la situación económica del delincuente.

GER: *Kriminologie*, 2.^a ed., Munich, 1973, pp. 270. WALKER, N.: *Crime and Punishment in Britain*, 2.^a ed., Edinburgo, 1968, pp. 164 ss.

(12) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Estadísticas Judiciales de España. Año 1969*, Madrid, 1973, pp. 33, 40, 57, 82. RODRÍGUEZ DEvesa: *Derecho penal español*. Parte general, 4.^a ed., Madrid, 1974, pp. 80, 771.

Según la gravedad del hecho culpable, el Código Penal señala los topes mínimo y máximo al arbitrio del Tribunal; y éste, en el momento de fijar la suma global, tiene en cuenta no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes, sino principalmente la condición económica del condenado.

Este sistema lo siguen muchos Códigos penales y lo propugnan muchos teóricos. Entre los Códigos que (con más o menos peculiaridades) adoptan el sistema de multa global pueden citarse el español de 1848 (art. 75), de 1870 (art. 84), de 1928 (art. 160), de 1932 (art. 69) y el texto refundido de 1973, actualmente en vigor (art. 63); el italiano de 1930; el polaco de 1932; el colombiano de 1936 (art. 50); el checoslovaco de 1950; el yugoslavo de 1951; los soviéticos de 1922, de 1927 y el actual de 1960 (art. 36, con rasgos peculiares) (13); el de Suiza de 1937, etc.

Tradicionalmente, los penalistas, por ejemplo BOUZAT, CARRANCA TRUJILLO, DONNEDIEU DE VABRES, JEAN GRAVEN, M. ALI HASSAN, CARL STOOSS, etc., se muestran partidarios del sistema global de multa.

STOOSS opinaba que, en este tema, la solución mejor es la más sencilla. Por eso, en el Anteproyecto suizo de 1893, establece simplemente que la multa debe proporcionarse a los recursos del condenado. De modo semejante se manifiesta años después, al comentar el Código Penal austriaco (14). MAGNOL se inclinó por una solución similar en el Congreso de Londres, de 1921, al opinar que se deje al juez cierta libertad para, *ex aequo et bono*, acomodar la multa a la fortuna del reo. NEYMARK, de acuerdo con SEIDLER, propugnaba como ideal que la

(13) ZDRAVOMISLOV, SCHNEIDER, KÉLINA y RASHKÓVSKAIA: *Derecho penal soviético*, Trad. de N. DE LA MORA y J. GUERRERO. Bogotá, Temis, 1970, pp. 316 ss., 487 ss., 528 s., 563 s.

(14) STOOSS, C.: *Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts*, 2.^a ed., Viena, 1913, pp. 227 s.

multa se proporcionase (dentro de los límites legales) progresivamente a la situación económica del delincuente. Para lograrlo, el juez individualizará —dice— la cuantía de la multa (de modo semejante a como individualiza la duración de las penas privativas de libertad) teniendo en cuenta no sólo la renta del condenado, sino también todos los factores que pueden incidir en su situación económica: cargas familiares, deudas, salud, edad, medio de trabajo, etc., de manera que la multa produzca el mismo efecto en delincuentes de la misma responsabilidad. Como medida práctica aconsejaba introducir en la parte general del Código Penal la norma siguiente: «El juez fijará la cuantía de la multa después de haber examinado y tomado en consideración la situación económica del delincuente, así como las circunstancias que influyan en dicha situación, particularmente la capacidad de ganarse su vida.» El juez —añade— debe motivar su decisión (15).

JEAN GRAVEN, en su *Plan général d'un système de prévention du crime et de traitement des délinquents*, presentado al Secretariado de las Naciones Unidas, propone que la multa debe fijarse en cada caso —dentro de un límite mínimo muy bajo y de un máximo muy alto— teniendo en cuenta la situación personal, profesional y familiar del condenado, de sus recursos, de sus ganancias, de sus cargas, en una palabra, de sus posibilidades reales (16).

(15) NEYMARK, E.: *La peine d'amende*, en «Revue de Droit pénal et de Criminologie», nov. 1928, pp. 929-962; dic. 1928, pp. 1053-1094; espec., pp. 950 s.

(16) GRAVEN, J.: *Plan général d'un système de prévention du crime et de traitement des délinquents*, en «Revue Int. de Droit pénal» (1949), Nos. 3-4, pp. 336 ss. Parecidamente se expresó el mismo GRAVEN en las Jornadas de Buenos Aires del año 1960, cfr. *Jornadas...*, pp. 172.

MOHAMED ALI HASSAN (17) opina que la cuantía de la multa no debe ser la misma para todos los autores de un delito, ni proporcionada al perjuicio causado; el juez debe poder tomar en consideración los diferentes elementos susceptibles de influenciar en la medida de la pena (gravedad del acto, culpabilidad del autor, etc.); la parte general del Código debe establecer un límite mínimo muy bajo y un límite máximo muy alto; para los delitos cometidos con afán de lucro, el juez debe poder rebasar el límite máximo, pero tomando en consideración la capacidad real del condenado, de manera que no le produzca la ruina; el juez debe establecer la cuantía de la multa con un criterio proporcional a las posibilidades reales del condenado (situación personal, profesional y familiar; recursos, ganancias, etc.). En resumen, HASSAN considera preferible el sistema seguido por el Código Penal suizo, vigente en la actualidad, en su artículo 48, número 2, que dice: «El juez fijará la cuantía de la multa según la situación del condenado, de manera que la pérdida que sufra constituya una pena correspondiente a su culpabilidad.»

«Para apreciar la situación del condenado, el juez tendrá en cuenta principalmente los elementos siguientes: renta y capital, estado civil y cargas familiares, profesión y ganancia profesional, edad y estado de salud.»

Hasta comienzos de este siglo, algunos penalistas critican el sistema de multa global (y los demás sistemas que tienen en cuenta la situación económica del reo) porque —según ellos— a delitos iguales deben corresponder penas iguales, ya que, de lo contrario, resultan sanciones más graves a los acaudalados que a los pobres. Reciente-

(17) HASSAN, Mohamed Ali: *L'amende pénale dans les droits modernes et spécialement dans le code pénal suisse*, Paris, Lib. gén. droit et jurispr., 1959, pp. 109 ss. 258.

mente, también opina así Lorenzo SIMEONE, en la *Enciclopedia Cattolica* (18). No admitimos esta objeción, porque el principio de igualdad de todos ante la ley y ante las penas no excluye (ni se opone a) la individualización legal, judicial y penitenciaria.

Ahora sería el momento de comentar los problemas del sistema de multa global tal y como se regula concretamente en el Código Penal español: obscuridad en la frase «pena principal y única» del artículo 28, límite mínimo de la multa por delitos, criterios para establecer el caudal o facultades del culpable (art. 63), naturaleza jurídica de la responsabilidad personal subsidiaria (¿pena?; ¿opción del reo?), posibilidad de pago por tercera persona, etc. (19). Pero, no es ahora el momento para poner retazos a este paño tan viejo. Además, creemos preferible reestructurar toda la institución imitando inteligentemente (no copiando literalmente) los sistemas modernos de otras naciones. Para esta tarea pueden ayudar las observaciones siguientes acerca del sistema de multa temporal y del sistema de días-multa.

Antes de pasar a la multa temporal parece oportuno indicar que el sistema de multa global puede dar pie a injusticias en el supuesto de impago, si se establece una cantidad fija de dinero como módulo para determinar la duración de la responsabilidad personal subsidiaria, como, por ejemplo, en el artículo 49, número 3 del Código Penal suizo actualmente en vigor, y como en los artículos 50 y 624 del Código Penal español de 1870. Este resultado

(18) SIMEONE, L.: «Sub voce», *Multa*, en «Enciclopedia Cattolica», t. VIII, Firenze, s. f. (posterior a febrero de 1952, fecha del «imprimatur»), columnas 1.509-1.511. Respecto al art. 24 del Código penal italiano formula semejantes críticas BETTIOL: *Diritto penale*, 8.^a ed., Padova, 1973, p. 721.

(19) BERISTAIN, A.: «Sub voce», *Multa* (penal), en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Barcelona, Seix, t. XVI (en prensa).

injusto se dará frecuentemente si se regula la responsabilidad personal subsidiaria como una opción del condenado. También se dará, aunque con menos frecuencia, en casos de impago por empobrecimiento posterior a la sentencia y anterior al desembolso de la multa.

I. 3. SISTEMA DE MULTA TEMPORAL Y SU RELACIÓN CON LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Por los años sesenta se propuso, en Alemania, el sistema de multa denominada *Laufzeitgeldstrafe*, que podemos traducir como multa duradera, o multa temporal, o multa escalonada. El primer pionero de tal sistema fue BAUMANN, en su Proyecto de un Código Penal, Parte general (1963), parágrafo 35 (20). Lo propugna como medio muy apto para sustituir las penas privativas de libertad de corta duración.

Según BAUMANN, la ley establece un número de días-, semanas-, meses-tipo (o -porción) de multa que corresponde a cada delito. El juez individualiza en cada caso concreto la cuantía correspondiente a cada tipo o porción, teniendo en cuenta la situación económica del reo, de manera que (de sus ganancias) le quede la cantidad mínima necesaria para sus obligaciones elementales. La multa no se paga de una vez, sino a lo largo del tiempo, en plazos fijos, según los ingresos del delincuente. De esta manera, la multa «dura» y se va escalonando un determinado tiempo (un mínimo de un día y máximo de noventa meses, en el § 35 del Proyecto de Código Penal

(20) BAUMANN, J.: *Entwurf eines Strafgesetzbuches* (AT), Tübinga, 1963, Mohr, 1963. IDEM: *Von den Möglichkeiten einer Laufzeitgeldstrafe*, en «Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform», Bielefeld, 1965, pp. 61 ss.

de BAUMANN), y en ese período el delincuente sólo dispone de una parte mínima de su salario.

Este sistema de multa tiene algunos puntos parecidos, pero difiere sustancialmente del método de pago, regulado en el artículo 179 del Código Penal español de 1928.

El Proyecto Alternativo alemán de 1966, en su parte general acoge este sistema en sus parágrafos 49 y ss. El párrafo 49 dice así:

«§ 49. MEDIDA Y CANTIDAD DE LOS TIPOS DE MULTAS.

1. La multa será impuesta en días- semanas- o meses-tipo. Su importe mínimo es de un día-tipo, y el máximo de veinticuatro meses-tipo.

2. La medida del día- semana- o mes-tipo, la determina el tribunal tomando en consideración las relaciones personales y económicas del autor en el momento de dictar sentencia. Los tipos serán calculados en forma que le quede al autor al menos el importe salarial para su mínimo de existencia. El importe mínimo del día-tipo es de cinco marcos, el de semana-tipo de treinta y cinco marcos, y el del mes-tipo de ciento cincuenta marcos.

3. Se establecerán los fundamentos de la medida cuando el autor no proporcione ningún informe satisfactorio sobre sus ingresos, patrimonio u otro criterio para la determinación del tipo. El tribunal podrá también solicitar informes de oficinas impositivas y bancos.

4. En la decisión se darán tanto el número y la medida del tipo de multa, como también el tiempo de pago. El tiempo de pago se determina conforme a los respectivos accesos a los ingresos. Los tipos semanales se pagan semanalmente y los mensuales mensualmente» (21).

Con este sistema se pretende estructurar la multa como pena limitativa del «standard» de vida, reduciendo al delincuente durante un período de tiempo su dinero que es libertad objetivada, signo de nivel social y posibilidad de

(21) Traducción de Raúl ZAFFARONI, en «Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social», núm. 14 (julio-septiembre 1974), pp. 99 ss.

adquirir los bienes que desea. Este descenso en el «standard» económico-social debe perdurar durante algún tiempo, como las penas privativas de libertad, para lograr la prevención general y la especial (22).

La semejanza temporal de la multa a las penas privativas de libertad facilita más la sustitución entre ambas. El Proyecto Alternativo regula las sustituciones en los parágrafos 50 y 53:

«§ 50 MULTA EN LUGAR DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

1. En lugar de una pena privativa de libertad hasta un año se impondrá multa, aunque la ley sólo amenace pena privativa de libertad, cuando el fin de la pena pueda ser alcanzado con una multa.

2. En lugar de un día de pena privativa de libertad, se aplica un día-tipo.»

«§ 53. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSTITUTIVA.

1. En lugar de una multa no solventada se aplica una pena privativa de libertad sustitutiva. Un día-tipo corresponde a un día de pena privativa de libertad. No es de aplicación el § 63, párrafo 1. El condenado puede evitar la ejecución de la pena privativa de libertad sustitutiva en cualquier tiempo, regularmente sólo una vez, haciendo el correspondiente pago o mediante la propuesta conforme al § 52, párrafo 1.

2. Vale en lo pertinente lo dispuesto para cuando el condenado no efectúa el trabajo de utilidad común, conforme al § 52, en forma culpable. Esta pena

(22) BAUMANN, J., y MELZER, M.: *Peine pécuniaire échelonée en tant que postulat et qu'instrument d'une individualisation pénale efficace*, en «Les techniques de l'individualisation judiciaire», VIII Congrès International de Défense Sociale, Milán, 1971, pp. 312-327. BAUMANN, J.: *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Neuwied, Berlín, Luchterhand, 1968. BAUMANN, J.: *Besteht heute die Möglichkeit, die Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten zu beseitigen?*, en «Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform», Bielefeld, 1969, pp. 54 ss. Traducción en español por E. BACIGALUPO, en «Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho», en homenaje al Prof. Jiménez de Asúa. Buenos Aires, 1970, pp. 1 ss.

privativa de libertad sustitutiva no puede evitarse mediante pago o trabajo de utilidad común.

3. La pena sustitutiva de libertad será ejecutada, conforme a las posibilidades, en establecimientos abiertos o semiabiertos. En lo restante, son de aplicación los §§ 37 a 39, en lo pertinente.»

La multa temporal, en comparación con las penas privativas de libertad, presenta todas las *ventajas* mencionadas hasta aquí, respecto a la multa en general, y casi todas las que diremos enseguida, al comentar el sistema de días-multa. Ahora, sin entrar en amplias explicaciones, únicamente afirmamos que supera o mejora al sistema global en varios aspectos. Al no exigir entregar la cantidad total de una sola vez, serán menos los impagos, pues aun los pobres podrán entregar periódicamente sus cuotas. Pero presenta algunos inconvenientes (23), sobre todo el de requerir mucho trabajo burocrático. En resumen, prácticamente (prescindimos de las consideraciones teóricas) (24) parece menos apropiado a las necesidades de hoy que el sistema de días-multa.

I. 4. SISTEMA DE DÍAS-MULTA Y SU RELACIÓN CON LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

La teoría del sistema de días-multa, tal como se regula en varias naciones, nace a comienzos de siglo, gra-

(23) JESCHECK, H.-H.: *Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches* (AT), en «ZStW» (1968), pp. 54 ss., especialm. p. 64. LACKNER: *Der Allgemeine Teil des künftigen Strafgesetzbuches in der Auseinandersetzung*, en «Juristenzeitung» (1963), pp. 617 ss., especialmente p. 619. IDEM: *Der Alternativ-Entwurf und die praktische Strafrechtspflege*, en «Juristenzeitung» (1967), pp. 513 ss. Cfr. BAUMANN, J.: *¿Existe actualmente la posibilidad...?*, en «Problemas actuales...», 1970, pp. 18 ss.

(24) BERISTAIN, A.: *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, Madrid, Reus, 1971, páginas 83 y s.

cias especialmente a los trabajos publicados sobre el tema por CARL TORP, en 1900, y JOHAN THYREN, en 1910, Antecedentes de sus ideas pueden encontrarse, años antes en otros penalistas como FILANGIERI, BENTHAM y VON LISZT (Congreso de Christiana del año 1891), y en el Código Penal brasileño de 16 de diciembre de 1830 (artículo 55), y en los portugueses de 1852 (art. 41) y de 1886 (art. 67) (25).

La nación que primero adoptó este sistema fue Finlandia, el año 1921. Suecia lo introdujo en 1931, y Dinamarca, en 1939. Los otros dos países vecinos, Noruega e Islandia, no lo han adoptado todavía. Cuba introdujo este sistema el año 1936 (art. 56 del Código de Defensa Social). Se regula también en el Código Penal peruano de 1924 (art. 20), en el brasileño de 1969 (art. 44), en el costarricense de 1971 (que entró en vigor el 6 de enero de 1972) y en el boliviano de 1972 (art. 29). Recientemente se ha introducido en Alemania (en la parte general del Código Penal, que entró en vigor el 1 de enero de este año 1975). Esta innovación fue admitida por gran mayoría y encuentra numerosos defensores, entre los que merecen citarse TRÖNDLE y ZIPE. También se ha introducido en el nuevo Código Penal austriaco, vigente asimismo desde el 1 de enero de 1975.

Ya admitía este sistema el Proyecto alemán (gubernamental) de la Parte general de un Código penal redac-

(25) GOLDSCHMIDT: *Strafen (Haupt- und Nebenstrafen) und verwandte Massregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs*, en «Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts», t. IV, Berlín, 1908, pp. 398-411, especialmente 403 ss. MITTERMAIER: *Das Tagesbussensystem in Skandinavien*, en «ZStW» (1936), pp. 646 ss. ZIPE: *Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im kommenden Recht*, en «ZStW» (1965), pp. 526 ss.

Actualmente el Código penal portugués (de 1886) regula los días-multa en el artículo 63, según la formulación introducida por la Ley 184/72, de 31 de mayo.

tado con arreglo a las conclusiones de la Gran Comisión de Derecho Penal, en primera lectura (terminado en diciembre de 1956), en sus párrafos 56-61, y posteriormente el Proyecto austriaco (gubernamental) de 1971, en su párrafo 19 (26). También lo admitió el Anteproyecto del profesor S. Soler, para la República Argentina (art. 59 y 73). En cambio, la reforma suiza de 18 de marzo de 1971 mantiene el sistema global tradicional.

Respecto al campo de aplicación, a los sustitutivos, a la formulación del módulo, etc., median bastantes diferencias entre las diversas formulaciones legales. Sin embargo, el núcleo central del sistema permanece el mismo. Consiste en determinar la importancia o gravedad de la multa, no por una suma de dinero, sino por un número de «días», según la gravedad del delito. Cada «día» equivaldrá a una concreta cantidad de dinero, según la posición económica del condenado.

La ley debe fijar el número de *días*-multa que se impone como pena a cada delito, según la gravedad de éste. Establecerá un número igual (o, mejor dicho, proporcionalmente igual) al de días que le correspondería de privación de libertad si se le aplicase esta pena. Este punto resulta fácil de regular legalmente. En Suecia, por ejemplo, a quien conduce un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (entre 0,5 y 1,5 por 1.000 de alcohol en la sangre) se le impone una pena de cuarenta a cien días-multa. Generalmente los Códigos penales, en su parte general establecen un número má-

(26) NOWAKOWSKI, F.: *Das Tagesbussensystem nach § 19 der Regierungsvorlage (1971) eines Strafgesetzbuches*, en «Oesterreichische Juristen-Zeitung» (21 abril 1972), pp. 197-204. Moos, R.: *Die Reformbewegung des Strafrechts in Oesterreich, der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, en «Festschrift für W. Wilburg zum 70. Geburtstag», Graz, Leykam, 1975, pp. 253-287.

ximo de días-multa: en Finlandia y en Suecia, ciento veinte; en Dinamarca, sesenta, y en caso de concurso puede llegar hasta noventa. En Costa Rica y en Austria, trescientos sesenta. Alemania fija como máximo trescientos sesenta días y como mínimo cinco días. Los Códigos de las otras naciones antes citadas, admiten también un día, como mínimo. Bolivia de uno a quinientos días-multa (art. 29).

La cuantía económica de cada día-multa ha de fijarla el Tribunal, según determinadas circunstancias económicas de cada delincuente, dentro de los criterios y los límites (sin duda amplios) que establezca la Ley. En Alemania puede oscilar de dos marcos a diez mil marcos; en Suecia, de dos coronas a cinco mil coronas; en Austria, de veinte schillings a tres mil schillings; en Dinamarca sólo hay un mínimo de dos coronas, pero no hay máximo legal; en Finlandia, en Costa Rica y en Bolivia, ni máximo ni mínimo. (En Bolivia, el importe de un día-multa no puede sobrepasar el monto de la entrada diaria del condenado.)

Según algunos especialistas, como ZIPF (27), el Tribunal ha de determinar en cada caso concreto la cuantía de un día-multa, de manera que al autor (al deducirle esa cantidad de lo que se calcula como ingreso diario neto) le quede una suma suficiente para los gastos indispensables. STRAHL (28) opina que la tesis de que el día-multa se calcula según la cantidad que el delincuente puede economizar por día no pertenece a la esencia del sistema, pues la legislación danesa y la finlandesa se apartan en este punto de la sueca. Considera esencial

(27) H. ZIPF: *Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland*, en «ZStW» (1974), pp. 513 ss.

(28) STRAHL: *Les jours amendes dans les pays nordiques*, en «Rev. Scienc. crim. droit pén. comp.» (1951), pp. 59 ss.

que el día-multa sea tal que multiplicado por el número de días-multa resulte una suma suficiente para el supuesto concreto. En opinión de THYREN, la multa debe proporcionarse, no al patrimonio ni a la renta sino a las posibilidades de desembolso, a los recursos económicos reales en la medida en que sea posible constatarlos. Jorge FRÍAS CABALLERO (29) opina, atinadamente, que debe tenerse en cuenta no ya la renta, u otro elemento pecuniario equivalente o semejante, sino todos aquellos factores de una u otra índole que incidan en la situación económica del condenado, de tal modo que se parta de sus posibilidades reales de pago, esto es, de su efectiva capacidad para soportar la multa y sufrirla como tal.

Respecto a los medios para conocer la capacidad económica del condenado se tiende, en general, a dar crédito a sus declaraciones, con posibilidad de disponer de medios para comprobarlas, cuando haya dudas fundadas acerca de su credibilidad (30).

Después de haber indicado estas opiniones teóricas respecto a la manera de fijar en cada supuesto la cuantía de un día-multa, conviene transcribir ahora las *regulaciones legales* contemporáneas más importantes. Los especialistas discuten si la ley debe regular el módulo día-multa con más o menos detalle. En teoría se proponen especialmente cuatro principios orientadores: el de disminución (*Einbusseprinzip*), el de limitación del embargo (bienes exceptuados de embargo, cfr. Ley Enjuiciamiento Civil, arts. 1.449 y 1.451), el de gastos mínimos y el de ingresos netos.

(29) FRÍAS CABALLERO, J., en «Jornadas de Derecho penal...», Buenos Aires, 1962, p. 208.

(30) DOLCINI, E.: *Le pene pecuniarie come alternativa alle pene detentive brevi*, en «Jus, Revista de science giuridiche» (diciembre 1974), pp. 529-556.

1. Según el párrafo 40, párrafo 2, del *Código Penal alemán* de 1975, la cuantía de un día-multa la determina el tribunal teniendo en cuenta las relaciones económicas y personales del autor. Esta fórmula legal se aclara algo en la «Fundamentación» (del Código) al decir que «el día-multa es la cantidad de dinero que, como término medio, se le puede descontar diariamente al autor, de acuerdo con sus ingresos, sus bienes de fortuna utilizables, su estilo de vida real, teniendo en cuenta sus obligaciones de mantenimiento y de gastos normales, así como su estado personal».

2. La Comisión del Ministerio federal de Justicia de Alemania, en el *Proyecto para una nueva redacción del párrafo 40, párrafo 2* (Proyecto de reforma, 1972) establece que la cuantía del día-multa normalmente equivale al ingreso neto que el autor tiene o puede tener en un día. El Tribunal debe considerar también su fortuna, sus obligaciones (esencialmente los deberes de alimentos) y, además, si es necesario, debe conceder plazos de pago para evitar durezas excesivas.

3. Según el párrafo 19, párrafo 2, del *Proyecto gubernamental austriaco de 1971*, la cuantía del día-multa se calcula de manera que equivalga a lo que por término medio puede gastar diariamente para sí el autor, considerando su potencia económica, en especial sus rentas, y su fortuna en cuanto pueden ser calculadas, y también su posibilidad de obtener más ingresos mediante exigible trabajo adquisitivo. El texto aprobado del nuevo Código Penal de 23 de enero de 1974, que entró en vigor el primero de enero de 1975, dice que «el día multa se calculará según las relaciones personales y las facultades económicas del delincuente en el del juicio en primera instancia».

4. Según el artículo 29, párrafo 2.º del *Código Penal*

boliviano de 1972, «el importe de un día-multa será determinado prudencialmente por el juez tomando en cuenta la situación económica del condenado, sin sobrepasar el monto de la entrada diaria del mismo».

5. La fórmula del *Código Penal brasileño* de 21 de octubre de 1969, en su artículo 44, parágrafo único, es sencilla: «El montante del día-multa se fija según el prudente arbitrio del juez, pero no puede ser inferior al valor de su trigésima parte del salario mínimo, ni superior a una tercera parte de él.»

6. El artículo 53 del Código Penal costarricense, dice: «... El importe del día-multa se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el juez considere apropiados. Si el condenado viviere exclusivamente de su trabajo, el día-multa no podrá exceder del monto de su salario diario...»

En la *práctica*, en Suecia, los Tribunales generalmente consideran como base la milésima parte de la renta anual neta del condenado. Esa cantidad así obtenida la elevan (si el autor posee otros bienes o si no tiene gastos especiales, ni personas a su cargo), y, al contrario, la rebajan (si el condenado tiene deudas o mucha familia que sostener). El tribunal suele recibir informes de la Policía acerca de la situación del condenado.

Pasamos ahora a considerar brevemente los principales *aspectos positivos y negativos* de este sistema, especialmente *en relación con las penas privativas de libertad*.

Probablemente, la principal ventaja sea la posibilidad de que un solo dato (el número de días-multa) sirve para graduar la gravedad de la pena, para fijar la cuantía dineraria de la multa y la duración —en caso de impago—

de la responsabilidad personal subsidiaria (pena privativa de libertad, prestación —en libertad— de unidades de trabajo, etc.), para calcular automáticamente la parte de multa que puede considerarse pagada si el delincuente permaneció en prisión preventiva algún tiempo (31), y para la manifestación pública de la gravedad del delito y de la pena correspondiente. Esta última faceta no se logra en el sistema de multa global, pues, al fijar el juez la cuantía numéricamente según las condiciones económicas del autor, no aparece la gravedad de la pena. En cambio, cuando el juez, dentro del margen que le concede la individualización legal, determina el número concreto de *días-multa*, como esta cifra es independiente de las condiciones económicas del reo, la sentencia manifiesta el grado de desvalor del delito.

El sistema de días-multa, además, soluciona mejor que los otros el problema tan general y grave del impago de la multa. Por una parte, limita los supuestos de insolvencia al determinar la cuantía según los ingresos diarios. De hecho, en Suecia, se ha logrado reducir al mínimo el número de delincuentes que no satisfacen la multa. El año 1971, de 253.896 personas condenadas a multa, solamente trece no pagaron. Por otra parte, en los escasos supuestos de impago este sistema determina automáticamente (con el número de días-multa) la duración de la responsabilidad personal subsidiaria.

El Código Penal alemán establece para los casos de impago la proporción de *un día de privación de libertad por cada día-multa*. El mismo criterio rige en la legislación

(31) En el supuesto de que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se abone para el cumplimiento de la multa penal (o administrativa). Cfr. JESCHECK, KRÜPELMANN: *Die Untersuchungshaft im deutschen und internationalem Recht*, Bonn, 1971, que contiene también el estudio relativo a España de MATTES, H.: *La prisión preventiva en España*, trad. de M. GURDIEL, prólogo de RODRÍGUEZ DE VESA, Madrid, 1975.

sueca, la danesa, la finlandesa, la brasileña (art. 50), la costarricense (art.56) y la boliviana (art. 32, «siendo solvente»). En el Código Penal austriaco un día de privación de libertad equivale a dos de multa (párrafo 19, párrafo 3).

No parece justa la proporción igualitaria, pues perjudica a quien carece de medios económicos, ya que durante el mismo tiempo le priva no de una parte de su ganancia, sino de toda su ganancia y, además, de su libertad. Más equitativo sería establecer la relación de un día de privación de libertad por tres de días-multa.

Este sistema presenta también algunas *dificultades*. Sobre todo, para calcular las posibilidades y las obligaciones económicas del reo. Las peculiaridades psico-sociológicas de algunos pueblos y la realidad de la administración de su sistema administrativo y judicial pueden hacer fracasar el mejor sistema (32). Pero, esta dificultad es parecida en cualquier otro sistema de multa, excepto si se prescinde de las diferencias económicas personales y se determina la cantidad fijándose únicamente en la gravedad de la infracción, de manera que pague lo mismo el rico que el pobre. Si se pretende sancionar en justicia, toda pena de multa exige que los jueces se esfuercen por conocer el caudal o facultades del culpable y motiven su decisión al respecto. Esta motivación en algunos países, como España, viene exigida por ley (art. 63), de manera que, si se omite, puede recurrirse en casación.

(32) Cfr. CARRANCA y TRUJILLO, en «Jornadas de Derecho penal...», Buenos Aires, p. 218. BOUZAT, P. (y PINATEL, J.): *Traité de Droit pénal et de criminologie*, 2.^a ed., t. I, Paris, 1970, p. 583.

I. 5. CONCLUSIONES.

1. El Código Penal español debe introducir en su Libro I el sistema de días-multa.

2. El Código Penal establecerá los topes mínimo y máximo de cada día-multa (quizá convenga fijarlos en 50 pesetas a 20.000 pesetas) y los límites del número de días-multa imponibles (quizá de dos a trescientos sesenta días-multa).

3. La cuantía concreta de un día-multa debe determinarla el Tribunal (y motivarla), teniendo en cuenta la situación económica del reo, de manera que de sus ingresos diarios (entendidos globalmente: salario, rentas, etcétera) sólo le quede lo mínimo necesario para cumplir sus obligaciones cotidianas.

4. El Código Penal español, en sus Libros II y III, debe sustituir casi todas las penas privativas de libertad de corta duración (de menos de seis meses) por penas pecuniarias.

Y, aun en supuestos de penas más graves, debe establecer también penas pecuniarias como pena compuesta con otras sanciones o como pena alternativa.

5. Conviene fomentar investigaciones criminológicas acerca de la eficacia mayor o menor de las sanciones pecuniarias.

PARTE SEGUNDA: LA MULTA ADMINISTRATIVA

II. LA MULTA ADMINISTRATIVA EN RELACION CON LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La importancia y el volumen cada día mayores de la multa administrativa merecen una reflexión sobre su aplicabilidad y sobre su relación con la pena privativa

de libertad. Después formularemos algunas consideraciones críticas y terminaremos con unas conclusiones *de lege ferenda*. Antes de entrar en el tema conviene recordar algunos conceptos elementales.

II. 1. CONCEPTOS ELEMENTALES.

Difícilmente se encuentra, en los especialistas del Derecho administrativo, una definición clara y completa de la sanción administrativa. Se puede describir, en general, como la sanción impuesta por la autoridad gubernativa a sus administrados, de plano, sin forma de juicio, con motivo de las infracciones de policía, subordinación y buen orden a tenor de las leyes correspondientes (33). Según el Diccionario de la Legislación y del Enjuiciamiento (34), en el año 1865 en España las multas gubernativas eran las que no excedían de los mil reales, y las multas penales las que pasaban de esa cantidad. Dentro de las sanciones gubernativas se incluyen las disciplinarias.

Todos los comentaristas coinciden en que la multa es la sanción gubernativa más típica, más frecuente y más importante; más, desde luego, que las sanciones rescisorias de actos administrativos favorables, que las expulsio-

(33) Cfr. LLAMPIS: «Sub voce», *Pene pecuniarie*, en «Nuovo Digesto italiano», t. IX, Turín, 1939, pp. 700 ss. MIGUEL Y ROMERO, M.: «Sub voce», *Multa gubernativa*, en «Enciclopedia Jurídica Española», Barcelona, Seix, t. XXIII (sin año, hacia 1911), pp. 105-118. ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1874, p. 565. La bibliografía contemporánea acerca del tema la recoge GUAITA, A.: *Nueva bibliografía española de Derecho administrativo*, Madrid, 1969, pp. 54 s.

(34) *Diccionario de la Legislación y del Enjuiciamiento criminales modernos, correspondientes a los Tribunales ordinarios*, por un Abogado del Ilustre Colegio de esta Corte, Catedrático del Ateneo Científico y Literario de la misma. Parte primera. Madrid, 1865, p. 727.

nes de una corporación, etc. Sin embargo, resulta difícil formular un concepto de la multa administrativa, entre otras razones, porque es casi imposible establecer una teoría general de las normas especiales que regulan cada multa en los diversos campos jurídicos, como indicó hace ya tiempo GARÇON. La multa administrativa, tema de nuestro estudio, no es una coacción (ésta pretende el cumplimiento de lo ordenado, contra la voluntad del obligado; por ejemplo, la multa coercitiva del artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1958, revisada por la Ley 164/1963, de 2 de diciembre), sino un medio represivo que nace porque la obligación no se ha cumplido.

En las páginas siguientes consideramos como multa administrativa (o gubernativa) la que imponen estas autoridades, según las normas del Derecho privado, para sancionar al autor de una infracción (administrativa). Tal multa no está vinculada por los postulados propios del Derecho penal: principio de culpabilidad, circunstancias atenuantes, condena condicional, libertad condicional, prescripción penal, principio de irretroactividad, principio de personalidad de la pena (cfr. Ley de Contrabando, Decreto de 16 de julio de 1964, art. 21), etc. (35). Quizá el único aspecto menos negativo para el condenado a una multa administrativa (en comparación con el condenado a una multa penal) sea la no inscripción en el registro de penados y peligrosos.

Especialmente problemático resulta delimitar el ámbito de la infracción administrativa y el campo que debe proteger la correspondiente sanción.

Si se mantiene el principio elemental de la separación

(35) Respecto al principio de legalidad, cfr. ALONSO COLOMER: *La pena y la sanción administrativa ante el principio de legalidad*, en «Documentación Administrativa» (marzo-abril, 1973), pp. 85 ss.

de poderes o de funciones, en teoría (con las excepciones y matizaciones oportunas que, en parte, indicaremos después) la autoridad administrativa carece de potestad punitiva (en el sentido propio de la palabra) para defender el orden social en general; y únicamente puede imponer sanciones «domésticas», de autotutela, si son necesarias y útiles para la buena marcha de las instituciones propias de la administración (v. gr., la disciplina académica, la tributaria, etc.). Esta potestad, más que punitiva, es disciplinaria respecto a los administrados sometidos a una especial relación de poder (36). Parece, pues, conveniente admitir como principio básico (37) que la administración carece de competencia judicial penal para las infracciones de policía general, pero reconociendo excepciones a ese principio básico cuando se trate de infracciones y sanciones leves que —debido a razones de «economía» político-criminal por una parte, y a razones de eficacia administrativa por otra— pueden y deben ser propias de la administración, como lo reconoce el mismo Código Penal en el artículo 26 (3.º) y en el ecléctico artículo 603.

Algunos especialistas consideran esta competencia como propia, no como excepcional, pues admiten dentro del Derecho administrativo sanciones de carácter penal y, en concreto, multas, «que derivan del poder mismo de policía, en virtud del cual se prevén infracciones del más variado género» (38).

(36) Acerca las diversas teorías, cfr. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., vol. II, Madrid, Inst. Est. Políticos, 1971, pp. 196 ss.

(37) Respecto al problema general de la relación entre el Derecho penal común y el Derecho penal administrativo, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, Parte general, 4.ª ed., Madrid, 1973, pp. 25 ss.

(38) SOLER, S.: *Derecho penal argentino*, t. II, 6.ª reimprección, Buenos Aires, 1973, p. 391. NAVARRO, G. R.: «Sub voce», *Multa*, en «Enciclopedia Jurídica Omeba», t. XIX, Buenos Aires,

En la práctica, como veremos en seguida, la administración rebasa con frecuencia este campo e impone sanciones graves, especialmente pecuniarias, para la tutela del orden social en general. Estas multas se llaman administrativas por razón de quien las impone.

La naturaleza jurídica peculiar de las multas administrativas aparece, por ejemplo, en las reglas propias (distintas de las generales para los actos administrativos) que regulan su ejecutoriedad. Las multas administrativas en cuanto sanciones, requieren el procedimiento especial establecido en la Ley de Procedimiento (expediente, pliego de cargos, etc., arts. 133 y ss.); en muchos supuestos exigen el transcurso de un plazo determinado (art. 115 de la Ley de Régimen Local); en otros casos exigen la firmeza del acto que impone la sanción (art. 22, par. 3, del Estatuto de Gobernadores civiles, Decreto de 10 de octubre de 1958). Estas normas rompen el principio de inmediata ejecutividad peculiar de los actos administrativos (art. 101 de la Ley de Procedimiento, y art. 361 de la Ley de Régimen Local).

Al clasificar las diversas multas administrativas conviene distinguir, sobre todo, las propiamente administrativas (las que pretenden únicamente autotutelar las tareas administrativas) de las administrativas en sentido amplio (las que pretenden un fin de heterotutela). En éstas se incluyen, sobre todo, las relativas al orden social en general, las referentes al tráfico de vehículos de motor (39),

1964, p. 952. También en este sentido, aunque indirectamente, DOU Y BASSOLS, R. L. DE: *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en qualquier Estado*, t. VII, Madrid, 1802, p. 185.

(39) Generalmente —como hemos indicado en el texto— se reconoce la necesidad de multas gubernativas leves para sancionar algunas perturbaciones del orden público general, especialmente en el tráfico de vehículos de motor. Cuando esas multas

a la publicidad, al urbanismo, a la navegación aérea, al comercio exterior, etc. Entre las propiamente administrativas destacan las disciplinarias (que constituyen su *analogatum princeps*, es decir, las que sirven de modelo a las demás) y algunas tributarias.

GARRIDO FALLA (40) distingue la multa como sanción correctiva (sanciones de policía administrativa, por incumplimiento de los deberes de prestación de los administrados) y la multa disciplinaria (por ejemplo, las sanciones corporativas, las de usuarios de establecimientos públicos, etc.).

II. 2. APLICABILIDAD Y APLICACIÓN DE MULTAS ADMINISTRATIVAS EN ESPAÑA.

La sanción pecuniaria se aplica muy frecuentemente en la legislación y en la práctica de la administración española. La admiten, entre otras, las leyes siguientes:

— Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956 (*B. O. E.* 14 de mayo), artículos 215 y 216. Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, artículos 213 ss.

— Ley de Montes, de 8 de junio de 1957 (*B. O. E.* 10 de junio), artículo 83.

— Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959 (*B. O. E.* 31 de julio), en varios artículos ha introducido reformas importantes la Ley de 21 de julio de 1971 (*B. O. E.* 23 de julio).

— Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963

alcancen cierta gravedad deben pasar al ámbito del Derecho penal y reunir los requisitos que éste exige. Cfr. KAISER: *Kriminologie*, 2.^a ed., Karlsruhe, 1973, pp. 202, 208 s.

(40) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo...*, vol. II, pp. 202 ss.

(B.O.E. 31 de diciembre), artículos 24-33, artículos 83 y siguientes (respecto a la condonación, arts. 87-89).

— Decreto de 16 de julio de 1964, por el que se aprueba el texto de la Ley de Contrabando, adaptado a la Ley General Tributaria (B.O.E. 24 de julio), artículos 24 y ss.

— Disciplina del Mercado (Decreto 17 de noviembre de 1966), artículos 5 y 6 (B.O.E. 15 de diciembre) (y Decreto-Ley 12/1973, de 3 de noviembre) art. 7,4 (*Boletín Oficial del Estado* 1 de diciembre).

— Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966 (B.O.E. 19 de marzo), artículos 69 y 70.

— Ley de Espectáculos, de 22 de julio de 1967 (*Boletín Oficial del Estado* 24 de julio) artículo 1,3.

— Ley de Minas, de 21 de julio de 1973 (B.O.E. 24 de julio), artículo 121.

— Ley de Investigación y Explotación de Hidrocarburos, de 27 de junio de 1974 (B.O.E. 29 de junio y 6 de julio —corrección de erratas—), artículo 81.

Estas leyes —sobre todo la de Orden Público y la de Disciplina del Mercado— se aplican con frecuencia y con números de muchos ceros.

Especial cuantía e importancia han adquirido recientemente las multas impuestas a sacerdotes por homilías pronunciadas en iglesias, sin manifiesta alteración del orden público. La revista *Vida Nueva* (41) detalla el nombre y apellidos de los sacerdotes multados últimamente; en menos de tres años, la suma total supera los once millones de pesetas. También se imponen voluminosas sanciones económicas a los que se declaran en huelgas de hambre, a quienes se manifiestan o reúnen sin cumplir los requisitos legales, a quienes publican dentro o fuera de España declaraciones tendenciosas, etc.

(41) «Revista Vida Nueva», núm. 972 (8 marzo de 1975), pp. 8 s. (360 s.).

II. 3. RELACIÓN DE LA MULTA ADMINISTRATIVA CON LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD.

En el supuesto de impago de la multa administrativa, los teóricos propugnan su no convertibilidad en sanción privativa de libertad y colocan aquí una de las diferencias entre la sanción administrativa y la penal. Según los tratadistas, la autoridad competente para imponer la prisión subsidiaria en materia de policía general, o de seguridad, debe ser sólo la autoridad judicial (42).

La legislación española, en el campo de policías especiales, no suele admitir la sanción privativa de libertad como subsidiaria de la multa (salvo disposición expresa en contrario); pero, en el campo de policía general, sí la admite: artículo 22 de la Ley de Orden Público, artículo 24,4, de la Ley de Contrabando, Decreto 2166/1964, de 16 de julio, etc.

Esta concesión legal opuesta a la teoría del Derecho y a ciertas normas consideradas de rango constitucional tiene, desafortunadamente, antecedentes muy enraizados en España, y que van desarrollándose cada día más (43). Durante el siglo XIX y las primeras décadas del XX bastantes multas administrativas pueden ser sustituidas por una privación de libertad en caso de impago, como responsabilidad personal subsidiaria. Claramente el Real Decreto de 18 de mayo de 1853, en la disposición cuarta, permite a los alcaldes «imponer gubernativamente la pena de arresto por sustitución y apremio de la multa, con su-

(42) MARTÍN-RETORTILLO, L.: *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1973. IDEM: *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, en «Problemas actuales de Derecho penal y procesal», Salamanca, 1971, pp. 9-18.

(43) PARADA VÁZQUEZ, J. R.: *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en «Rev. Administración Pública», núm. 67 (1972), pp. 41-93.

jeción a lo dispuesto en el artículo 504 del Código Penal de 1850, sólo cuando los multados fuesen insolventes, y no pudiendo en ningún caso escuder (sic) de quince días el tiempo del arresto». Según el citado artículo 504: «Los penados con multa que fueren insolventes serán castigados con un día de arresto por cada duro de que deban responder.

Cuando la responsabilidad no llegare a un duro, serán castigados, sin embargo, con un día de arresto.

Por las otras responsabilidades pecuniarias en favor de tercero serán castigados con un día de arresto por cada medio duro.»

La Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933 (art. 18), amplía el plazo (que podríamos decir tradicional) de quince días hasta un mes. (Este arresto subsidiario lo decreta el juez, requerido por la autoridad gubernativa.) La Ley de Orden Público de 1959 mantiene el límite del mes. Pero, su reforma de 21 de julio de 1971 (art. 22) lo alarga hasta tres meses.

Mayores ampliaciones introducen la Ley de Delitos Monetarios, de 24 de noviembre de 1938 (*B. O. E.* 30 noviembre), y la Ley de Contrabando, de 16 de julio de 1964. Aquélla permite que la privación de la libertad sustitutoria llegue al año, y ésta a los cuatro años (art. 24).

Las normas referentes a la circulación de vehículos de motor condicionan expresamente la responsabilidad personal subsidiaria a la circunstancia de que no haya sido posible hacer efectiva la multa por vía de apremio.

El artículo 268 del Código de la Circulación, en su número II, dice: «Si el obligado al pago de la multa no lo realiza en el plazo..., se remitirá al Juzgado Municipal o Comarcal que corresponda copia auténtica de la resolución para que haga efectivos la multa y recargo a que haya lugar.

El Juzgado acusará recibo y estará obligado a verificar la exacción y a remitir su importe a la Jefatura Provincial de Tráfico o Alcaldía, dando cuenta del expediente cada dos meses y aplicando, en su caso, lo dispuesto en el artículo 91 del Código Penal.»

La Inspección Central de Tribunales, en *Nota Servicio* del 25 de mayo de 1973, interpreta ese artículo 268 del Código de la Circulación en el sentido de que «... la remisión que aquel precepto reglamentario hace al artículo 91 del Código Penal, está condicionada no sólo al hecho de que no se satisfaga la sanción voluntariamente, sino a la circunstancia de que no haya sido posible hacerla efectiva por vía de apremio ante la insolvencia del infractor obligado a pagar».

II. 4. COMENTARIO GENERAL.

Las multas que puede imponer actualmente la administración española merecen un comentario detenido (creemos que esta parte del Derecho administrativo es quizá la menos madura científicamente), pero aquí nos limitamos a indicar tres puntos: A) las multas dirigidas a la autoprotección de las instituciones administrativas entran dentro del Derecho Administrativo; B) las multas heteroprotectoras —excepto si son de poca cuantía e importancia— no pertenecen al Derecho Administrativo, pues rebasan la competencia subjetiva (a pesar de la tradición de algunas normas hispanas en este sentido) y la competencia objetiva, por su excesiva cuantía pecuniaria, y C) ninguna multa administrativa debe sustituirse (en caso de impago) por sanciones privativas de libertad. Al final indicaremos varias soluciones *de lege ferenda* para resolver algunos problemas que plantean las multas administrativas.

A) A la luz de los principios generales del Derecho y del Derecho comparado (especialmente del europeo) (44) se reconoce la conveniencia de que la autoridad administrativa imponga sanciones pecuniarias a los administrados que perturben el desenvolvimiento de las propias instituciones. Pero, ningún argumento sólido legitima a la autoridad administrativa para imponer sanción grave (pecuniaria o no pecuniaria) para proteger el orden social en general. (Prescindimos aquí de las sanciones gubernativas leves por las faltas contra el orden público, las normas del tráfico rodado, etc.)

B) La legislación española, en sus normas de máximo nivel, llamémosle «constitucional», establece la prohibición de detenciones no judiciales superiores a setenta y dos horas, así como la prohibición de condenas que no sean impuestas por tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado. Los artículos 17, 18 y 19 del Fuero de los Españoles se expresan con claridad: «Nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia del Tribunal competente, y previa audiencia y defensa del interesado» (art. 19). En sentido parecido, la Ley Orgánica del Estado, en su artículo 31, establece que la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales..., corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia. Y, por fin, la Ley de Bases, Orgánica, de la Justicia, en su base 2.^a, norma 10, proclama que las autoridades administrativas (fuera de los casos de orden público) no podrán imponer sanciones privativas de libertad: sólo la autoridad judicial «podrá... imponer sanciones que impliquen privación de libertad».

(44) PARADA VÁZQUEZ: *El poder sancionador...*, pp. 61 ss.

Por tanto, según estas leyes de tan alto rango, la Administración carece de competencia subjetiva para ejercitar poderes sancionatorios generales.

Sin embargo, en España, ya desde el Antiguo Régimen, están vigentes y se aplican normas legales que regulan sanciones pecuniarias de elevada cuantía (y arrestos sustitutorios de larga duración) y, que, por tanto, se oponen a esas proclamaciones de la unidad de competencia punitiva. Esta oposición a la proclamada unicidad de competencia se explica por varias razones. Sobre todo, por fines políticos y por las dificultades de adaptación del Derecho Penal a las circunstancias de la vida cambiante.

Estos y otros motivos fundamentan la concesión a algunas autoridades administrativas (en concreto, a alcaldes y a gobernadores) de poderes bifrontes: administrativos y judiciales. En este sentido regulan ambos cargos el Decreto de 13 de junio de 1813, la Ley Provincial de 1823, la Ley Provincial de 2 de abril de 1845 (art. 4), el Real Decreto de Competencia de 31 de octubre de 1849, etcétera. El Real Decreto de 1849 se inclina en favor de un Gobernador frente al Juez de Primera Instancia, que reclamaba su competencia que (en principio) le confería el Código Penal de 1848, y establece con energía la competencia subjetiva de los alcaldes para «imponer multas gubernativamente como atribución necesaria para el desempeño de esas funciones...» Posteriormente, insisten en la misma orientación —criticada por los teóricos contemporáneos (45)— el Real Decreto de 18 de mayo de 1853, antes citado, y la Real Orden de 1 de agosto de 1871.

(45) Cfr. las voces «Corrección gubernativa» y «Multa» en ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1874, pp. 565-568, y t. IV, Madrid, 1876, pp. 246-250.

Durante la Dictadura se extendió la potestad sancionadora (que antes era exclusiva de los alcaldes y gobernadores) también a la autoridad gubernamental, por el Decreto-Ley de 18 de mayo de 1926. Esta ampliación se mantiene durante la república, según establece la Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933 (en desacuerdo con los artículos 28, 29 y 31 de la Constitución republicana). La actual Ley de Orden Público, de 1959 (con las modificaciones de 21 de julio de 1971), aumenta estas potestades, especialmente en sus artículos 18 y siguientes.

La Ley de Régimen Local (texto refundido de 24 de junio de 1955, artículo 260, apartado i), concede al gobernador civil la atribución de: «Sancionar los actos contrarios a las Leyes y a las disposiciones del Gobierno, al orden público, a la moral y disciplina de las costumbres y las faltas de obediencia y respeto a la autoridad...» En sentido semejante se expresan los artículos 23 y 24 del Estatuto de Gobernadores civiles (Decreto de 10 de octubre de 1958, *B. O. E.* 9 de diciembre) (46).

En cuanto a la *competencia objetiva*, conviene reflexionar si la autoridad administrativa, al imponer algunas sanciones pecuniarias, viola los principios generales teóricos respecto a los límites de la cuantía de la multa, rompe la proporcionalidad exigible entre la infracción y la sanción, y se aparta de la norma general del artículo 603 del Código Penal.

Algunas cuantías permitidas por la legislación especial rebasan el límite propuesto en el principio general del artículo 603 del Código Penal, según el cual, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales, en las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración... no se establecerán

(46) Sobre el procedimiento, cfr. Decreto 1704/1965, de 16 de junio.

penas mayores que las señaladas en el Libro III del Código Penal; o sea que, concretamente, en el supuesto de multa no se elevarán por encima de las diez mil pesetas (art. 28 del Código Penal).

Este artículo seiscientos tres —de formulación tan vaga, ecléctica y discutida— no cierra la puerta a supuestos excepcionales, pero sería equivocado convertir lo excepcional en lo normal. Además, resulta poco congruente que esos casos rebasen algunos límites que la doctrina y la ley imponen a las infracciones penales más graves. Por ejemplo, la Ley del Suelo (de 1956), en su artículo 215, 3, autoriza al Consejo de Ministros para imponer multas desde 250.000 pesetas, sin límite alguno; la misma Ley del Suelo (reforma de 1975), artículo 215 bis, autoriza a los gobernadores para imponer multas hasta 25 millones, al ministro hasta 50 y al Consejo de Ministros hasta 100 millones. La Ley de Disciplina del Mercado, artículo 6 (redactada conforme al Decreto 2693/1972, de 15 septiembre, *B. O. E.* 9 octubre) permite al Consejo de Ministros imponer multas a partir de cinco millones de pesetas, sin límite; la Ley de Hidrocarburos permite multas de cinco millones de pesetas; la Ley de Contrabando, artículo 30, no establece tope máximo a sus multas. Estos supuestos, además de superar los límites de la multa penal, pueden violar el precepto del Fuero de los Españoles que proscribe la confiscación (art. 32) (47) y, especialmente, al permitir penas de multa sin tope máximo determinado, pueden conculcar el principio de legalidad (*nulla poena sine lege*).

Las multas sin techo y cuya cuantía se determina en proporción con el resultado carecen de sólido fundamen-

(47) Excepcionalmente, la Ley de responsabilidades políticas, de 9 de febrero de 1939, en su artículo 8 admite, entre las sanciones económicas, «la pérdida total de los bienes».

to como sanción penal, pues ésta ha de tener en cuenta el desvalor de la acción y la culpabilidad del reo, mucho más que el desvalor del resultado. Esas multas, más que sanciones penales, deben considerarse y regularse como indemnizaciones de daños y perjuicios, como desde tiempos antiguos ha reconocido la ley y la teoría (48).

C) *Respecto a la privación de libertad subsidiaria*, la mayoría de los especialistas se oponen enérgicamente a que la autoridad gubernativa pueda imponer sanciones privativas de libertad (como subsidiarias de las multas impagadas) durante varios meses y aun durante varios años (49). En supuestos excepcionales, por política de desincriminación (como antes hemos insinuado), puede permitirse, quizá, la privación de libertad durante unos pocos días, pero nunca más de quince (50). Quien considere ilógico e injusto que una multa de cinco millones de pesetas sea sustituida por una privación de libertad de sólo quince días, ha de reflexionar si lo absurdo es la duración tan breve de la privación de libertad o la cuantía tan desorbitada de la multa. (Si ésta se estructura como indemnización, cambia radicalmente el problema.)

En teoría, la multa pretende vaciar las cárceles, pero en la práctica, a veces, las llena. El legislador debe tomar medidas para evitar que la multa sirva como medio para privar de libertad a personas que no pueden ser internadas por los cauces normales.

Las dificultades hasta aquí indicadas no encuentran fácil respuesta en la doctrina ni en la legislación españo-

(48) SCHAFER, S.: *Restitution to Victims of Crime*, Londres, Stevens, 1960, pp. 111 ss.

(49) SOLER, S.: *Derecho penal argentino*, t. II, 6.ª reimpresión, Buenos Aires, 1973, p. 390.

(50) «En las contravenciones la multa debería ser, salvo tal vez alguna rara excepción, la pena única». GARCÍA, B.: *Reforma de la pena de multa* (en Brasil), en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa», Buenos Aires, 1964, p. 573.

las. El Derecho comparado puede sugerir algunas soluciones parciales, como, por ejemplo, conceder con más frecuencia a la Administración la facultad de denuncia calificada ante el órgano judicial penal, regular recursos suspensivos contra la administración en supuestos de multas de cuantía elevada, sustituir la multa impagada por obligaciones o deberes distintos de la privación de libertad, y regular la multa con el sistema de días-multa.

Por ejemplo, la imposición de multas en cuantía desorbitada resultará más difícil (por más escandalosa) con el sistema de días-multa que con el sistema global tradicional. En este sistema se puede imponer medio millón de pesetas a un sacerdote, de clase media o pobre, por un sermón que no ha tenido consecuencias especiales. Pero, escandalizaría mucho a la opinión pública que se le impusiera a ese sacerdote una multa de cinco años, que sería la correspondiente al medio millón.

II. 5. CONCLUSIONES.

1. La autoridad gubernativa tiene facultad para imponer sanciones pecuniarias dentro de su ámbito de autotutela: el cumplimiento de los funcionarios y de los particulares de sus deberes con la Administración.

2. La normativa concreta de algunas sanciones pecuniarias administrativas está en oposición con lo establecido en las Leyes Fundamentales.

3. La autoridad gubernativa, *de lege ferenda*, carece de competencia subjetiva y objetiva para imponer sanciones pecuniarias graves para proteger el orden social en general.

4. Las multas administrativas deben imponerse según el sistema de días-multa.

5. Las multas administrativas, en supuestos de impago, no deben dar lugar a responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad. Si en casos muy excepcionales se admite la sustitución, su duración no debe prolongarse más de quince días.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALEKSEEV, N. S.: *Die Geldstrafe im sowjetischen Strafrecht*, en «ZStW», 1974, pp. 614-620.
- BLAS ZULETA, L.: *La multa penal. Especial consideración de los días-multa y la multa de composición*, en «Pretor», núm. 71 (1972), pp. 749-763.
- CASABO RUIZ, J. R.: En *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 134 ss.
- CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA: *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, 1950 (apénd. 1955).
- CÓRDOBA RODA, J.: En *Comentarios al Código Penal*, vol. II, pp. 283 s.
- CRAMER, P.: *Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten. Eine Einführung an Hand von Fällen*, Stuttgart, Kohlhammer, 1970.
- DANTE DE TOLLIS: *Della conversione delle pene pecuniarie in pene detentive*, en «Rassegna di studi penitenziari» (1965), I, pp. 155-165.
- DAVIES, M.: *Financial Penalties and Probation*. Home Office Research Studies, t. 5, Londres, 1970.
- DUPREEL, J.: *Les courtes peines de prison. Contributions à l'Etude des courtes peines privatives de liberté et des mesures répressives de nature à réduire leur application*, en «Rev. Droit pénal et de Criminologie» (1939), pp. 358 ss., 462 ss. y 568 ss.
- FOUCAULT, M.: *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- FROSALI, R. A.: *Pena pecuniaria. Diritto penale*, en «Novissimo Digesto Italiano», XII (Turín, 1965), pp. 847-850.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Independencia de la potestad sancionadora de la jurisdicción penal*, en «Rev. Administración pública», número 47 (mayo-agosto 1972), pp. 127-133.
- GRAVEN, J.: *La révision des concepts sur les courtes peines privatives de liberté et la peine pécuniaire*, en «Rev. pén. suis.» (1963), pp. 401-433.
- HORN, E.: *Alter Wein in neuen Schläuchen?*, en «Jurist. Zeitung» (1974), pp. 278 ss.

- KLUSSMANN, N.: *Das Geldstrafensystem des neuen Allgemeinen Teils des StGB und die Ratenzahlungsbewilligung*, en «*Neue Jurist. Wochensch.*» (1974), pp. 1275 ss.
- MOHAMED ALI HASSAN: *L'amende pénale dans les droits modernes et spécialement dans le Code pénal suisse*, Paris, L. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959.
- VON HENTIG, H.: *La pena, II. Las formas modernas de aparición*, Madrid, Espasa-Calpe, 1968, pp. 442 ss. Trad. de RODRÍGUEZ DEVEZA.
- KAISER, G.: *Kriminologie, Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, C. F. Müller, 2.^a ed., 1973.
- KRÜPELMANN, J.: *Die Bagatelldelikte. Untersuchung zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1966.
- LAW REFORM COMMISSION OF CANADA: *Working Papers 5 & 6, Restitution and compensation. Fines*, en «*Canadian Journal of Criminology and Corrections*», vol. 12 (abril 1975) especialmente pp. 27 ss.
- MARTÍN-RETORTILLO, L.: *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1973.
- MARTÍN RETORTILLO, C.: *La multa gubernativa*, en «*Rev. de Derecho Público*» (1934), pp. 171 ss.
- NEYMARK, E.: *La peine d'amende. L'amende et sa place dans la politique criminelle contemporaine*, en «*Rev. Droit Pén. Crim.*» (1928), pp. 929-962 y pp. 1053-1093.
- PALOMAR, M., y DE ROVIRA, A.: *Las multas municipales en el Derecho español* (Disciplinarias, gubernativas, fiscales y contractuales), Barcelona, Edic. Palestra, 1960.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R.: *El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal*, en «*Rev. Adm. Pública*», núm. 67 (1972), pp. 41-93.
- RÜPING, H.: *Geldstrafe und Busse. Zur Entwicklung der öffentlichen Strafe*, en «*ZStW*», 1973, pp. 672-695.
- SCHAFER, S.: *Restitution to Victims of Crime*, London, Stevens, 1960.
- SILVA MELERO, V.: *El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporáneas*, en «*Anuario D. P.*» (1960), pp. 27-35.
- SOFTLEY, P.: *A Survey of Fine Enforcement*. Home Office Research Studies, t. 16, London, 1973.
- STENNER, D.: *Die kurzfristige Freiheitsstrafe und die Möglichkeiten zu ihren Ersatz durch andere Sanktionen*, Hamburg, 1970.
- STRAHL, I.: *Les jours amendes dans les pays nordiques*, en «*RSCrim.*», núm. 1 (1951), pp. 59-67.
- THORNSTEDT, H.: *Skandinavische Erfahrungen mit dem Tagessussensystem*, en «*ZStW.*», 1974, pp. 595-613.

TRÖNDLE, H.: *Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme ihrer Durchsetzung unter besonderer Berücksichtigung des Tagessatzsystems*, en «ZStW.», 1974, pp. 545-594.

VERRI, P.: *I militari e i diritti dell'uomo*, en «Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre», XII-2 (1974), pp. 173-267.

ZIPF, H.: *Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland*, en «ZStW.», 1974, pp. 513-544. IDEM: *Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Berlin, Luchterhand, 1966. IDEM: *Die Rechtsfolgen der Tat im neuen Strafgesetzbuch*, en «Juristische Schulung» (1974), pp. 137 ss.



JOSE RAMON CASABO RUIZ

**Profesor Agregado de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia**



**Consideraciones acerca de la reciente
ampliación del artículo 549 del Código Penal**



Acaba de aprobarse en las Cortes otra reforma del Código penal, una más de las que con prodigiosa frecuencia se están produciendo en los últimos tiempos. En esta ocasión afecta al capítulo VIII del título XIII del libro II, que trata del incendio y otros estragos, concretamente de su artículo 549, al que se añade un nuevo párrafo, el 3.º, donde se castiga con la pena de presidio mayor «a los que incendiaren un bosque con riesgo de que se propague a casa habitada o edificio en el que habitualmente se reúnan varias personas, cuando el daño causado excediere de 50.000 pesetas».

Esta modificación ofrece la rara particularidad de que no tuvo su origen en el Gobierno, como es lo usual, sino que surgió a iniciativa de las propias Cortes. Un grupo de procuradores presentó una proposición de ley al respecto que fue tomada en consideración por la Comisión de Justicia y que, en última instancia, determinó la reforma objeto de las presentes consideraciones.

Las razones que impulsaron a los procuradores para presentar su propuesta son fácilmente imaginables. Los incendios forestales han pasado a convertirse en una auténtica preocupación nacional, tanto por su frecuencia como por su magnitud. Desde la hospitalaria Galicia hasta las calurosas tierras de Valencia, se sufre cada año el azote del fuego que arrasa hectáreas y hectáreas de bosque, destruyendo árboles que significan no sólo el tra-

bajo del hombre, sino el fruto de años de paciente y onerosa espera.

La importancia de estos incendios es tal, que los procuradores, en la breve introducción que acompaña a su propuesta, indican acerca de su número y extensión «que en los dos últimos años ha llegado a afectar a una superficie cuantitativamente similar a la que ha sido objeto de repoblación». Es decir, que se está asistiendo al hecho realmente lamentable de que, como subrayan los procuradores, cada año se anula o se aminora notablemente «el laudable esfuerzo realizado al efecto por la administración forestal y los particulares». No cabe la menor duda de que existe, o al menos parece existir, conciencia en la sociedad de la gravedad de los incendios forestales que calcinan nuestros montes, y esto no sólo por las campañas publicitarias al respecto. Los árboles son incluso hoy, y pese a los plásticos, una materia de primera necesidad de la que este país es francamente deficitario. Sin embargo, una y otra vez, particularmente en el estío, presenciamos el hecho de que los incendios aparecen y se expanden.

Ante este problema, varios procuradores presentaron en las Cortes una proposición de ley mucho más extensa de lo que a la vista de lo aprobado pudiera pensarse. La reforma sugerida afectaba a los artículos 549, 550, 551, 552, 553 y 565. Las modificaciones eran de desigual trascendencia, así se proponía doblar el valor económico de los bienes, las 25.000 o las 5.000 pesetas «por el progresivo deterioro del signo monetario», actualización que se llevó a cabo antes de discutirse esta proposición por la Ley 39/1974, de 28 de noviembre. Otras suprimían algún requisito, como el de que el edificio de que habla el artículo 550-2.º estuviera «en poblado», o modificaban su redacción como la de sustituir el elemento

de que el sujeto incendiare el edificio «ignorando si había o no gente dentro», del párrafo 2.º del artículo 549, por el de «creyendo el agente que los mismos estaban deshabitados».

Pero junto a las anteriores peticiones se recogían dos que sobresalen por su importancia referidas, respectivamente, al incendio imprudente y doloso. Para aquél se preveía adicionar un inciso, que sería el segundo, al artículo 565 con el siguiente tenor: «A estos efectos se considerará temerario el abandonar o depositar en bosques, montes, plantaciones o mieses alguna materia comburente, dando con ello causa a un incendio.» Audaz era la introducción, no sólo por cuanto se alteraba una materia que procede nada menos que de 1848, sino, también, porque substancialmente se modificaba el planteamiento de la imprudencia.

Sobradamente conocido es que para la doctrina, la culpabilidad constituye un elemento subjetivo por esencia en el que hay que atender a las particulares circunstancias concurrentes en el sujeto cuando lleva a cabo la acción. El mayor o menor grado de imprudencia, el que sea temeraria o simple, no puede obedecer a baremos objetivos ajenos a la peculiar situación en que se encontraba el sujeto. Esto es algo que, por sabido, puede considerarse enojoso insistir en su exposición. Es más, en la actualidad denodadamente se busca perfeccionar el Derecho penal con una más clara y diáfana sujeción al principio de culpabilidad, frente a las reminiscencias de responsabilidad por el resultado, aún existentes en las legislaciones contemporáneas. Las críticas al *versari* son constantes por parte de todos los autores con independencia de su adscripción a una u otra escuela, a una u otra línea doctrinal.

Cuando todo hacía concebir la esperanza de que en un futuro más o menos próximo, pero cierto, desaparecerían los residuos de responsabilidad objetiva, negadores del esencial principio de «ninguna pena sin culpabilidad», de pronto el panorama español se encuentra ante la aparición de esta asombrosa propuesta, que, afortunadamente, aun cuando no sin seria resistencia, quedó frustrada. De prosperar, el juez se hubiera encontrado ante el imperativo legal de tener que punir como imprudencia temeraria toda conducta consistente en «abandonar o depositar en bosques, montes, plantaciones o mieses alguna materia comburente, dando con ello causa a un incendio». No puede negarse la estupefacción que produce el simple planteamiento de tal posibilidad. El que automáticamente hubiera de apreciarse la forma culposa más grave por el simple dato externo de arrojar una materia que contribuye a la producción de un incendio, quiebra por completo las reglas mínimas a las que ha de someterse un Derecho penal respetuoso con la dignidad humana. Pero el asombro crece, si esto fuera posible, cuando se lee detenidamente la proposición. Del texto se deduce, y la redacción parece no ofrecer duda alguna, que ni siquiera se exige que la acción del sujeto sea la causa directa e inmediata del incendio. Nótese cómo, por una parte, se habla de abandonar o depositar materia «comburente», y, por otra, que con ello se dé causa a un incendio. Es decir, ni siquiera se exige que la conducta del sujeto sea la causa del fuego, basta que con ella se dé esta causa. Parece imposible que un texto tan breve recoja con tanta fidelidad el criticado y reprochable principio del *versari in re illicita*. Hay que hacer un esfuerzo para convencerse de que se trata de un texto de nuestros días y que no está tomado de un fuero medieval.

Según la propuesta, quien en una excursión campestre abandona, por ejemplo, una botella de vidrio con la mala fortuna que, por su posición respecto del sol, actúa de lente convergente de sus rayos y que por la más negra de las desdichas el viento lleva a tal foco un papel fácilmente combustible, o una hoja seca, que se prende fuego y éste es extendido a los árboles por valor de más de 2.500 pesetas —o 5.000 después de la última reforma—, llevaría a cabo necesariamente una imprudencia temeraria a la que habría de aplicar la pena de prisión menor. Realmente onerosa resultaría la excursión campestre y el abandono de la botella; mucho más le hubiera valido no dejar el asfalto ciudadano o, por lo menos, haber empleado recipientes de materia plástica, siempre y cuando no puedan ser elementos «comburentes». No hay más remedio que admitir que con la propuesta no se buscaba una mejor protección de la vida humana o su integridad, sino simplemente proteger la riqueza forestal. Es decir, que para la modalidad imprudente el bien jurídico de mayor importancia, o el más enérgicamente defendido, hubiera pasado a ser la propiedad sobre bosques, montes, plantaciones o mieses. Volviendo al ejemplo anterior, más beneficioso resultaría para el sujeto lanzarse con su automóvil por la vía pública y conducir alegremente, ya que, por muchas víctimas humanas que hubiera causado con su negligente proceder, siempre le cabría la esperanza de ser castigado por imprudencia menos grave que la temeraria, lo que era imposible de haber dado causa a la producción de un incendio de unos cuantos árboles con el malhadado abandono de la botella. Afortunadamente para los pacíficos amantes de las excursiones campestres, la propuesta no fue aprobada.

Pero la protección de la propiedad forestal se ampliaba asimismo respecto de los incendios dolosos. A tal fin, el incendio de mieses, pastos, montes o plantíos, cuando el daño causado excedía de 50.000 pesetas pasaría a castigarse con la pena de presidio mayor, en vez de la de presidio menor como hasta entonces. En otras palabras, el párrafo 2.º del artículo 551 se convertiría en el 3.º del 549.

La ponencia se opuso, asimismo, a esta traslación, pero tras viva polémica se llegó a la fórmula de compromiso que constituye el texto definitivamente aprobado. En él se habla tan sólo de los bosques, dejando inalterado el párrafo segundo del 551, y se introduce además la exigencia de que el incendio del bosque lo sea «con riesgo de que se propague a casa habitada o edificio en el que habitualmente se reúnan varias personas». El fundamento de este requisito se encuentra en la propia sistemática del capítulo dedicado al incendio y otros estragos. Como se ha venido indicando desde los primeros comentaristas, el código sigue una escala de gravedad de mayor a menor. Actualmente, el 547 señala la pena de reclusión mayor; el 548, la de reclusión menor, y el 552, arresto mayor. Esta distinta valoración del incendio viene determinada, por regla general, ya que no puede decirse de todos los casos, por el mayor o menor peligro que hayan corrido las personas. Así, se castiga con la máxima pena privativa de libertad el incendio de un edificio destinado a reunión «cuando se hallare dentro una concurrencia numerosa», en cambio, se establece la de reclusión menor cuando el incendio del edificio se lleva a cabo «sabiendo que dentro se hallaban una o más personas». A medida que el riesgo para las personas se reduce, no sólo se disminuye la pena, sino que ya se tiene en cuenta el valor del daño causado por

el incendio. En este sentido, se prevé presidio mayor para quien incendie un edificio «en que habitualmente se reúnan diversas personas, ignorando si había o no gente dentro, o un tren de mercancías en marcha, si el daño causado excediere de 50.000 pesetas», y la de presidio menor cuando este mismo daño no sobrepasare las 50.000 pesetas. En principio, por tanto, parece bastante claro que la ley recoge penas tan graves en atención al peligro corrido por las personas, lo que parece realmente lógico. Sin embargo, esto no es totalmente cierto desde el momento en que se determina la pena de reclusión mayor a quien incendie un «archivo o museo general del Estado —es curiosa e inexplicable esta limitación a sólo los museos del Estado—, o la de presidio mayor para todo incendio de edificio público si el valor del daño excede de 50.000 pesetas. Ciertamente no se comprende cómo puede decretarse nada menos que la pena de presidio mayor por el incendio de un edificio público aunque no suponga ni el más mínimo peligro para una sola persona.

La reforma que acaba de producirse, en vez de mejorar, ha venido a agravar esta situación, a empeorar tales anomalías sistemáticas. En primer término, porque el objeto sobre el que recae el incendio ya ni siquiera se exige que sea un lugar en el que generalmente hay personas, como edificios, trenes, etc., sino que es un bosque, produciéndose con ello una equiparación difícilmente admisible. En segundo, porque el peligro para las personas, que aparecía como más inmediato en los otros supuestos del artículo 549, queda reducido al simple riesgo de que el fuego se propague a edificio en que habitualmente se reúnen varias personas. En tercer lugar, porque dada la formulación del precepto, también aquí aparece la responsabilidad objetiva. La pena se aplica por el hecho de que con el incendio doloso del bosque, objetivamen-

te se cree el riesgo de que se propague a casa habitada o edificio en el que habitualmente se reúnen varias personas, por tanto, la pena no dependerá de la mayor o menor culpabilidad del sujeto, sino de factores que le son totalmente extraños, como pueden ser la falta de un buen servicio contra incendios o un viento favorable a la propagación. Además, la voz riesgo resulta sumamente imprecisa, pues lo que para algunos jueces o en algunas circunstancias supondrá el riesgo, para otros no lo será. La misma acción se calificará de distinta manera según el resultado a que se ha llegado.

Por otra parte, no deja de sorprender el que resulte más severamente castigado este incendio del bosque que el de un edificio destinado a habitación en lugar despoblado, o en poblado un edificio no destinado a habitación que, por la propia naturaleza de las cosas, son de por sí más graves.

A modo de inciso, hay que destacar la inconsecuencia de la reforma, que modifica el capítulo dedicado al incendio y no cuida en subsanar el grave error de redacción del párrafo 2.º del artículo 550, señalado reiteradamente por la doctrina. Del tenor literal de este párrafo se desprende la absurda impunidad cuando el daño causado exceda de 50.000 pesetas, sancionándose con prisión menor si no alcanza tal cantidad. El origen de este error se encuentra en el Código penal de 1944, que introdujo la partícula «no» cuando en realidad debiera haberse omitido, tal y como ocurría en los Códigos penales anteriores, porque no estaba prevista en la Ley de Bases. Por consiguiente, y de acuerdo con el principio de legalidad, habría que considerar como inexistente la partícula «no», pues su origen no se encuentra en una ley, sino en un simple decreto que desarrolló la Ley de Bases. Pese a lo expuesto, nada hubiera resultado más ló-

gico que aprovechar la reforma para subsanar el defecto; sin embargo, esto no fue así.

Junto a las anteriores consideraciones no puede silenciarse el hecho de que por la reforma se castiga con la pena de presidio mayor el incendio de un bosque con las características reseñadas. Esta pena de presidio mayor, inútil resulta recordarlo, tiene nada menos que la duración de seis años y un día a doce años, lo que supone una gravedad manifiesta. Gravedad que adquiere mayor relieve si se tiene en cuenta que es la pena prevista para un homicidio frustrado o para las lesiones por las que el ofendido queda imbécil, impotente o ciego, o incluso cabe decir que es más severa, ya que el presidio mayor lleva una pena accesoria superior a la de prisión mayor.

No puede desconocerse la importancia que para el país tiene la propiedad forestal, pero resulta más que dudosa la proporción entre el mal de este delito y la pena con la que se le castiga. En definitiva, parece que el legislador se haya dejado llevar por la finalidad de prevención general: se agrava la penalidad para evitar la proliferación de los incendios de bosques. He aquí, una vez más, la prueba de lo peligroso que resulta defender teorías que, con la mejor intención, pueden dar cobertura doctrinal a supuestos cuya justicia resulta cuestionable, por conducir a la espiral de la agravación.

El Derecho penal nunca puede ser instrumento idóneo para evitar la repetición de los incendios; esto es materia propia de otras ramas jurídicas a las que corresponde remover las posibles causas de los males. Parece necesario replantear, de modo realista, los obstáculos que existen para la explotación de la propiedad forestal por parte de su titular o, incluso, la superabundancia de cotos de caza privados que, al parecer, han sido motivos influyentes en la proliferación de los fuegos. La finalidad

preventiva no es consustancial al Derecho penal, sino algo accesorio; a las leyes criminales no les corresponde directamente la tarea de prevenir los delitos, sino simplemente castigarlos. La prevención debe llevarse a cabo desde otros sectores del ordenamiento jurídico. Qué duda cabe que esto resulta mucho más difícil y complejo, pues más sencillo es acudir a la agravación de las penas, pero, a la larga, siempre ha tenido mayor eficacia la remoción de las causas que el aumento del castigo.

Por último, no puede ocultarse la sorpresa que produce la aparición de esta reforma en un momento en que la sociedad española está sufriendo una profunda transformación, ya que de una economía basada en la producción agrícola y ganadera se está pasando rápidamente a otra de carácter industrial, en la que el comercio y la industria cada vez tienen mayor importancia como base de la riqueza nacional. Sin embargo, ni la reforma ni el Código penal reflejan el cambio producido en la sociedad española. Aun en nuestros días, el 90 por 100 de los artículos del Libro III recogen conceptos tales como frutos, mieses, legumbres, ramajes, rastros, ganado, etc., incluso se determina la multa por cabeza de ganado, según fuere vacuno, caballar, etc., del mismo modo a como ocurría en 1848. El Derecho penal no ha sabido, o no ha podido, porque también los intereses son muchos, adaptarse a la nueva realidad social y esto explica el que haya quedado desbordado por otras ramas jurídicas. Para comprobarlo, basta comparar la exigua normativa penal sobre la industria y el comercio, con la proliferación de normas administrativas al respecto. Ha llegado ya el momento en que la disonancia entre la realidad social y la legislación penal se ha convertido en insoportable, por ser fuente permanente de injusticias. En esta línea debieran situarse las reformas del Código penal.

JOSE CEREZO MIR

**Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Zaragoza**



**Límites entre el Derecho Penal
y el Derecho Administrativo**



LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL RESTO DE LOS SECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

La delimitación del Derecho Penal de los restantes sectores del ordenamiento jurídico presenta dificultades cuando se trata de realizar en el plano material. Surge entonces el problema de distinguir materialmente lo ilícito penal, de lo ilícito civil, administrativo, etc. La distinción material de la pena de las restantes sanciones del ordenamiento jurídico no es tampoco tarea fácil (1).

El problema del concepto material del delito surge por primera vez históricamente en la Ilustración (2). Hasta entonces no pudo plantearse, pues, dada la fundamentación religiosa del pensamiento jurídico, el delito era concebido unánimemente como rebelión contra el orden es-

(1) En el plano formal la delimitación no presenta dificultades. Según el artículo 26 del Código Penal: «No se reputarán penas: 1.º La detención y la prisión preventiva de los procesados. 2.º La suspensión de empleo o cargo público acordada durante el proceso o para instruirlo. 3.º Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias impongan los superiores a sus subordinados o administrados. 4.º Las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles. 5.º La privación del permiso para conducir vehículos de motor, acordada durante el proceso.»

(2) Véase MAYER, H.: *Strafrecht*, 1953, pp. 50 y ss.

tablecido por Dios. El problema se plantea al escindirse en la Ilustración los sectores culturales de la religión, la moral y el Derecho.

El intento más serio de distinción material de lo ilícito penal y lo ilícito civil se debe a los filósofos idealistas alemanes. Para HEGEL y KANT el delito es esencialmente distinto de lo ilícito civil. El delito es una rebelión contra el orden exigido por la razón moral y no se reduce, por tanto, al menoscabo de los intereses o derechos del individuo o de la sociedad (3).

Esta distinción de los filósofos idealistas alemanes entre delito e ilícito civil era más bien una distinción en el plano de la valoración filosófico-jurídica que en el de la construcción jurídica. MERKEL y BINDING pudieron objetar, por ello, con éxito, a los idealistas alemanes que no habían podido precisar un carácter distintivo estructural de lo ilícito penal y civil (4).

La concepción material de la antijuridicidad como lesión o peligro de los bienes jurídicos protegidos no permite establecer tampoco una distinción entre lo ilícito penal y civil, pues el concepto de bien jurídico no puede ser reducido al ámbito del Derecho Penal. Lo mismo sucede con el concepto de la antijuridicidad como dañosidad social (5). Dañosos son también lo ilícito civil o administrativo (6).

(3) Véase MAYER, H.: *Strafrecht*, 1953, p. 51.

(4) Véase MAYER, H.: *Strafrecht*, 1953, p. 51; MERKEL, A.: *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, I, pp. 4 y ss., y BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung*, reimpression de la 4.ª ed. de Leipzig, 1922, Scientia Verlag Aalen, 1965, I, pp. 237 y siguientes.

(5) Véase MERKEL: *Derecho Penal*, traducción del alemán por P. Dorado Montero, Madrid, «La España Moderna» (sin fecha), pp. 5 y ss.; CASTEJÓN, F.: *Teoría de la continuidad de los Derechos Penal y Civil*, Madrid, Reus, 1913, pp. 13 y ss., y LISZT, V.: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 24 ed. (publicada por Eb. Schmidt), Walter de Gruyter, Berlín - Leipzig,

La distinción material de la pena de las sanciones de otros sectores del ordenamiento jurídico presenta también dificultades. La pena y las medidas de seguridad del Derecho Penal se diferencian de otras sanciones semejantes por tener como presupuesto necesario el delito y por tener que ser impuestas por jueces independientes en un proceso, según las reglas del Derecho Procesal Penal (artículo 80 del Código Penal, art. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 8.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970). La pena se diferencia, además, de otras sanciones semejantes por su absoluta independencia (7). Puede ser impuesta sin perjuicio de la aplicación simultánea de otras sanciones. Esta simultaneidad no constituye una infracción del principio *ne bis in idem*. Problemática es, sin embargo, como veremos en seguida la posibilidad de concretar un carácter distintivo puramente material.

El problema de la distinción material del Derecho Penal de otros sectores del ordenamiento jurídico ha adquirido un interés actual con el intento renovado de deslindar del Derecho Penal criminal un Derecho Penal meramente administrativo y el Derecho Penal disciplinario.

1922, pp. 3 y ss. Acerca de la imposibilidad de hallar una distinción material entre lo ilícito penal y lo ilícito civil, véase CASTEJÓN: *Ob. cit.*, pp. 10 y ss., y JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, 3.ª ed., 1965, pp. 970 y ss.

(6) Una distinción estructural entre ilícito penal e ilícito civil o administrativo pretende realizar recientemente Stratenwerth (*Verantwortung und Gehorsam*, J. C. B. MOHR, Tübinga, pp. 174-176). Este señala, cómo fuera del Derecho Penal la lesión puramente causal de un bien jurídico puede ser antijurídica. En el Derecho Penal es precisa siempre, en cambio, la concurrencia del desvalor de la acción (dolo o inobservancia del cuidado objetivamente debido). Me parece problemático, sin embargo, que esta diferencia permita fundamentar una distinción cualitativa y no meramente cuantitativa de lo ilícito penal.

(7) Véase MAURACH: *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 4.ª ed., 1971, p. 6.

El problema de la distinción de lo ilícito administrativo y lo ilícito penal se plantea por primera vez en el Estado liberal. En el Estado policía del despotismo ilustrado no es posible distinguir claramente el Derecho Penal del Derecho Administrativo. No hay sino una división de funciones entre los tribunales y las autoridades administrativas (8). Con el advenimiento del liberalismo el Derecho Penal habría de convertirse en uno de los exponentes más finos del Estado de Derecho, al quedar vinculado el ejercicio del *ius puniendi* al principio de legalidad de los delitos y las penas. La distinción sustancial entre delito e ilícito administrativo se hizo necesaria (9).

Con el advenimiento del liberalismo social a fines del siglo pasado y el crecimiento constante de la actividad administrativa del Estado el problema de la distinción de lo ilícito administrativo y lo ilícito penal adquirió una importancia cada vez mayor (10). El Estado no podía renunciar a los medios coactivos para imponer la realización de su actividad administrativa. Con ello surgía, sin embargo, el peligro de una hipertrofia del Derecho penal. Esta extensión desmesurada del Derecho penal era censurable desde el punto de vista material, al dar

(8) Véase MAURACH: *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 4.^a ed., 1971, pp. 14 y ss.

(9) FEUERBACH fue quien primero intentó establecer una distinción conceptual entre lo que él llamaba delito contra el Derecho y mero delito de policía. El primero estaría constituido por la lesión de los derechos privados de los ciudadanos, garantizados recíprocamente por el contrato social. El delito de policía no infringiría, en cambio, ningún derecho anterior al contrato social, sino que iría dirigido contra el Estado. Véase MAYER, H.: *Strafrecht*, 1953, p. 72.

(10) Véase MAURACH: *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 4.^a ed., 1971, p. 15.

lugar a la inclusión en su ámbito de conductas no punibles y desde el punto de vista práctico, pues conducía a un exceso de trabajo de los tribunales.

GOLDSCHMIDT (11) propuso, en Alemania, para resolver este problema la segregación de un Derecho penal meramente administrativo del cuerpo del Derecho penal criminal. Para ello sugirió varios criterios sustanciales de distinción de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo. Su doctrina fue desarrollada y dotada de una fundamentación filosófico-jurídica por ERIK WOLF (12). Su ulterior desenvolvimiento en nuestros días se debe fundamentalmente a EB. SCHMIDT, LANGE, MICHELS y BOCKELMANN (13).

(11) GOLTSCHMIDT, J.: *Das Verwaltungsstrafrecht, Eine Untersuchung der Grenzgebiet zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpresión de la ed. de Berlín 1902, «Scientia Verlag Aalen», 1969. Una exposición detallada de la doctrina de GOLDSCHMIDT formulada en la obra anteriormente citada y otros trabajos posteriores, difícilmente asequibles, en HIPPEL, R. v.: *Deutsches Strafrecht*, reimpresión de la ed. de Berlín 1930, «Scientia Verlag Aalen», 1971, tomo 2, pp. 106 y ss.

(12) WOLF, E.: *Die Stellung der Verwaltungsdelikte in Strafrechtssystem*, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, reimpresión de la ed. de Tubinga 1930, «Scientia Verlag Aalen», 1969, pp. 518 y ss.

(13) SCHMIDT, E.: *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, 1950, Beihefte zur Deutscher Rechtszeitschrift, Heft 11, 1950, y *Empfiehl es sich, die Dreiteilung der strafbaren Handlungen beizubehalten? Nach welchen Gesichtspunkten ist das kriminelle Unrecht vom Verwaltungsunrecht abzugrenzen? Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, tomo I, Grundsatzfragen, Bonn, 1956, pp. 333 y ss. LANGE: *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, «Juristenzeitung» 1956, pp. 519 y ss., y *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, «Juristenzeitung», 1957, pp. 233 y ss. MICHELS, H. G.: *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Versuch einer materialen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, Berlín, Walter de Gruyter, 1963. BOCKELMANN, *Umwandlung der Werkehrübertretungen in Ordnungswidrigkeiten. Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo, 1967, pp. 165 y ss., y *Möglichkeiten und Grenzen der Zivilisierung des Verkehrs durch das Mittel der Strafe*, *lug. cit.*, pp. 117 y ss.

En nuestro país el problema se ha planteado de un modo diferente, pues el aumento de la actividad administrativa del Estado no dio lugar a una hipertrofia del Derecho penal, como en los restantes países europeos (Alemania, Francia, Italia), sino al desarrollo de un desmesurado poder sancionatorio de la Administración misma (14). En nuestro país se reclama no una despenalización o segregación de un Derecho penal administrativo del cuerpo del Derecho penal criminal, sino una desadministrativización de la actividad sancionatoria de la Administración (15) o al menos la sujeción de la misma a algunos de los principios fundamentales del Derecho penal (principio de legalidad, de retroactividad de las leyes favorables y de culpabilidad) y la aplicación del principio *ne bis in idem* en relación con las sanciones penales y administrativas (16). El problema del deslinde material de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo es también fundamental desde esta perspectiva.

(14) Véase el trabajo fundamental de PARADA VÁZQUEZ, J. R.: *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, «Revista de Administración Pública», 67, enero-abril 1972, pp. 41 y ss.

(15) Véase PARADA VÁZQUEZ, *lug. cit.*, pp. 91-92, que considera que: «La solución más razonable... sería la de variar el orden jurisdiccional revisando ante la jurisdicción penal los actos sancionadores de la Administración, aceptando la posibilidad de interponer contra éstos recursos suspensivos» (p. 92). BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El Derecho Penal económico*. Un estudio de Derecho positivo español, separata del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid, 1973, pp. 121 y ss., que propone una interpretación restrictiva de la salvedad del artículo 603 del Código Penal, de modo que las sanciones administrativas superiores a las penas de las faltas sean penas y estén sujetas a las reglas del título III del libro I del Código Penal y no puedan ser impuestas por la Administración, sino por los Tribunales de justicia, mediante un procedimiento criminal.

(16) Véase, en este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *Libertad religiosa y orden público*, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 79 y ss., y *Sanciones penales y sanciones gubernativas. Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Salamanca, 1971, pp. 11 y ss. y 16 y ss.

Los delitos del Derecho penal criminal serían, según GOLDSCHMIDT (17), WOLF, LANGE, BOCKELMANN y MICHELS, delitos «naturales», «per se», «de Derecho natural», «previamente dados» o «metapositivos», mientras que los delitos administrativos serían «delitos artificiales» o «creados sólo por la voluntad del Estado». Esta distinción es inadmisibles. La historicidad, como dice WELZEL (18), es tan inseparable de la esencia del Derecho como de la esencia del hombre. No es posible hablar, por ello de delitos «naturales» o de «Derecho natural».

BOLEA FORADADA, J. A.: *Las cuestiones penales y el proceso contencioso-administrativo*, «Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza», año IV, núm. 15, 1 de octubre de 1964, pp. 16 y ss. DEL ROSAL, J.: *Ideas sobre la aplicación de los principios de Derecho Penal a la infracción tributaria*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1963, fasc. 1.º, pp. 12 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Presente y futuro del delito fiscal*, «Cuadernos Civitas», 1974, pp. 14 y ss.

(17) GOLDSCHMIDT partía, para distinguir lo ilícito administrativo y lo ilícito penal de la distinta situación en que es considerado el hombre en una y otra esfera. En el Derecho penal el hombre aparece como individuo dotado de voluntad autónoma, y en el Derecho administrativo, en cambio, como miembro de la sociedad al servicio de los fines del progreso social. El delito administrativo sería, según él, infracción del deber de colaboración. Este criterio de GOLDSCHMIDT no ha hallado eco, con razón, en la literatura jurídica (véase ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, Parte general, 1949, p. 9, y STAMPA, J.: *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, p. 60). En el Derecho administrativo el hombre es considerado también como ser responsable. Tanto en las leyes administrativas como en las penales el legislador declara qué acciones son lícitas e ilícitas y establece una línea de conducta para realizar el progreso social. Tampoco ha hallado eco el criterio propuesto por GOLDSCHMIDT de que el delito administrativo no sería un acto contra el Derecho —como el delito penal—, sino solamente un acto contra el orden administrativo (véase, a este respecto, MAYER, H.: *Strafrecht*, 1953, pp. 71 y 72, y *Strafrecht*, 1967, pp. 56-57, y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., p. 40).

(18) WELZEL: *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, «Juristenzeitung», 1956, p. 238, y «Juristenzeitung», 1957, p. 132, y *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* 4.ª ed., 1962. MAURACH afirma también la imposibilidad de reconocer la existencia de delitos naturales o éticos, socialmente a priori; véase *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 4.ª ed., 1971, p. 5.

Como consecuencia de la crítica de WELZEL, LANGE (19) ha precisado que su distinción de delitos «naturales» y «artificiales» no se fundamenta en una concepción iusnaturalista. LANGE quiere decir únicamente que delitos «naturales» o de Derecho penal criminal serán en cada momento histórico aquellas acciones delictivas que sean ético-socialmente relevantes o que tengan una significación cultural. El delito administrativo será siempre, según LANGE (20), una acción irrelevante para la ética social o culturalmente indiferente. Su opinión es compartida por EB. SCHMIDT (21), MICHELS (22) y MEZGER-BLEI (23).

Lo ilícito administrativo se agotaría, según estos autores, en la desobediencia de los mandatos y prohibiciones establecidos positivamente por el legislador. Sería un ilícito puramente formal. Lo ilícito del delito administrativo no estaría constituido por la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico, sino solamente por la lesión de un interés de la Administración. El peligro de los bienes jurídicos es, a lo sumo, *ratio legis* de la punición de estas conductas. Esta distinción cualitativa entre lo ilícito administrativo y criminal tendría luego su repercusión en la diversa función y estructura dogmática de la sanción administrativa y de la pena criminal. La san-

(19) LANGE: *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, «Juristenzeitung», 1957, p. 238; en este sentido, también MICHELS, *ob. cit.*, p. 78 y ss.

(20) Véase, también, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, «Juristenzeitung», 1956, pp. 75-79; *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, «Juristenzeitung», 1956, pp. 519, 521-23, y *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, «Juristenzeitung», 1957, pp. 233 y 237-8.

(21) SCHMIDT, E.: *Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 26-28.

(22) MICHELS: *Ob. cit.*, pp. 48 y ss.

(23) MEZGER-BLEI: *Strafrecht I, Allg. Teil*, 15 ed., 1973, pp. 5-6.

ción administrativa no tendría carácter retributivo o expiatorio; no sería expresión de un juicio valorativo ético-social. La sanción administrativa no tendría otro fin que apelar al desobediente y recordarle sus deberes (24).

La afirmación de que lo ilícito administrativo sea ético-social o culturalmente indiferente no me parece convincente (25). El legislador no establece sus mandatos y prohibiciones, como dice WELZEL (26), para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valiosos, o impedir la producción de un daño. Desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del

(24) Véase LANGE: *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, «Juristenzeitung», 1956, p. 521. WOLF: *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, p. 548. MICHELS: *Ob. cit.*, pp. 57 y ss. MEZGER-BLEI: *Strafrecht, I Allg. Teil*, 14 ed., 1970, pp. 5-6. BOCKELMANN: *Unwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, lugar cit., pp. 167 y ss. Según LANGE, el principio de la culpabilidad funciona aquí sólo como límite. En la medición de la pena, el criterio rector vendría suministrado por los fines racionales de estas leyes administrativas, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, lug. cit., p. 77. Según BOCKELMANN, la sanción administrativa puede tener un carácter retributivo, pero nunca es expresión de un juicio desvalorativo ético-social sobre el autor; lug. cit., pp. 168-69.

(25) Véase también, en este sentido, MAYER, H.: *Strafrecht*, 1953, pp. 56 y 73, y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, pp. 56-57. WELZEL: *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, «Juristenzeitung», 1956, pp. 238 y ss., y «Juristenzeitung», 1957, p. 132. JESCHECK: *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, «Juristenzeitung», 1959, p. 459, y *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., pp. 40-41. KAUFMANN, A.: *Das Schuldprinzip*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1961, pp. 136-37. KRÜMPPELMANN: *Die Bagatelldelikte*, Duncker-Humblot, Berlín, 1966, páginas 171 y ss. STRATENWERTH: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 30-31. SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, pp. 207-208. BAUMANN: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., pp. 33-34.

(26) Véase WELZEL: *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, «Juristenzeitung», 1956, pp. 238-240, y «Juristenzeitung», 1957, p. 132.

todo. La mayor parte de las veces es la lejanía del sector vital respectivo la que induce a creer a los juristas que lo injusto de una falta determinada es puramente formal. H. MAYER ha citado, entre otros, el ejemplo de la omisión de la lucha contra la oruga (que pone en peligro la cosecha de fruta del vecino diligente). Nadie podría decir que esta conducta sea ético-social o culturalmente indiferente. En el Derecho penal español, incluso las acciones constitutivas de las faltas contra el orden público y contra los intereses generales y régimen de las poblaciones (27) tendrán siempre una relevancia ético-social o cultural mayor o menor. El que esparce falsos rumores o usa de cualquier otro artificio ilícito para alterar el precio «natural» de las cosas (núm. 1.º del art. 574) contribuye a agravar las tendencias inflacionistas en la economía española. En algunos casos lo ilícito material puede ser, incluso, más grave que en ciertos delitos. Compárese, por ejemplo, las faltas del artículo 568, del número 2.º del artículo 574, del número 2.º del artículo 576 y de los números 3, 4 y 7 del 577 y el delito del artículo 340 bis c (en el caso de que el autor, carente de permiso de conducción, sepa conducir perfectamente) y el delito de daños del artículo 563. En el seno de una regulación jurídica puede haber normas puramente arbitrarias o creadas exclusivamente por la voluntad del Estado. Este es el caso, por ejemplo, dentro de la regulación del tráfico, de la norma que dispone que los vehículos han de circular por la derecha. En estos casos sólo la existencia de una ordenación está materialmente fundada, pero es indiferente el sentido de la misma. Los vehículos podrían circu-

(27) Son consideradas, en su mayor parte, por la doctrina española como ejemplos de meras infracciones de policía o administrativas; véase RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, I, 1955, pp. 10 y 11.

lar, en efecto, perfectamente por la izquierda (como en Inglaterra). Estas normas son siempre, sin embargo, parte integrante de una regulación jurídica más amplia fundamentada materialmente. El Derecho del tráfico, por ejemplo, tiende, sin duda, a proteger la vida humana, la integridad corporal y la propiedad. Una regulación jurídica arbitraria, sin fundamento material alguno, sería puramente despótica y debería ser extirpada de nuestro Derecho (28).

La exclusión del *concepto* del bien jurídico del ámbito del llamado Derecho penal administrativo carece de fundamento. No es posible precisar una diferencia entre los intereses de la Administración (el contener la inflación, por ejemplo, en el art. 574, núm. 1) tutelados por el Derecho y el resto de los bienes jurídicos (29). Si el interés de la Administración es a veces sólo *ratio legis* (30), también lo es la protección de los bienes jurídicos en los delitos de peligro abstracto del Derecho penal criminal. Si lo injusto administrativo fuera puramente formal, si se agotase en la desobediencia de los mandatos o prohibiciones del Derecho, no podría establecer el legislador diferencias en la sanción entre las diversas infracciones del Derecho penal administrativo (31). El delito penal y el delito administrativo o de policía tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica.

La pena o las sanciones del llamado Derecho penal administrativo encontrarán su justificación únicamente

(28) Véase WELZEL: *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, «Juristenzeitung», 1956, p. 240. KRÜPPELMANN: *Ob. cit.*, p. 173.

(29) Véase: MAYER, H.: *Strafrecht*, 1953, pp. 72-73. JESCHECK: *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, «Juristenzeitung», 1959, página 459, y *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., p. 40.

(30) Según MICHELS, *ob. cit.*, pp. 69 y ss., éste es siempre el caso.

(31) En este sentido, KRÜPPELMANN: *Ob. cit.*, p. 175.

en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad, como la pena del Derecho penal criminal. La imposición de la sanción administrativa será también con frecuencia expresión de un juicio desvalorativo ético-social (32). Entre las penas y sanciones administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas (33).

El criterio filosófico-jurídico sugerido por WOLF (34) para la distinción de lo ilícito penal y administrativo no es tampoco convincente. Según WOLF sería posible establecer una diferenciación mediante la referencia a los valores supremos en que deben orientarse la Administración y el Derecho, es decir, en el primer caso el bienestar y en el segundo la justicia. ¿Es posible admitir, sin embargo, que la Administración no deba orientarse en el valor de la justicia? (35). Toda la actividad del Estado, observa con razón H. MAYER (36), incluso si gira en torno a intereses temporales de la Administración va dirigida al fin unitario de crear un orden justo y útil.

Hasta el momento no ha sido posible encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo (37).

(32) La pena tampoco lo es siempre. No lo es cuando, excepcionalmente, el delito castigado es una conducta irrelevante desde el punto de vista de la ética social.

(33) En este sentido, también, KRÜPELMANN: *Ob. cit.*, p. 177. SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 208. RUDOLF SCHMITT: *Ordnungswidrigkeitenrecht*, Carl Heymans Verlag, 1970, pp. 12 y ss.

(34) Véase WOLF: *Ob. cit.*, pp. 521-522.

(35) Véase WELZEL: «Juristenzeitung», 1957, pp. 131-132. AFTALIÓN: *Derecho Penal administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 87.

(36) MAYER, H.: *Strafrecht 1953*, p. 73.

(37) Véase, en este sentido, también, HIPPEL, R. v.: *Deutsches Strafrecht*, 2, pp. 112 y ss. MEZGER: *Strafrecht, I, Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., 1958, p. 5 (de otra opinión, en cambio, MEZGER-BLEI: *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 15 ed., pp. 5-6). RUDOLF SCHMITT: *Ordnungswidrigkeitenrecht*, pp. 13 y ss. HIRSCH, GRÜNDE: *Welche die Strafe ausschliessen oder mildern*,

La Ley alemana de las contravenciones de 25 de marzo de 1952 y la Ley penal económica alemana de 9 de julio de 1954, reformada por la de 21 de diciembre de 1962, pretendieron establecer una distinción cualitativa entre lo ilícito criminal y administrativo. Los conceptos de delito y contravención que establecían eran, sin embargo, de carácter puramente formal (38). Las acciones amenazadas simplemente con una sanción pecuniaria (GELDBUSSE) eran contravenciones, y las amenazadas con pena, delitos. Si una acción era amenazada con pena o con una sanción pecuniaria decidía la sanción impuesta en el caso concreto sobre el carácter de la misma. Las leyes citadas prescribían (art. 6.º de la Ley penal económica y art. 2.º de la Ley de las contravenciones) los criterios que habían de seguir el juez o las autoridades administrativas para deslindar los delitos y las contravenciones en estos casos. Estos criterios eran, en definitiva, puramente cuantitativos. Delito y contravención se distinguían por la importancia del daño causado o por la diferencia de grado

comentario previo al artículo 51, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9.ª ed. Walter de Gruyter, 1974, p. 8. STAMPA, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, pp. 57 y ss. RODRÍGUEZ MUÑOZ, traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MEZGER, I, 1955, pp. 10-11. CUELLO CALÓN-CAMARGO: *Derecho Penal*, tomo I, parte general, vol. 1.º, 16 ed., p. 11. JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Ley y el delito*, 4.ª ed., 1963, pp. 266 y ss., y *Tratado de Derecho Penal*, I, 3.ª ed., 1964, pp. 48 y ss. y III, 3.ª ed., 1965, pp. 976-977. ANTON ONEGA: *Derecho Penal*, parte general. Madrid, 1949, pp. 9-10. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español*, parte general 4.ª ed., Madrid, 1974, p. 29. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El Derecho Penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*, separata del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid, 1973, p. 117 y ss. MARTÍN RETORTILO, L.: *Libertad religiosa y orden público*, pp. 83 y ss. BOLEA FORADA, *lug. cit.*, p. 15.

(38) Véase, en este sentido, BOCKELMANN: *Z. Str. W.*, tomo 66, 1954, pp. 123 y ss. MAYER, H.: *Strafrecht*, 1953, pp. 71 y ss. AFTALION: *Derecho Penal administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 96 y ss. SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil.*, p. 208. RUDOLF SCHMITT: *Ordnungswidrigkeitenrecht*, pp. 13 y ss.

del desvalor de la acción. En la nueva Ley de contravenciones de 24 de mayo de 1968, que sustituyó a la de 25 de marzo de 1952, desaparecen los tipos mixtos, y falta por ello un precepto similar al artículo 2.º de la antigua Ley. Se mantienen, no obstante, en la Ley penal económica después de las reformas introducidas en la misma por la Ley de introducción a la Ley de las contravenciones de 24 de mayo de 1968 (el antiguo art. 6.º es ahora el 3.º) (39).

Las leyes alemanas citadas no consiguieron señalar tampoco una diferencia cualitativa entre la pena y la sanción pecuniaria (40). Para fundamentar una diferencia cualitativa no basta con que las sanciones pecuniarias no se inscriban en el Registro de antecedentes penales y que no puedan ser sustituidas por prisión en caso de insolvencia (41). Ello se debe a que su imposición implica generalmente un desvalor ético-social menor y a consideraciones de política criminal.

Al no haber sido posible hasta ahora establecer una diferencia cualitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo y entre pena y sanción administrativa, resulta inadmisibles desde el punto de vista de las exigencias del Estado de Derecho la hipertrofia actual de la potestad

(39) Véase, a este respecto, RUDOLF SCHMITT: *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 13. GÖLER: *Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, «Juristenzeitung», 1968, pp. 583 y ss. y 613 y ss.

(40) Véase, a este respecto, MAYER, H.: *Strafrecht*, 1953, pp. 47 y 71-72. RUDOLF SCHMITT: *Ordnungswidrigkeitenrecht*, pp. 12 y ss.

(41) En este sentido, KRÜPELMANN: *Die Bagatelldelikte*, p. 177. RUDOLF SCHMITT: *Ordnungswidrigkeitenrecht*, p. 12. En la nueva Ley de las Contravenciones de 24 de mayo de 1968 (art. 96 y 66, apartado 2.º) se prevé un «arresto de apremio» para el caso de falta de pago de la sanción pecuniaria o de una parte de la misma, si el interesado no ha comunicado a los órganos de ejecución la imposibilidad en que se encuentra de pagar, o habiéndolo hecho, aquéllos no conocen circunstancia alguna que pueda justificar dicha imposibilidad.

sancionatoria de la Administración en España. Según el artículo 603 del Código penal: «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.» Las penas correspondientes a las faltas son, fundamentalmente, el arresto menor (de uno a treinta días) y la multa hasta diez mil pesetas (42). Hoy las sanciones administrativas de carácter pecuniario superior a diez mil pesetas no son una excepción, sino un fenómeno muy frecuente (43). En la Ley de prensa e imprenta de 18 de marzo de 1966, por ejemplo se establecen multas para los autores y directores de veinticinco mil a cincuenta mil pesetas si la infracción es grave, y de cincuenta mil a doscientas cincuenta mil pesetas si se trata de una infracción muy grave (art. 69). Según la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1969, reformada por la Ley de 21 de julio de 1971, el Gobernador civil puede imponer multas que no excedan de 100.000 pesetas; el Director general de Seguridad, de 250.000 pesetas; el Ministro de la Gobernación, de 500.000 pesetas, y el Consejo de Ministros de 1.000.000 (art. 19). En materia de disciplina de mercado, de acuerdo con el Decreto de 20 de diciembre de 1974, los jefes provinciales de comercio interior pueden imponer sanciones de hasta 50.000 pesetas; el Director general de Información e Inspección Comercial, hasta 500.000 pesetas; el

(42) Según el límite establecido por la Ley de 28 de noviembre de 1974 de reforma parcial del Código Penal (arts. 28 y 74 del Código Penal).

(43) Véase, a este respecto, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, pp. 14-15.

Ministro de Comercio, hasta 2.500.000 pesetas, y el Consejo de Ministros, de 2.500.000 pesetas en adelante, sin límite alguno. De acuerdo con la Ley de Contrabando, texto refundido de 16 de julio de 1964, las multas pueden ser muy elevadas, pues cuando se trate de infracciones de mayor cuantía (en que el valor de los géneros excede de 50.000 pesetas) pueden alcanzar del cuádruplo al sexto del valor de los géneros o efectos (art. 30). La Administración española puede imponer, además, sanciones privativas de libertad en sustitución de las pecuniarias. En aplicación de la Ley de Orden Público (art. 22, 1) las autoridades gubernativas pueden exigir, en caso de impago de la multa, una responsabilidad personal subsidiaria, consistente en una privación de libertad, de «hasta treinta días si la impone el gobernador civil; hasta sesenta, si la decide el director general de Seguridad y hasta noventa días si la impusiere el ministro de la Gobernación o el Consejo de Ministros» (44). De acuerdo con la Ley de Contrabando (art. 24, apartado 4), en caso de insolvencia la multa es sustituida por prisión, cuya duración «se calculará teniendo en cuenta que cada día de privación de libertad equivale al importe del salario laboral mínimo vigente en el momento en que se practique la liquidación de condena, con la duración máxima de uno, dos o cuatro años, según se trate, respectivamente, de infracciones de mínima, de menor o de mayor cuantía». En algún caso la Administración puede imponer, incluso, *penas* privativas de libertad. Así, el juez de delitos monetarios (lego, dependiente del Ministerio de Hacienda y nom-

(44) MARTÍN-RETORTILLO, L. (en *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, p. 15) considera, con razón, que este precepto es anticonstitucional, por infringir el párrafo 2.º del artículo 18 del Fuero de los Españoles, según el cual, «en el plazo de setenta y dos horas todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial».

brado en Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda) puede imponer, además de una pena de multa, una de prisión hasta el máximo de tres años, con independencia de la prisión subsidiaria por insolvencia (art. 7, en relación con el 8 de la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938) (44 bis).

Es urgente un replanteamiento por parte del legislador de los límites del Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, existen únicamente diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador. En la redistribución de la materia ha de tener en cuenta la grave-

(44 bis) Según la Base 2.^a (De la unidad jurisdiccional), número 10, de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974: «Salvo lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Estado, en la jurisdicción ordinaria que corresponde a los Juzgados y Tribunales regulados en esta Ley, se integrará cualquier competencia de naturaleza judicial atribuida a otras autoridades y organismos. Sólo esta jurisdicción podrá declarar derechos con efectos de cosa juzgada o imponer sanciones que impliquen privación de libertad. Quedan a salvo las facultades conferidas por Ley a la autoridad gubernativa en materia de orden público. Las resoluciones dictadas por organismos y por autoridades gubernativas o administrativas serán recurribles ante los Tribunales, en los términos establecidos en la ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.»

En la Ley de Bases Orgánica de la Justicia se denomina delito a las infracciones de contrabando (lo cual parece un indicio de que el legislador piensa incluir de nuevo estas infracciones en el ámbito del Derecho Penal, al que pertenecían por la Ley Penal y Procesal en materia de contrabando y defraudación de 14 de enero de 1929) y se dispone que su enjuiciamiento corresponde a los órganos de la jurisdicción criminal (las de mayor cuantía, a las Audiencias territoriales y provinciales; las de menor cuantía, a los Juzgados de Partido, y las de mínima cuantía, a los Juzgados de Distrito) (Base 9, números 40, 42, 46 y 48). En la Base 24, 2 se dispone: «Asimismo el Gobierno, en el plazo de seis meses, remitirá a las Cortes un Proyecto de Ley que determine las infracciones administrativas en materia de moneda y contrabando que, por su menor transcendencia, deben ser sancionadas con multa por las autoridades administrativas, siendo sus resoluciones revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa.»

dad de las infracciones desde el punto de vista material (desvalor ético-social o cultural) y consideraciones de política criminal (la rapidez y eficacia de la sanción). Gran parte de las faltas del Libro III del Código Penal podrían transformarse en infracciones puramente administrativas y otras, las menos, convertirse en delitos (por ejemplo, las faltas de lesiones, hurto, estafa, apropiación indebida, incendio y daños) (45), que podrían perseguirse sólo a instancia de parte. Las infracciones administrativas más graves deberían convertirse en delitos o faltas o ser suprimidas cuando coincidan con figuras delictivas existentes actualmente en el Código. Dentro del campo resultante de las infracciones administrativas, debía unificarse la clasificación de las mismas según su gravedad (46), distinguiendo unas infracciones administrativas graves y otras leves. En las primeras deberían encontrar también aplicación los principios fundamentales del Derecho Penal, especialmente los principios de legalidad, de irretroactividad de las leyes desfavorables, de retroactividad de la ley favorable y de culpabilidad, y debería reconocerse la vigencia del principio *ne bis in idem* en relación con las sanciones penales y la posibilidad de interponer, contra la resolución en que se imponga una sanción administrativa, un recurso suspensivo ante los tribunales de la jurisdicción criminal (47). En ningún

(45) Artículos 582, 583, 1.º; 587, 1.º, 2.º y 3.º; 595, 597, 598 del Código Penal.

(46) En la Ley de Prensa e Imprenta se clasifican las infracciones en muy graves, graves y leves (art. 69) y en la Ley de Contrabando, en infracciones de mínima, menor y mayor cuantía (art. 6.º).

(47) La vigencia del principio *ne bis in idem* para las sanciones penales y administrativas se establece en el artículo 276, I, del Código de la Circulación. En la Ley alemana de las contravenciones de 24 de mayo de 1968 se establecen los principios de legalidad y culpabilidad (arts. 1.º, 5.º, 6.º y 7.º). En el párrafo 1.º del artículo 1.º se declara que: «Una contravención es

caso podrían imponer los tribunales o las autoridades administrativas, ni siquiera con carácter sustitutorio, sanciones privativas de libertad (47 bis).

DERECHO PENAL Y DERECHO DISCIPLINARIO.

Los intentos de delimitación material de lo ilícito criminal y lo ilícito disciplinario han sido también, hasta el momento, poco afortunados. Según MAURACH, lo ilícito disciplinario tiene un carácter interno y concurre aunque no haya sufrido menoscabo alguno la autoridad del Estado, ni haya sufrido perturbación alguna la marcha de la Administración. En los delitos de los funcionarios públicos del Código Penal, el bien jurídico protegido es, en cambio, la confianza de los ciudadanos en la pureza

una acción antijurídica y reprochable que realiza el tipo de una ley que permite el castigo con una sanción pecuniaria» (*Geldbusse*). La aplicación por una misma acción de una pena y una sanción pecuniaria (*Geldbusse*) resulta imposible (art. 86) y se prevé la posibilidad de interponer un recurso suspensivo ante los órganos de la jurisdicción criminal (arts. 67 y ss., y art. 89). Muy importante es la regulación expresa de la prescripción (artículos 27 y ss.) y la posibilidad de comparecencia de un funcionario ante el órgano de la jurisdicción criminal para explicar los fundamentos de la sanción (art. 76). En el artículo 2.º de la Ley federal suiza del Derecho Penal administrativo de 22 de marzo de 1974, que entró en vigor el 1.º de enero de 1975, se declara la aplicación, en principio, de los preceptos de la parte general del Código Penal a las contravenciones, y en los artículos 73 y siguientes se prevé la posibilidad de interponer un recurso suspensivo contra las decisiones de las autoridades administrativas ante los órganos de la jurisdicción criminal. En el proceso criminal es parte también la Administración. Véase MARKUS, P.: *Das neue Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1974, fasc. 4, pp. 338 y 353 y ss.

(47 bis) La Base 2, número 10 de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia no resuelve aún este problema, porque se hace una salvedad para las sanciones impuestas por la autoridad gubernativa en materia de orden público.

de la gestión administrativa (48). Este criterio de MAURACH no permite realizar una diferenciación cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito disciplinario. El menoscabo de la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión administrativa puede ser producido también por lo ilícito disciplinario y puede faltar, en cambio, en los delitos de los funcionarios públicos del Código Penal. En el Derecho Disciplinario, según MAURACH, las infracciones interesan sólo como síntoma de que el funcionario no es merecedor de confianza (es un Derecho no de hecho, sino de autor) y la sanción es en rigor una medida con fines de corrección y protección, a diferencia de la penal, que es retribución del hecho delictivo realizado (49). Resulta difícil admitir, sin embargo, que la sanción disciplinaria no deba guardar relación con la gravedad de la infracción, sino únicamente con la falta de probidad del funcionario, de la cual la infracción deba ser un mero síntoma.

El criterio de distinción sugerido por CAETANO (50) es esencialmente un criterio cuantitativo. Lo ilícito disciplinario devendría penal cuando no se hubiese lesionado sólo el interés del servicio público, sino que se hubiesen violado, además, las normas esenciales de la institución, se hubiese puesto en peligro su existencia, la permanencia de su carácter y la finalidad de su organización. El punto de partida de CAETANO para llegar a una diferenciación cualitativa es, a mi juicio, discutible. El interés y la necesidad del perfeccionamiento progresivo del servicio pú-

(48) Véase MAURACH: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., p. 10.

(49) Véase MAURACH, *lug. cit.*, pp. 10-11.

(50) Véase STAMPA: *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, p. 53, que acepta el criterio de CAETANO. STAMPA hace una crítica certera de otros criterios de distinción sugeridos por la doctrina, demostrando su falta de viabilidad; véase nota 29 de la página 52.

blico inspiran tanto las normas del Derecho Disciplinario, como las del Derecho Penal común, que regula los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos.

El criterio de distinción propuesto por CUELLO CALÓN (51) y ANTÓN ONECA (52) no permite una diferenciación cualitativa entre ilícito disciplinario e ilícito penal. El Derecho Penal tendría como fin, según estos autores, la tutela del orden jurídico y el Derecho Disciplinario, en cambio, el mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes (CUELLO CALÓN) o contribuir a la mejor organización de un servicio público (ANTÓN ONECA). A este respecto es preciso observar que el Derecho Penal no se limita a tutelar un orden jurídico preexistente, sino que constituye también una parte de dicho orden. Las normas del Derecho Penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos tienen como fin, lo mismo que las normas del Derecho Disciplinario, el mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y el contribuir a la mejor organización de un servicio público.

Entre lo ilícito disciplinario y lo ilícito penal no hay sino una diferencia de grado. El legislador extiende la amenaza de la pena a las formas más graves de lo ilícito disciplinario. La sanción disciplinaria y la pena no se diferencian esencialmente. La sanción disciplinaria ha de ser también justa, adecuada a la gravedad de la infracción y necesaria. La sanción disciplinaria, sin embargo, dentro del límite máximo marcado por la justicia, tiene en cuenta no sólo los fines de la prevención general y la prevención especial, sino también las exigencias del pres-

(51) Véase CUELLO CALÓN-CAMARGO: *Derecho Penal*, tomo I, parte general, volumen primero, 16 ed., 1971, pp. 9 y ss.

(52) Véase ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, parte general, 1949, página 10.

tigio y el buen funcionamiento de la Administración. Las sanciones penales y las sanciones disciplinarias son, por ello, independientes (53).

La menor gravedad de lo ilícito disciplinario frente a lo ilícito penal explica que en el Derecho Disciplinario las conductas prohibidas no estén definidas de un modo exhaustivo en la ley, ni venga vinculada expresamente a cada una de ellas una sanción determinada. Las sanciones disciplinarias no son impuestas, por el mismo motivo, por la jurisdicción ordinaria, sino por las autoridades administrativas en resoluciones, por lo general, revocables (54).

El Derecho Disciplinario tiene una gran extensión. Además del Derecho disciplinario de los funcionarios (por ejemplo, texto articulado de la Ley de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964, artículos 87 y siguientes, Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado de 16 de agosto de 1969, los preceptos de la Ley Orgánica del poder judicial referentes a las correcciones imponibles a jueces y magistrados, artículos 740 y siguientes, y los del Reglamento orgánico del Ministerio Fiscal de 27 de febrero de 1927, artículos 116 y siguientes), hay que destacar las normas disciplinarias del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 (reformado por varias disposiciones posteriores, entre las que cabe destacar el Decreto de 25 de

(53) En favor de una extensión, con algunas restricciones, del principio *ne bis in idem* a las sanciones penales y disciplinarias. STRATENWERTH: *Allgemeiner Teil*, I, «Die Straftat», p. 32. BAUMANN: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., p. 37.

(54) Véase ANTÓN ONEGA: *Derecho Penal*, parte general, 1949, p. 10. MAURACH: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., 1971, pp. 10-11. CUELLO CALÓN-CAMARGO: *Derecho Penal*, tomo, I, parte general, volumen primero, 16 ed., 1971, p. 10.

enero de 1968) (55), en el ámbito universitario el Reglamento de Disciplina Académica de 8 de septiembre de 1954 (parcialmente modificado por los decretos de 13 de enero de 1956, 5 de septiembre de 1958 y 14 de agosto de 1965) y las normas disciplinarias en el seno de los Colegios Profesionales (Reglamento de la Organización Médica Colegial de 1 de abril de 1967, artículos 86 y siguientes, y Estatuto General de la Abogacía de 28 de junio de 1946, artículos 28 y siguientes). Existe también un Derecho disciplinario privado, en el marco de la empresa (56). A veces los preceptos penales y disciplinarios aparecen en una misma ley, como en el caso de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 (las disposiciones disciplinarias están contenidas en el título segundo, artículo 80 y siguientes).

(55) MAURACH excluye estas normas del ámbito del Derecho disciplinario, porque no rigen en una comunidad animada por una misma ética profesional véase MAURACH: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., 1975, p. 13.

(56) Véase ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 2.^a ed. revisada, Madrid, 1973, pp. 177 y ss., y 209 y ss. CREMADES, B. M.: *La sanción disciplinaria en la empresa*, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969.



JUAN CORDOBA RODA
Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Barcelona



**Consideraciones sobre los delitos
de quiebra en Derecho español**



I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

II. LA REGULACION JURIDICA DE LOS DELITOS DE QUIEBRA.

1. Los requisitos establecidos por el Código Penal, el Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- A) Los tipos de los artículos 520 y 521.
 - a) La cualidad de **quebrado**.
 - b) La declaración del quebrado en **insolventia fraudulenta** o en **insolventia culpable**.
- B) Las condiciones prescritas por los artículos 896 del Código de Comercio y 1.386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- C) La causación de una **pérdida a los acreedores**.

2. Los requisitos establecidos por la jurisprudencia.

- A) Exposición.
- B) Valoración crítica.
 - a) La doctrina jurisprudencial sobre los elementos de los tipos de los artículos 520 y 521.
 - b) El requisito del **propósito de perjudicar a los acreedores**.
 - c) La cuestión de la comisión por imprudencia.
 - d) El trato jurídico-penal dispensado a la omisión de los libros de los comerciantes.
- C) Construcción doctrinal de los elementos de **acción** y **resultado**, que se propone.

III. CONSIDERACIONES CRITICAS SOBRE LA REGULACION JURIDICA Y LA APLICACION DE ESTA A LA REALIDAD PRAC-TICA.

1. Regulación jurídica.

- A) Los preceptos del Código de Comercio a los que el Código Penal se remite.
- B) Los preceptos del Código Penal.
 - a) La cuestión del sujeto activo.
 - b) La determinación de la pena.

2. La aplicación de la regulación jurídica a la realidad práctica.



I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El estudio de la regulación de la quiebra en el Código Penal español resulta hoy de elevado interés por diversas razones. Ante todo, la situación económica actual, propensa a la aparición de etapas críticas en la vida de las empresas mercantiles, y la creciente preocupación, tanto de la opinión pública como de la doctrina, por la delincuencia de naturaleza financiera (1), inducen a un estudio de la regulación penal de la quiebra. En este estado de cosas resulta, además, perfectamente explicable el que los estudios dedicados a toda esta temática aparezcan frecuentemente inspirados en el deseo de aprovechar los recursos del Derecho punitivo para lograr una reacción justa y eficaz frente a conductas causantes de alarma en la sociedad.

(1) Cfr. HEREDERO: *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*, Barcelona, 1969, pp. 5 y ss.; OLIVA GARCÍA: *Sobre el llamado delito financiero. Notas a una sentencia del Tribunal Supremo*, en la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid», V. XVI, 1972, pp. 7 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ: *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*, en el «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», t. XXVI, 1973, pp. 91 y ss. Conserva interés RODRÍGUEZ SASTRE, A.: *El delito financiero, su repercusión en el crédito y en la economía*, Madrid, pp. 7 y ss.

En segundo lugar, el examen de los delitos de quiebra en su formulación legal y en la aplicación de la misma a la realidad práctica, conduce a poner de relieve una serie de cuestiones de naturaleza dogmática, socio-jurídica y político-criminal, de un evidente interés. Así, la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en orden a la autonomía de la jurisdicción penal respecto a la civil en el enjuiciamiento de los delitos de quiebra, muestra la existencia de una doctrina jurisprudencial, cuyo escaso grado de vinculación a la letra de la Ley conduce a suscitar la cuestión de hasta qué punto son criterios distintos a ésta los que efectivamente influyen sobre la decisión judicial en el caso concreto. Por otro lado, la comparación entre el plano real de las *acciones* productoras de un estado de insolvencia y el de las *efectivas condenas judiciales* por quiebra muestra la existencia de una considerable falta de congruencia entre uno y otro plano, pues de las indicadas acciones únicamente una pequeña porción provocan un fallo condenatorio de los Tribunales penales. Por último, los defectos de la regulación de los preceptos del Código Penal y de los de Comercio a los que los primeros se remiten, obligan a postular una urgente reforma de los mismos.

Todas estas observaciones conducen a presentar las quiebras punibles como una de las especies de delito que con mayor claridad pueden servir de base para poner de relieve la diversidad de las cuestiones que la ciencia penal debe hoy resolver y la consiguiente insuficiencia de un tratamiento científico operante tan sólo en el plano del examen de la Ley aisladamente considerada. La redacción del presente estudio responde de esta suerte al propósito de aplicar en relación a un supuesto particular las consideraciones que con carácter general

expusimos en un lugar distinto y que, en parte, están en vía de publicación (2). Por ello se explica que nuestra atención se centre sobre determinados aspectos de los delitos de quiebra, que nos remitamos para un estudio más general a las obras doctrinales existentes sobre el particular y que nos limitemos, por último, en una serie de pasajes a la labor de plantear cuestiones y sugerir posibles soluciones.

II. LA REGULACION JURIDICA DE LOS DELITOS DE QUIEBRA

El Código Penal español, que sigue en la presente materia el modelo del francés, dedica los artículos 520 a 522 a la incriminación de las quiebras. Dichos artículos aparecen previstos en la primera de las Secciones integrantes del Capítulo «de las defraudaciones», perteneciente, a su vez, al Título «de los delitos contra la propiedad». El artículo 520 castiga con la pena de presidio mayor al «quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio». El 521 sanciona con presidio menor al «quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio». Y el 522 declara que «serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta los que ejecutaren cualesquiera de los actos que se determinan en el artículo 893 del Código de Comercio». La determinación de los elementos de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable, sobre los que vamos

(2) CÓRDOBA RODA: *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, en «Revista Jurídica de Cataluña», enero-marzo, 1974, pp. 119 y ss.

a centrar nuestra atención, resulta, a nuestro juicio, de dos planos distintos. Por un lado, procede indagar cuáles son los requisitos que el *texto legal* —Código Penal, Código de Comercio y Ley de Enjuiciamiento Civil— exige. Por otro, es necesario averiguar cuáles son las exigencias que en la presente materia ha introducido la *jurisprudencia* al aplicar los preceptos penales a la realidad práctica.

1. LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL CÓDIGO PENAL, EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

La estructura de los delitos de quiebra, fraudulenta y culpable, en el *texto legal*, denota una evidente complejidad formal. Para su descripción resulta necesario acudir no sólo al Código Penal, sino, además, al Código de Comercio y a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A) Según los artículos 520 y 521, la imposición de las penas prescritas por los mismos requiere: a) la cualidad de «quebrado»; b) la declaración en insolvencia fraudulenta o culpable, con arreglo al Código de Comercio.

a) El término *quebrado* de los artículos 520 y 521 expresa una cualidad que el sujeto adquiere en cuanto se cumplan los presupuestos descritos en los artículos 875 y ss. del Código de Comercio. Cfr. más adelante 2, B), a).

El artículo 20 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, suscita la cuestión de si la declaración de insolvencia definitiva efectuada en los expedientes regulados por dicha Ley debe o no equipararse a la declaración de quiebra a los efectos de aplicar los artículos 520 y 521 del Código Penal. Al planteamiento

de este interrogante conduce lo dispuesto en los dos primeros párrafos de dicho artículo: «Una vez firme el auto de declaración de insolvencia definitiva, se formará una pieza separada para la depuración de las responsabilidades en que hayan podido incurrir el comerciante suspenso o los consejeros o gerentes de las compañías mercantiles que soliciten y obtengan tal declaración. A esta calificación de la insolvencia será aplicable lo que respecto de la quiebra establecen los artículos 886 a 894 inclusive, del Código de Comercio...» A la cuestión aquí suscitada debe responderse en sentido negativo. En primer lugar, porque si bien dicho artículo 20 establece la aplicabilidad de lo dispuesto en los artículos 886 a 894 del Código de Comercio, no declara expresamente que la insolvencia definitiva contemplada por dicho precepto de la Ley de Suspensión de Pagos, dé lugar a la imposición de lo prescrito en los artículos 520 y 521 del Código Penal. Y, en segundo lugar, por la razón de que estos preceptos limitan su esfera de aplicación a los *quebrados*. Ciertamente se pronuncia en este sentido la sentencia de 13 de febrero de 1957 (3).

b) Los artículos 520 y 521 exigen, en segundo lugar, la declaración del quebrado en *insolvencia fraudulenta*, con arreglo al Código de Comercio, y en *insolvencia culpable* por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 de dicho Código, respectivamente. Por al-

(3) En este sentido, VICENTE GELLA, A.: *La responsabilidad penal del comerciante declarado en suspensión de pagos*, Temis, 1969, 25, pp. 121 y ss., 126 y ss. De modo distinto se pronuncian TORRES DE CRUELLS: *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, pp. 427 y ss.; SÁEZ JIMÉNEZ Y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA: *Compendio de Derecho procesal, civil y penal*, tomo III, vol. II, Madrid, pp. 1066 y ss. Sigue su criterio SAGRETA TIZÓN: *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, III, Barcelona, 1974, pp. 400 y ss.

gunos autores se ha observado que las aludidas declaraciones de insolvencia deben entenderse constituidas por las calificaciones de las quiebras bajo los conceptos de «insolvencia fraudulenta» y «culpable» que aparecen reguladas en los artículos 886 y ss. del Código de Comercio (4).

Los artículos 890 y 891 del Código de Comercio enumeran los supuestos en los que la quiebra de los comerciantes debe ser reputada como constitutiva de la primera de las dos clases antes indicadas. Las acciones descritas en dichos artículos son extraordinariamente variadas. Algunas de ellas, tales como las de los dos primeros números, constituirán regularmente un delito distinto al de quiebra, en tanto que otras manifiestan una gravedad muy inferior. Uno de los supuestos comprendidos en el artículo 890, a saber, el descrito en el número 15, hace referencia a una acción posterior a la declaración de quiebra, a diferencia de los números restantes que aluden a conductas cuya realización debe tener lugar antes de dicha declaración.

Dado el tenor del artículo 521 del Código Penal, que se refiere exclusivamente a las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio, resulta evidente que únicamente las acciones enumeradas en dicho artículo, y no así, en cambio, las previstas en el 889, deberán dar lugar a la aplicación del artículo 521 del Código Penal (5).

(4) Cfr. la exposición efectuada en GONZÁLEZ MONTES: *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, Pamplona, 1974, pp. 129 y ss., 286 y ss.

(5) Para una amplia exposición de los supuestos de quiebra fraudulenta y culpable, nos remitimos a lo expuesto por QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, III, Madrid, 1962, pp. 106 y ss., 133 y ss.; LANDROVE DÍAZ: *Las quiebras punibles*, Barcelona, 1970, pp. 187 y ss., 204 y ss.

B) Conforme a lo dispuesto por el artículo 896 del Código de Comercio, «en ningún caso, ni a instancia de parte ni de oficio, se procederá por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, sin que antes el Juez o Tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente». De este precepto del Código de Comercio procede destacar el segundo de los dos requisitos por él establecidos, como una condición de procedibilidad no establecida en el Código Penal, sino en el de Comercio: la incoación del procedimiento penal por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta presupone la declaración del Juez o Tribunal —civil— de haber méritos para proceder criminalmente. Sobre el particular, el segundo párrafo del artículo 1.386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: «Cuando del expediente de calificación resultaren méritos para calificar la quiebra de fraudulenta, o de alzamiento, el Juez mandará sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra el quebrado.»

Del tenor de uno y otro artículo del Código de Comercio y de la Ley de Enjuiciamiento Civil se desprende: a) la incoación del procedimiento penal por los delitos de quiebra requiere la declaración del referido Juez o Tribunal de haber méritos para proceder criminalmente; b) a dichos Juez y Tribunal no se les impone la obligación de dictar una tal declaración; c) el mandamiento de sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra el quebrado constituye un imperativo que la Ley de Enjuiciamiento Civil dirige al Juez «cuando del expediente de calificación resultaren méritos para calificar la quiebra de fraudulenta o de alzamiento», omitiéndose toda alusión a la culpable.

Admitamos que el propósito del legislador al redactar

el referido artículo 896 del Código de Comercio lo haya podido ser el de imponer al Juez o Tribunal la *obligación* de declarar que existen méritos para proceder criminalmente en cuanto exista una declaración de quiebra y una calificación de la misma como fraudulenta o culpable, y el que en el artículo 1.386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo haya podido ser el de ordenar al Juez que mande sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente, tanto en los casos de quiebra fraudulenta y alzamiento expresamente aludidos *como en el de la culpable*, silenciado por dicho artículo. Aceptemos también que el no adoptar esta interpretación puede comportar ciertos quebrantos para la seguridad jurídica como consecuencia de ceder al criterio de una jurisdicción no penal la decisión sobre si existen méritos para proceder criminalmente contra los quebrados o para sacar testimonio de lo necesario a tal fin en los casos de quiebra culpable, y que la aludida exégesis de los indicados preceptos del Código de Comercio y de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la acogida por la doctrina (6) y la práctica judicial (7). Todas estas consideraciones no ofrecen, sin embargo, a nuestro juicio, suficiente base y fundamento para afirmar *de modo inequívoco* que el Juez o Tribunal está obligado a la declaración de haber méritos aludida por el artículo 896 del Código de Comercio en cuanto la quiebra haya sido declarada y calificada como fraudulenta o culpable, y que el mandamiento de sacar testimonio, al que el artículo 1.386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace referencia, debe ser emitido no sólo en los casos expresamente aludidos de quiebra

(6) RAMÍREZ: *La quiebra*, III, Barcelona, 1959, pp. 347 y s., con mención de las coincidentes opiniones de la doctrina.

(7) Cfr. las sentencias de la Sala Primera, de 18 febrero 1911, 6 julio 1932 y 6 junio 1934.

fraudulenta y alzamiento, sino además *en el de la quiebra culpable*.

C) La regulación contenida en el artículo 527 del Código Penal suscita aquí finalmente la cuestión de si la estimación de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable requiere o no la causación de una *pérdida a los acreedores*. La *pérdida* aludida por el artículo 527 no equivale al simple perjuicio resultante del incobro temporal de los créditos consiguiente a la situación de insolvencia, sino al incobro definitivo de los mismos. La prescripción por dicho artículo de una atenuación en los casos «en que la pérdida ocasionada a los acreedores no llegare al diez por ciento de sus respectivos créditos», y de una agravación «cuando la pérdida excediere del cincuenta por ciento», parece comportar no sólo la limitación de las penas-base establecidas por los artículos 520 y 521 de los supuestos en los que la pérdida no exceda del cincuenta por ciento ni sea inferior al diez por ciento de los respectivos créditos —conclusión ésta de validez inequívoca—, sino además la inclusión de la pérdida ocasionada a los acreedores, como requisito de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable (8).

2. LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA JURISPRUDENCIA.

La aplicación de los preceptos del Código Penal a la realidad práctica ha conducido a la formulación por la jurisprudencia de una serie de criterios y exigencias de considerable significación y trascendencia, que trataremos seguidamente de exponer y valorar.

(8) En sentido distinto, pero con manifestación de muy ponderadas reservas, se pronuncia QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte especial*, cit., pp. 68 y ss.

A) En primer lugar se ha afirmado la autonomía de la jurisdicción criminal para *determinar los hechos* que han de servir de base a su fallo, y la consiguiente desvinculación de los Tribunales penales respecto a la configuración dada a aquéllos en el procedimiento no penal. Este criterio aparece recogido en numerosas sentencias: «... es de señalar que la primitiva doctrina de esta Sala ofreció primeramente el aspecto de estimar delito el simple hecho de que declarada por la jurisdicción civil el caso de una quiebra calificada de fraudulenta por la ausencia de libros, la jurisdicción penal se limitaba a aceptar el hecho de carácter civil y trasladándolo al orden penal, y reputada por eso la quiebra fraudulenta, se resolvía la mera cuestión impositiva de la pena, sin entrar en otros detalles..., pero esta doctrina fue evolucionando con un criterio más subjetivista e intencional...» (sentencia de 10 diciembre 1971); «...partiendo del principio de necesaria procedibilidad de calificación de la quiebra por el Juez de lo Civil y al ser declarada fraudulenta, queda libre y expedito el camino de la jurisdicción penal para juzgar con plena soberanía la conducta del quebrado, sin que a sus resoluciones vengan en modo alguno vinculadas, según repetida doctrina de esta Sala, a lo acordado por aquél, pues de no ser así resultaría que los Tribunales de lo penal se convertirían en mero instrumento de los de lo civil, viniendo obligados a aceptar sus decisiones, perdiendo las atribuciones que con plenitud de funciones tienen encomendada» (sentencia de 2 junio 1973); «... sin que los Tribunales de este orden (penal) tengan limitada su función a la imposición de la pena, sino que tiene plena libertad para enjuiciar la conducta del quebrado y conocer en todas sus fases del caso...» (sentencia de 28 junio 1973). Como precedentes de esta jurisprudencia cabe citar las sentencias de 26 diciembre 1914,

8 octubre 1915, 30 abril 1926, 27 mayo 1929 y 4 julio 1931.

La autonomía de la jurisdicción criminal (9) es afirmada por la jurisprudencia no sólo en orden a la *determinación de los hechos*, según los términos anteriormente expuestos, sino además en relación a la función de *valorar* aquéllos; el que los hechos que sirven de base al fallo penal coincidan con los que dieron lugar a la declaración de quiebra y a la calificación de la misma como fraudulenta o culpable en el procedimiento civil, no supone el que la jurisdicción criminal deba calificar aquéllos como constitutivos de un delito de quiebra fraudulenta (artículo 520) o culpable (artículo 521). En este sentido se han pronunciado las sentencias de 13 junio 1959, 26 noviembre 1968, 20 diciembre 1969, 10 diciembre 1971, 2 junio 1973 y 28 junio 1973.

En aplicación de los criterios hasta aquí expuestos, la jurisprudencia ha entendido que la estimación de los delitos de quiebra, aparte de presuponer los requisitos establecidos por la Ley ya antes examinados, exige la concurrencia del propósito de perjudicar a los *acreedores*. El fundamento que la jurisprudencia aduce para introducir este elemento subjetivo parece radicar en la idea de «culpabilidad» y en la naturaleza «subjetiva» peculiares del Derecho penal. La referencia del bien jurídico tutelado —los derechos de crédito de la masa de acreedores— a la meta de la voluntad del agente, tan frecuente en nuestra práctica judicial, puede acaso haber influido también en la formulación de un tal requisito subjetivo. Los casos en los que el mantenimiento de esta exigencia ha conducido a la absolución de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable, apa-

(9) Una exposición de esta autonomía se encuentra en QUINTANO RIPOLLÉS: *Ob. cit.*, pp. 79 y ss.; GONZÁLEZ MONTES: *Ob. cit.*, pp. 285 y ss., y LANDROVE: *Ob. cit.*, pp. 98 y ss.

recen frecuentemente constituidos por supuestos de omisión de los libros de los comerciantes —artículo 890, número 3, del Código de Comercio—. La inconcurrencia del indicado requisito subjetivo no comporta siempre, según la jurisprudencia, la absolución del sujeto, sino, con relativa frecuencia, la condena por imprudencia del artículo 565, basada en el concurrente descuido.

Obsérvese, por último, que la jurisprudencia a la hora de valorar la gravedad de la omisión de los libros no sólo atiende a la eventual concurrencia del propósito *de defraudar a los acreedores* y, en su caso, a la de *imprudencia*, sino además a la *significación objetiva* de dicha omisión en el supuesto particular. Así mientras que algunas sentencias rechazan en los referidos casos de omisión de libros la estimación del delito del artículo 520 en atención a la ausencia del propósito de defraudar a los acreedores, otras aprecian en los indicados casos la infracción del artículo 520 en consideración a la significación desvaliosa correspondiente a la aludida omisión. En el primer sentido se pronuncian las sentencias de 26 abril 1966, 29 marzo 1968, 9 abril 1969, 20 diciembre 1969, 10 diciembre 1971, 5 marzo 1973 y 28 junio 1973. Y en el segundo, las de 22 mayo 1969, 4 abril 1967 y 22 diciembre 1972 (10).

B) La jurisprudencia expuesta muestra un considerable grado de desvinculación al texto de los artículos 520 y 521 del Código Penal, rebasando las fronteras impuestas por el rigor en la aplicación de la Ley preceptuado

(10) BAJO FERNÁNDEZ: *El contenido de injusto en el delito de quiebra. Observaciones sobre una reciente corriente jurisprudencial*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», XXVI, 1973, pp. 533 y ss.

por el artículo 2 del Código Penal (11). El que ello sea así no debe, sin embargo, comportar un juicio desvalorativo sobre la referida práctica judicial. Veámoslo a continuación.

a) Los artículos 520 y 521 conminan unas penas para un presupuesto que aparece concebido según los términos: el quebrado que fuere declarado en insolvencia, fraudulenta o culpable.

El término «quebrado» expresivo del primero de los dos requisitos indicados constituye un elemento normativo del tipo cuyo significado resulta de una serie de preceptos legales pertenecientes a sectores del ordenamiento jurídico distintos al penal y, en particular, de modo principal de los artículos 874 y siguientes del Código de Comercio. La exégesis de tales disposiciones ha conducido a la aparición de distintas interpretaciones de la noción de quiebra en la doctrina mercantil. Para unos equivale a la cesación de pagos del deudor descrita en el artículo 874 del Código de Comercio; y, para otros, a la insolvencia definitiva (12). El exponer las razones de una y otra interpretación y el tomar postura en relación a un tal problema rebasaría obviamente el marco fijado para el presente trabajo. Lo que sí importa aquí poner de relieve es que la medida en la que los artículos 520 y 521 del Código Penal no exigen la existencia de una declaración de quiebra, sino la

(11) FENECH observa que mientras se mantenga la actual redacción de los artículos del Código Penal referentes a la quiebra, los Tribunales penales deben limitarse a la función de imponer la pena (*Enjuiciamiento y sentencia penal*, Barcelona, 1971, pp. 183 y s.).

(12) SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ: *El estado de insolvencia*, separata del «Boletín de la Universidad Compostelana», 77 (1970), pp. 8 y ss., con exposición del estado de la doctrina. En la doctrina penal, BAJO FERNÁNDEZ: *El contenido...*, ob. cit., páginas 544 y s., n. 38.

la de la cualidad de quebrado, corresponde a la jurisdicción penal decidir si la referida situación de quiebra concurría en el comerciante, sin que la declaración de quiebra efectuada por los Tribunales civiles vincule a los penales (13). La exégesis del término «quebrado» de los referidos artículos del Código penal constituye un supuesto particular de interpretación de un elemento normativo cuya significación aparece definida, en un principio, en un sector no penal del ordenamiento jurídico —similar, v. gr., a la del término «mueble» del artículo 514, núm. 1 del Código Penal—. Sabido es que para averiguar el sentido que a tales elementos corresponde en la Ley penal, es preciso atender al significado conferido a los mismos en aquellas ramas del ordenamiento jurídico de las que dichos elementos provienen, así como a las salvedades y matices que de las peculiaridades de la regulación criminal puedan resultar (14). Cuáles son tales salvedades y matices resulta de lo que más adelante se expondrá. El que la estimación de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable esté, por supuesto, condicionada a la existencia de una previa declaración de quiebra en la jurisdicción no penal, no resulta, en modo alguno, del texto de los artículos 520 y 521 del Código Penal, sino de lo prescrito en el artículo 896 del Código de Comercio, es decir, de la atribución a la declaración de quiebra de la cualidad de condición de procedibilidad, por este último precepto. Como conclusión de lo expuesto cabe sentar dos afirmaciones: a) la declaración de quiebra efectuada por la jurisdicción civil constituye una condición de procedibilidad para la estimación de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable,

(13) De modo distinto GONZÁLEZ MONTES: *Ob. cit.*, p. 297. los referidos artículos del Código Penal constituye un

(14) MAURACH: *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Barcelona, 1962, pp. 32 y ss.

lo que comporta el que la persecución penal de dichas infracciones presupone la existencia de la indicada declaración; b) la cualidad de «quebrado» integrante del tipo de los artículos 520 y 521 del Código Penal constituye un elemento normativo cuya interpretación debe regirse por las normas lógicas antes aludidas.

El segundo de los dos elementos integrantes del tipo de los artículos 520 y 521, a saber, la declaración en insolvencia fraudulenta o culpable, muestra unas características distintas de las correspondientes al primero. Obsérvese, en efecto, que al expresar el Código Penal el segundo de estos requisitos no se refiere a quien *hubiese incurrido* en una causa de insolvencia fraudulenta o culpable o a quien *mereciese* ser calificado como insolvente de una u otra categoría, sino a quien *fuere declarado* en una u otra situación. Algunos autores han observado, conforme ya antes indicamos, que las aludidas *declaraciones* de insolvencia deben entenderse constituidas por las *calificaciones* de las quiebras bajo los conceptos de «insolvencia fraudulenta» y «culpable», que aparecen reguladas en los artículos 886 y siguientes del Código de Comercio. En relación a dicha interpretación debe, sin embargo, observarse que los artículos 520 y 521 no hablan de *calificación* de la quiebra, sino de *declaración* del quebrado en la insolvencia de una de las dos clases antes referidas (15), omitiéndose además toda expresa preferencia al sujeto al que dicha declaración corresponde.

De entenderse conforme al parecer doctrinal aludido que el presupuesto de la conminación penal viene aquí dado por la *declaración* de insolvencia fraudulenta o culpable, por la jurisdicción civil, resultará evidente que

(15) BAJO FERNÁNDEZ: *El contenido...*, ob. cit., p. 559.

el tenor de los artículos 520 y 521 obligará a aplicar las penas de presidio mayor y menor, respectivamente, en cuanto, por lo que a este requisito se refiere, concurra la referida declaración. Esta conclusión, a la que la lectura de los artículos 520 y 521 conduce, resulta contradicha por la nutrida jurisprudencia antes indicada, que lejos de contentarse con el hecho de la declaración de quiebra, se atribuye la función no sólo de indagar si los hechos que motivaron la aludida declaración por la jurisdicción civil —v. gr., la omisión de los libros— se produjeron en la realidad, sino además de valorar si los hechos efectivamente realizados, cumplidores de algunos de los supuestos de la insolvencia fraudulenta o culpable enumerados por el Código de Comercio, merecen ser valorados como constitutivos de los tipos penales de los artículos 520 y 521. Las consecuencias a las que la aplicación de tales criterios condujo, fueron expuestas ya anteriormente. El que toda esta práctica judicial pueda manifestar una desvinculación del texto de los artículos 520 y 521 del Código Penal, no debe, sin embargo, conducir a la emisión de un juicio desvalorativo sobre la referida jurisprudencia. Muy al contrario, ésta debe ser calificada como progresiva y merecedora, en consecuencia, de una solución favorable, pues impide el que un juicio emitido por un Tribunal no penal despliegue un efecto de condena criminal sin posibilidad de que la jurisdicción penal indague la corrección de un tal juicio. El intentar una defensa de la referida práctica judicial a base de tratar de demostrar el que la misma responde a una estricta interpretación del Código Penal, no resulta, a nuestro juicio, posible. Y el condenar la indicada jurisprudencia en atención a la falta de rigor que en la aplicación

de los preceptos penales denote, manifestaría un formalismo, a nuestro juicio, inaceptable.

No deja de constituir una cierta paradoja el que al interpretar los artículos 520 y 521 del Código Penal se atribuyan los Tribunales penales la función de indagar si los hechos que motivaron la calificación de la quiebra por la jurisdicción civil, se produjeron en la realidad, y la de valorar si los hechos efectivamente realizados merecen ser valorados como constitutivos de los tipos penales, en tanto que al hacerse aplicación de los artículos 896 del Código de Comercio y 1.386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se entienda que el Juez o Tribunal *debe*, en su caso, declarar la existencia de méritos para proceder criminalmente y mandar sacar testimonio para proceder criminalmente, tanto para la quiebra fraudulenta como para la culpable, pese a que el texto legal no impone, conforme se expuso, tales conclusiones.

b) La formulación por la jurisprudencia del requisito del *propósito de perjudicar a los acreedores*, como elemento subjetivo del delito de quiebra fraudulenta, comporta una plausible limitación del ámbito de lo delictivo. Manifiesta, en términos generales, la tendencia frecuente en la práctica judicial, de restringir la esfera de los tipos cuyo alcance se presenta como excesivamente amplia, en virtud de la exigencia de un propósito dirigido a la vulneración, de una u otra forma, del respectivo bien jurídico. La base que la Ley ofrece para la introducción de un tal elemento subjetivo es, sin embargo, escasa, cuando no inexistente. De una parte, los varios números del artículo 890 del Código de Comercio, si bien requieren la existencia de una voluntad o finalidad como elemento propio de cada una de las acciones integrantes de los indicados números, no exigen expresamente la concurrencia de un adicional ele-

mento subjetivo. De otra parte, tampoco el texto de los artículos 520 y 521 del Código Penal ofrece una clara base para reclamar el referido requisito.

En relación a ello cabría pensar en la conveniencia de postular una exigencia similar, pero de índole objetiva: la adecuación o idoneidad de la acción para causar perjuicio a los acreedores. Así, por ejemplo, la omisión de los libros —número 3 del artículo 890 del Código de Comercio— debería dar lugar a la estimación del delito del artículo 520 del Código Penal si aquélla resultara apropiada para causar un perjuicio a los acreedores. Una tal exigencia tiene la ventaja de la mayor seguridad y certeza que lo objetivo tiene en relación a lo subjetivo, así como la base que la noción del bien jurídico ofrece para aquélla. La decisión de si se debe mantener el requisito subjetivo introducido por la jurisprudencia o proponer, por el contrario, la introducción de la aludida exigencia objetiva —sea para sustituir o para acompañar a la subjetiva— depende, en gran medida, de la postura que con carácter general se adopte en la Teoría General de antijuricidad.

c) Bajo un punto de vista lógico, resulta incorrecta la incriminación por imprudencia que la práctica jurisprudencial admite (16) en los casos en los que habiendo concurrido uno de los supuestos determinantes del carácter fraudulento de la quiebra conforme al artículo 890 del Código de Comercio —la inmensa mayoría de las sentencias aparecen referidas al número 3 de omisión de los libros—, está ausente el propósito de defraudar a los acreedores, pues la aceptación de un elemento subjetivo del tipo obsta a la admisión de la impruden-

(16) Recuérdese, entre otras, las sentencias de 29 marzo 1968, 9 abril 1969, 20 diciembre 1969, 5 marzo 1973 y 28 junio 1973.

cia como modalidad ejecutiva del delito. El establecimiento del referido propósito como requisito subjetivo de la quiebra fraudulenta, hubiera debido, lógicamente, conducir a rechazar la incriminación por culpa de dicha infracción. La estimación en tales casos de la imprudencia punible, posiblemente ha respondido al deseo de dar entrada, para los casos enjuiciados por la referida jurisprudencia, de una vía intermedia entre la responsabilidad por el artículo 520 y la absolución de todo delito.

d) Plausible resulta, en términos generales, la práctica judicial de rechazar la estimación del delito de quiebra fraudulenta en los casos en los que la única circunstancia concurrente en la quiebra, que determinó la calificación de la misma como fraudulenta por la jurisdicción civil, fue la de la omisión de los libros aludida por el número 3 del artículo 890 del Código de Comercio, pues una tal falta carece con frecuencia de toda gravedad u ostenta, a lo sumo, una significación que no justifica la imposición de un trato penal tan severo como el que resulta del artículo 520 del Código. Damos, desde luego, por reproducidos aquí los reparos antes efectuados a la incriminación por imprudencia del delito de quiebra fraudulenta, tras la aceptación del propósito de perjudicar a los acreedores, como elemento subjetivo del tipo.

C) La interpretación efectuada por la jurisprudencia de la regulación de los delitos de quiebra y, en particular, el criterio manifestado por aquélla de aplicar a la presente materia las exigencias resultantes de la noción del delito (17), dan base para pensar en la conve-

(17) La sentencia de 20 diciembre 1969 declara: «... el juez penal, luego de haber sido requerido para actuar, tiene total autonomía material, para la valoración plena de la conducta...»

niencia de estructurar con el adecuado rigor los elementos de *acción* y *resultado* en los delitos de quiebra. En la medida en la que todo delito requiere, por imperativo del párrafo primero del artículo 1, la existencia de una *acción* u *omisión*, procede interpretar los términos expresivos de los tipos de los artículos 520 y 521 que en su tenor literal no aparecen referidos a un acto, sino a una cualidad personal —la del «quebrado» que fuere declarado en insolvencia fraudulenta» o «culpable», en el sentido de exigir, ante todo, la concurrencia de alguna de las *acciones* descritas en los números de los artículos 890 y 888 del Código de Comercio —v. gr., la de un alzamiento (número 1) del artículo 890, una inclusión en el balance de números supuestos (número 2) del artículo 890—. Y, en atención al significado del término «quebrado», cabrá pensar en reclamar una relación de causalidad entre aquella acción y la quiebra —entendida por unos como cesación de pagos y por otros como una insolvencia. Obsérvese que la quiebra como resultado es distinta a *pérdida ocasionada a los acreedores* que, asimismo, debe concurrir como requisito de la presente infracción según expusimos anteriormente. Las consecuencias que de una tal construcción se desprenden, son, entre otras, la de rechazar la posibilidad de que el artículo 891 del Código de Comercio pueda dar lugar a la estimación del delito de quiebra fraudulenta, por no aparecer referido dicho artículo a una propia y verdadera *acción*, y la de, asimismo, rechazar el que el número 15 del artículo 890

haciendo además con el empleo de los principios técnico-dogmáticos, que derivan de la efectividad indispensable del sistema culpabilista penal y que atienden para juzgar toda conducta humana no a criterios objetivos, sino al alcance e intensidad de la inteligencia y voluntad del sujeto activo, con arreglo a los distintos grados componentes de aquella culpabilidad....»

del Código de Comercio pueda originar la apreciación de dicho delito, por describir tal número una *conducta posterior* a la declaración de quiebra.

El grado de vinculación a la letra de la ley de la estructuración expuesta de los elementos de acción y resultado en los delitos de quiebra, es similar, cuando no mayor al de la regulación creada por la jurisprudencia al dar aplicación, según se expuso, a los preceptos de los artículos 520 y 521 del Código Penal. Y si una tal regulación ha alcanzado vigencia en la práctica jurídica, cabe pensar en que también la obtenga la construcción doctrinal por nosotros propuesta.

III. CONSIDERACIONES CRITICAS SOBRE LA REGULACION JURIDICA Y LA APLICACION DE ESTA REALIDAD PRACTICA

La valoración crítica de la regulación de los delitos de quiebra obliga a tomar en consideración dos aspectos distintos; a saber, el de la ordenación legal de las referidas infracciones y el de la aplicación dispensada a aquélla en la realidad práctica. Examinemos separadamente, a continuación, uno y otro.

1. REGULACIÓN JURÍDICA.

El examen del primero de los dos aspectos obliga, a su vez, a examinar, siquiera será muy brevemente, la regulación del Código de Comercio a la que los indicados artículos del Código Penal se remiten, y, a continuación, la contenida en el Código Penal.

A) Lo primero que de los artículos 888 y 890 del

Código de Comercio llama la atención, es el casuismo al que dichas disposiciones responden, vulnerador de la simplicidad y claridad propias de una buena técnica legislativa. Más grave resulta la gran heterogeneidad de las causas enumeradas en cada uno de los dos referidos artículos. Algunas de ellas pueden ser constitutivas de delitos distintos a los de quiebra (18), según se desprende de los números 1, 2 y 7 del artículo 890. Una tal circunstancia obliga a plantearse la cuestión de si resulta, o no, conveniente el mantenimiento de tales conductas entre las enumeradas como determinantes de la calificación de la quiebra como fraudulenta, interrogante al que se debe responder en sentido negativo (19).

Mucha mayor importancia encierra el hecho de que en tanto que algunas de las causas enumeradas en los referidos artículos del Código de Comercio denotan una evidente gravedad, otras hacen referencia a conductas carentes de una tal significación desvaliosa y dotadas, además, de una amplia difusión en la vida social. Como ejemplos de lo primero, cabe aludir a los números 1 y 7 del artículo 890; y de lo segundo, al número 3 del propio artículo en relación a los pequeños empresarios individuales.

A la vista de todo ello se impone la necesidad de una reforma inspirada en los objetivos a los que seguidamente se hace referencia. En primer lugar, debe estudiarse la posibilidad de reformar la redacción de los indicados preceptos del Código de Comercio en aras de los valores de simplicidad y claridad que definen una correcta técnica legislativa. En segundo, y ello es de una significación evidentemente superior, procede inda-

(18) MUÑOZ CONDE: *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, pp. 72 y ss.

(19) MUÑOZ CONDE: *Ob. cit.*, p. 80.

gar hasta qué punto guardan conformidad las conductas descritas en los referidos artículos con las valoraciones que rigen y con las que deben regir en la vida social. Una tal indagación presupone la averiguación de cuáles son las normas que, efectivamente, tienen vigencia en la vida mercantil —investigación ésta de índole sociológica— y la determinación de cuáles de estas prácticas deben ser aceptadas y cuáles reprobadas por el Derecho. En tercer y último lugar, es preciso conseguir una adecuada clasificación y graduación de las causas determinantes de las quiebras, para evitar el nefasto efecto que la equiparación de las acciones de gravedad desigual comporta.

B) Aparte de las consideraciones críticas efectuadas en la exposición anterior, interesa hacer seguidamente referencia a dos aspectos de la regulación contenida en el Código Penal, atinentes el primero al sujeto activo y, el segundo, a la penalidad.

a) Destinatario de las penalidades consignadas en los artículos 520 y 521 lo son quienes ostenten la cualidad de *quebrado*; en el bien entendido de que, en atención a lo anteriormente expuesto, dicha cualidad presupone la realización de una acción u omisión. La circunstancia de que tanto el comerciante individual, como el social, pueden ser declarados en quiebra, unida al hecho de que dadas las características de la situación económica actual acostumbra a tener una muy superior trascendencia en el orden económico general la quiebra de los segundos que la de los primeros, han conducido a que en la presente materia se planteara la cuestión de qué trato jurídico-penal debe dispensarse a la quiebra del comerciante social. Una tal cuestión acostumbra a ser resuelta en virtud de la aplicación de las dos premisas siguientes: a) la responsabilidad penal es aplicable úni-

camente a las personas físicas; b) de las infracciones llevadas a cabo en el seno de una sociedad mercantil responden los individuos integrantes de ésta. La conclusión que de tales premisas deriva la jurisprudencia, es la de aplicar los tipos de los artículos 520 y 521 a las acciones cometidas por las personas físicas componentes del comerciante social (20). En este sentido cabe aducir la sentencia de 18 de octubre 1969: «... nuestro ordenamiento penal, bien que carente de disposición general concreta declaratoria de que la responsabilidad de esta naturaleza es exclusivamente individual o personal, se asienta sobre este principio y rechaza la posibilidad de su exigencia a sociedades, corporaciones, entidades, personas jurídicas en suma, mas no por ello cabe descartar que si mediante la actuación a través de algunos de dichos entes se desarrolla actividad criminal, pueda y deba perseguirse y sancionarse a las personas físicas individuales que con facultades de administración, gestión, dirección o cualesquiera otras, vinieran impulsando la actividad del ente jurídico de que se trate por el ilícito camino... que la doctrina anterior conviene a casos como el actual, relativo al delito de quiebra fraudulenta... por el que han sido correctamente sancionados los socios fundadores, administradores, de cierta Sociedad..., ya que si bien es cierto que... la quiebra de una de estas Compañías no lleva aparejada la de sus personas componentes es claro que el término «quebrado» utilizado por el legislador penal, con el criterio que rectamente debe prevalecer no se aplica extensivamente a las personas físicas responsables de la insolvencia fraudulenta, sino que simplemente circunscrita siempre la quiebra y su calificación a la Sociedad

(20) LANDROVE: Ob. cit., pp. 162 y ss.

de que se trate, con carácter necesario deben responder aquéllas consecuentemente a las actividades criminales que individualmente hayan desplegado, solución pacífica alcanzada por la doctrina, y pluralmente aplicada por esta Sala, convergente en que sujetos activos de este delito pueden, sin duda, serlo los socios gestores, gerentes o administradores...» —en sentido similar se pronuncian las de 22 mayo 1969 y 2 junio 1973.

La solución hasta aquí expuesta no puede, a nuestro juicio, ser aceptada. En la medida en la que los artículos 520 y 521 disponen que las penas de presidio mayor y presidio menor se impongan al «*quebrado*» y en que, en el caso de recaer la declaración de quiebra sobre un comerciante social, únicamente a *éste* —y no así, en cambio, a los individuos integrantes— corresponde la referida cualidad, deberá rechazarse la posibilidad de aplicar las indicadas penas a los sujetos miembros del comerciante social. Tampoco cabrá castigar a dichos individuos como *participes* en los delitos (21) de los artículos 520 y 521, por la sencilla y elemental razón de que toda participación presupone la realización del tipo principal y el comerciante social no está en situación de cumplir dicho tipo.

A este respecto no debemos dejar de destacar el hecho de que la regulación de los delitos de quiebra impide toda reacción penal —sobre esta base delictiva— en relación a las conductas llevadas a cabo con ocasión de las quiebras de los comerciantes sociales, no obstante corresponder a las situaciones de insolvencia de éstos una significación y trascendencia para el orden eco-

(21) Ya sea en virtud de las reglas generales de participación en el caso de que una tal aplicabilidad se admita, ya de lo dispuesto por el artículo 522 del Código Penal.

nómico, muy superiores, en términos generales, a las de los individuales.

Todo ello, por supuesto, no obsta a que las referidas acciones puedan dar lugar a la estimación de otros delitos —v. gr., estafa o apropiación indebida— distintos a los castigados en los artículos 520 al 522 del Código Penal.

b) Criticable resulta, asimismo, el sistema de pena-
lidad establecido para los delitos de quiebra, no sólo por la excesiva gravedad de la sanción consignada en el artículo 520, sino, además, por el criterio objetivo que inspira la determinación de la pena en el artículo 527 (22).

2. LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN JURÍDICA A LA REALIDAD PRÁCTICA.

El estudio de toda regulación penal y, en particular, el de los delitos de quiebra, obliga no sólo a examinar la ordenación legal en sí misma considerada y los criterios introducidos por doctrina y jurisprudencia al interpretar y llevar a la realidad las disposiciones legales, sino, además, el grado de aplicación que las mismas pueden haber tenido en la realidad. Los dos primeros aspectos fueron ya expuestos en la segunda parte del presente trabajo correspondiendo efectuar, a continuación, algunas consideraciones en relación al último de ellos. Para lograr una imagen de esta importantísima cuestión del grado de aplicación de los preceptos penales a la realidad práctica, por lo regular tan escasamente tomada en consideración en los estudios existentes,

(22) Nos remitimos aquí a las críticas expuestas por QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, ob. cit., pp. 167 y ss., y LANDROVE: *Ob. cit.*, pp. 290 y ss.

poco puede ciertamente servir el examen aislado de la jurisprudencia.

De poderse llevar a cabo un cálculo del *número de acciones* efectivamente producidas en la realidad social que aparte de cumplir algunos de los supuestos enumerados en los artículos 888 y 890 del Código de Comercio, hayan causado una verdadera situación de insolvencia y una pérdida a los acreedores, la conclusión a la que, posiblemente se llegaría, sería la de que dicho cómputo alcanza unas cifras realmente elevadas. Escaso es, en cambio, el *número de sentencias condenatorias* por delitos de quiebra dictadas por los tribunales españoles (23). La amplísima desproporción existente entre una y otra cifra es atribuible a pluralidad de causas, impuestas unas por la aplicación de lo dispuesto en la Ley y otras por su inobservancia. Recuérdese, en efecto, que la persecución penal de los delitos de quiebra requiere la declaración de quiebra, la calificación de ésta como fraudulenta o culpable y la declaración de haber méritos para proceder criminalmente, como resoluciones dictadas todas ellas por la jurisdicción civil; y que desde que el juez tiene por solicitada la suspensión de pagos, se impide a los acreedores la solicitud de declaración de quiebra (arts. 4 y 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922). Aparte de todo ello, téngase en cuenta que puede perfectamente ocurrir que por diversas razones de naturaleza extra-legal, es decir, por criterios y factores al margen de la Ley, no se llegue a dictar una condena por quiebra fraudulenta o culpable, no obstante haberse llevado a cabo en la reali-

(23) Una tal observación aparece recogida en distintos autores, QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, obr. cit., III, pp. 20 y s.; MUÑOZ CONDE: *Obr. cit.*, p. 189; MUÑOZ SABATÉ: *La prueba de la simulación*, Barcelona, 1972, pp. 156 y ss.

dad unas acciones causantes de insolvencia y pérdida de créditos, de las características antes expuestas. Baste a tal efecto pensar en que por el deseo de evitar la futura persecución penal el juez civil no califique la quiebra como fraudulenta o culpable, o que por una falta de disposición al litigio de la acusación no llegue el proceso a trámite de sentencia. Los criterios o factores que en uno y otro caso habrán, efectivamente, *decidido* la ausencia de condena penal, ostentarán una naturaleza evidentemente extra-legal y manifestarán, por lo regular, una vulneración de las prescripciones legales.

De entre las varias causas legales y extra-legales de la desproporción denunciada, los autores, en ocasiones, han criticado la regulación contenida en la Ley de Suspensión de Pagos, por permitir al comerciante sustraerse a la persecución por quiebra a través de la petición de que se tenga por solicitada la suspensión (24). La observación está llena de sentido, pues si bien resulta perfectamente comprensible el que la persecución penal de una conducta se condicione a la voluntad de la víctima —piénsese en los delitos perseguibles a instancia de parte— o a una resolución judicial —ejemplos los ofrecen los delitos de acusación y denuncia falsos (art. 325) e injuria o calumnia causadas en juicio (art. 467)—, no lo es tanto el que un comportamiento del propio agente que, por lo demás, nada tiene que ver con el arrepentimiento o el desistimiento, cierre el paso a la reacción penal, máxime cuando la misma ostenta la gravedad que los artículos 520 y 521 le atribuyen.

La principal conclusión que se deriva de lo expuesto es la de la considerable inseguridad jurídica que caracteriza a la aplicación de los tipos penales de quiebra.

(24) Cfr. BROSETA PONT: *Manual de Derecho mercantil*. Madrid. 1974. 674 y ss.

Llevada a cabo por un comerciante alguna de las conductas descritas en los artículos 888 y 890 del Código de Comercio y ocasionados los resultados de insolvencia y perjuicio antes indicados, el pronóstico de si se impondrá, o no, al sujeto las penas prescritas en los artículos 520 y 521, alcanzará un nivel de inseguridad muy superior al que podríamos calificar como normal. Y lo grave es que un tal pronóstico afecta a penas de la importancia de las consignadas en los indicados artículos; y, sobre todo, el que el resultado final —la imposición de la pena o la ausencia de todo efecto jurídico— esté en función no ya de razones de *oportunidad* que, aunque opuestas a las de *legalidad*, suponen una cierta racionalización, sino del puro *acaso* resultante de la interacción del complejo de factores antes indicados.

La inseguridad que al proceso de aplicación de los tipos de quiebra caracteriza, induce a formular la pregunta de si no debería abogarse por un mayor grado de aplicación de dichos preceptos penales a la realidad social, máxime cuando la consideración del orden económico actual y la creciente preocupación por la delincuencia financiera impulsan a un aprovechamiento de los recursos del derecho punitivo. La solución a dicho interrogante, obliga a formular las observaciones que seguidamente se exponen.

Ante todo, debe observarse que la aplicación de los tipos penales presupone la concurrencia de ciertas condiciones extrínsecas a la propia jurisdicción penal, cuya exigencia, impuesta por la ley, determina, según vimos, una indudable limitación del ámbito de efectiva punición por los delitos de quiebra.

En segundo lugar, importa poner de relieve que la falta de una *rigurosa* aplicación de los preceptos pena-

les puede responder, conforme asimismo se expuso, a la introducción por doctrina y jurisprudencia de ciertos criterios restrictivos que, en términos generales, pueden resultar plausibles. En todos estos casos la falta de rigurosa aplicación de los tipos punitivos constituirá un hecho que no puede en modo alguno merecer un juicio desfavorable.

Debe, por último, tenerse en cuenta que la invocación de razones de índole político-criminal en pro de una ampliación, ya por vía de ley, ya por la de postular la rigurosa aplicación de los preceptos legales existentes, tropieza con el gran obstáculo que representa el pretender la realización de un sistema punitivo cuyos inconvenientes resultan obvios. El invocar razones para una restricción del ámbito de lo punible, y para dejar sin sanción penal determinadas conductas es, en términos generales, fácil. Lo contrario ocurre, en cambio, cuando de lo que se trata, es de abogar por la ampliación del *ius puniendi*, en atención a los defectos y perjudiciales efectos que la aplicación del actual sistema de penas comporta. Con frecuencia se afirma en la actualidad que todo proyecto de reforma de las sanciones de las que el Derecho Penal dispone, presupone como cuestión previa una reconsideración de cuáles son las acciones que se deben configurar como delito y la consiguiente eliminación del ordenamiento punitivo de una serie de conductas constitutivas hoy de infracción criminal, así como la incorporación de otras sustraídas hoy a la pena (25). Aun reconociendo lo fundado de una tal consideración, creemos que con la misma razón cabe afirmar que los inconvenientes de los que hoy adolece

(25) Cfr. GÜNTHER KAISER: *Entwicklungstendenzen des Strafrechts*, en «Festschrift für Reinhart Maurach», Karlsruhe, 1972, pp. 28 y ss.

el sistema punitivo hacen hoy extremadamente difícil el postular responsablemente una extensión del ordenamiento penal a conductas situadas hasta ahora fuera de su ámbito. Esta observación conduce, por supuesto, a poner de relieve la existencia de una indudable aporía que resulta muy ilustrativa sobre la situación espiritual que la ciencia penal atraviesa: por un lado, se afirma que toda reforma de las sanciones penales presupone una reconsideración de cuáles son las acciones que deben constituir delito, tanto en el sentido de suprimir determinadas infracciones criminales, como en el de ampliar el ámbito de las sometidas a pena —siquiera en medida muy inferior a aquélla—; y, por otro lado, no puede sino observarse lo difícil que resulta el propugnar una ampliación del ordenamiento criminal basado en el actual sistema punitivo.



MARIA DOLORES FERNANDEZ RODRIGUEZ

Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal

Universidad de Santiago de Compostela



Política criminal del adulterio



I. DETERMINACIONES PREVIAS.

II. EL ADULTERIO EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES.

1. **Código de 1822.**
2. **Código de 1848-50.**
3. **Código de 1870.**
4. **Código de 1928.**
5. **Código de 1932.**
6. **Ley de 11 de marzo de 1942.**
7. **Código de 1944. Derecho vigente.**

III. DERECHO COMPARADO.

1. **Países que incriminan el adulterio.**

- A) Sistemas que sancionan discriminatoriamente adulterio y amancebamiento.
- B) Sistemas de incriminación en régimen de paridad.

2. **Países en los que el adulterio no constituye delito.**

IV. LA DOCTRINA ESPAÑOLA ANTE EL ADULTERIO.

1. **El pensamiento tradicional.**
2. **La doctrina contemporánea.**

- A) Partidarios de la incriminación. Argumentos.
- B) Defensores de la tesis desincriminadora. Argumentos.

V. CONCLUSIONES.



I. DETERMINACIONES PREVIAS

Que la legislación penal española necesita una urgente revisión actualizadora, es una realidad incuestionable. Nuestra doctrina ha denunciado, hasta la saciedad, la desarmonía existente entre la realidad social nacional y un viejo cuerpo legal que, en esencia, procede del texto de 1848. Los Códigos de 1870, 1928 o 1932 no han sido más que parciales retoques de una legislación concebida y dictada para regular estructuras sociales hoy absolutamente periclitadas. Otras reformas (1963, 1971 y 1974) se han concebido con menor alcance y, de ahí, su menor trascendencia.

Quizá el más ambicioso intento en el sentido apuntado sea la *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal* elaborado por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación (diciembre de 1972). Las abundantes y justificadas críticas (1) con que esta obra fue recibida, parecen haber determinado —afortunadamente— el arrinconamiento de la misma.

(1) BARBERO SANTOS, M. lo critica duramente: «Su pedes-trismo científico, xenofobia, carácter exageradamente represivo, misoneísmo e incluso estolidez nos muestra el camino que no debemos seguir»; solicita, por ello, la retirada del proyecto oficial «para evitar el desprestigio que sobre la ciencia penal es-

En consecuencia, la necesidad agudamente sentida de un nuevo Código Penal se replantea, en 1975, con intensidad no alcanzada en momentos anteriores en el tiempo. Con nuestro trabajo tratamos de evidenciar —simplemente— un aspecto muy concreto de la inaplazable urgencia de esta reconciliación del Derecho positivo con la realidad.

Una tendencia universalmente manifestada en el ámbito comparatista es la desincriminación de los que se han denominado «delitos viejos» (2). La desincriminación puede traducirse en una tendencia a la limitación sistemática de la pena o a su eliminación del sistema penal siendo reemplazadas por otras medidas menos severas, susceptibles de cumplir igual o mejor las funciones sociales de la pena. Como pone de relieve CIESLAK, el hecho de que la pena sea un fenómeno necesario no implica que

pañola recaería si el mismo se llegase un día a aprobar.» (Cfr. *Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma*, en «Sistema», núm. 10, 1975, julio, p. 113, y en *Postulats politico-criminels du système répressif espagnol en vigueur: propositions pour une réforme*, en «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 1975, número 3, p. 651.) Sobre este anteproyecto vid., también, CEREZO MIR, J.: *Informe sobre el anteproyecto de bases del libro I del Código Penal*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1972, núm. 3, pp. 763-792.

(2) Como destaca ANCEL, hoy en día los criminalistas tratan de distinguir, no solamente a la manera de GAROFALO, los delitos naturales y los delitos artificiales, sino también los que, a veces, se llaman viejos delitos y delitos nuevos. Entre las viejas infracciones sobre las que las legislaciones actuales se plantean la procedencia o no de la incriminación, incluye este autor el adulterio. (Cfr. ANCEL, M.: *Reflexiones sobre estudios de Derecho Penal comparado*, en «Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho», en homenaje al profesor Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 617.)

sea indispensable con el grado de intensidad y bajo la forma prevista por el sistema en vigor (3).

La idea desincriminadora, fundamento de muy recientes reformas y elogiada por JESCHECK (4) sobre la base de que en un Estado liberal de Derecho, el Derecho penal no debe intervenir sino únicamente cuando sea necesario para mantener el orden, es también uno de los presupuestos que BARBERO SANTOS considera necesarios para la reforma de nuestro Derecho penal, especialmente en aquellos supuestos que por afectar a la moral encuentran mejor tutela en ámbitos distintos del penal (5).

Es evidente la dificultad de separar Moral y Derecho. La dogmatización religiosa ha influido persistentemente sobre el Derecho que ha permanecido durante muchos siglos comprometido con la ética cristiana. Es por ello —recuerda JÄGER— que en la esfera conceptual del Derecho penal entraron «elementos procedentes de sistemas de valoración ética y religiosa, los cuales resultaba muy dudoso que tuvieran en ella su lugar justo» (6). Ahora bien, una exigencia mínima para un nuevo Derecho penal es que éste responda a las connotaciones morales de su

(3) Vid. CIESLAK, M.: *Le problème de la dépenalisation en droit penal polonais contemporain*, en «Revue internationale de Criminologie et de Police technique», 1972, núm. 3, pp. 194 y s.

(4) Vid. JESCHECK, H.-H.: *La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados*, en «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», 1972, núm. 3, p. 635.

(5) Cfr. BARBERO SANTOS: *Postulados político-criminales del sistema punitivo español: presupuestos para su reforma*, cit., página 112, y en *Postulats político-criminels du système répressif espagnol en vigueur: propositions pour une réforme*, cit., p. 650.

(6) Cfr. JÄGER, H. - BADER, K. S.: *La exigencia de norma por parte del Estado*, en Giese & Gebattel, «Psicopatología de la sexualidad», Ediciones Morata, Madrid, 1964, p. 181.

tiempo (7). Por ello, es conveniente plantearse la cuestión de si todas las penas aplicadas son, hoy, realmente indispensables para la consecución de los fines de la comunidad. No se trata, como decía ROXIN (8), de la alternativa entre un Derecho penal estricto o flojo, sino de un Derecho penal correcto o falso que sólo se alcanzará cuando en la opinión pública se imponga la idea de que «el Derecho penal más humano es a la vez el más eficaz». En definitiva, por tanto, el progreso futuro de la desincriminación dependerá de la conciencia social, y de las representaciones que en ella se formen sobre la punición justa y apropiada.

El adulterio, es, al respecto, un tema en especial sugestivo, ya que tradicionalmente ha sido polémico, discutido y discutible. Reflejo de ello es la muy variada fisonomía que, como veremos, se le otorga en el ámbito del Derecho comparado. Creemos que, por lo mismo, se justifica nuestro entusiasta, aunque modesto, intento de aportar algunas consideraciones político-criminales sobre el tema que permitan aceptar o no la oportunidad de su incriminación y, en su caso, proponer las soluciones sustitutivas más idóneas. De esta forma, estudiando el derecho que «es» y el que «debería ser», abarcaremos las vertientes crítica y constructiva de las que derivan la

(7) A este respecto subraya LEGROS que, de igual forma que el derecho penal clásico tenía necesariamente la coloración moral de su tiempo, el derecho penal nuevo debe responder a las nuevas exigencias sociales, reflejar el espíritu del tiempo actual, de una sociedad que tiene su moral, valores e ideales propios. (Cfr. LEGROS, R.: *Imputabilité pénale et entreprise économique*, en «Revue de Droit Pénal et de Criminologie», 1969, febrero-marzo, p. 367 y s.)

(8) Cfr. ROXIN, C.: *Las nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana*, en «Nuevo pensamiento penal», 1972, núm. 3, p. 394.

dinamicidad (9) y utilidad de toda política criminal entendida en el sentido realista de la definición de MANZINI como «doctrina de la posibilidad política —la realidad alcanzable— con relación al fin de la prevención y de la represión de la delincuencia» (10). Pretendemos con ello, también, alcanzar el objetivo, indubitado por ROXIN (11), de compaginar en una síntesis la vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman, en su opinión, contrastes irreconciliables sino una unidad dialéctica.

Además de las razones aludidas, la elección del tema de adulterio, que LANGLE no nos aconsejaría «por escrúpulos de pudor y habilidades de táctica» (12), la hemos realizado no sólo porque no creemos con ello asumir la «defensa de la propia causa» —ya que adoptamos el término indiscriminadamente para la conducta de ambos con-

(9) El carácter dinámico de la Política criminal proviene, según RAPPAPORT, del hecho de que ella constituye el dominio propio de las tendencias de transición, o sea, aquel en que una ley en vigor se transforma en una *lex ferenda* de futuro. Desde este punto de vista, la Política criminal es un elemento revelador no sólo de las divergencias de ideas y fines entre los Estados sometidos a regímenes diferentes, sino también de las tendencias de transformación y divergencias de opiniones en el interior de un Estado cuando por variaciones de su régimen económico, social y jurídico se modifican sus programas de acción en el dominio del delito, del delincuente, de la pena y de su ejecución. (Cfr. RAPPAPORT, E. S.: *La division de la notion d'une politique criminelle moderne*, en «Les principaux aspects de la Politique criminelle moderne», en homenaje a H. Donnedieu de Vabres, Cujas, París, 1960, p. 38.)

(10) Cfr. MANZINI, V.: *Trattato di Diritto penale*, tomo I. Bocca, Torino, 1908, p. 23.

(11) Cfr. ROXIN: *Politica criminal y sistema de Derecho penal*, traducción e introducción de F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, p. 33.

(12) Cfr. LANGLE, E.: *¿Debe constituer delito el adulterio?*, Reus, S. A., Madrid, 1922, p. 8.

yuges— sino también porque somos conscientes de que precisamente la desigualdad tradicional de la incidencia jurídico-penal en la figura a la vez que nos sensibiliza especialmente para la misma nos otorga, asimismo, una mayor objetividad para su enjuiciamiento. Queremos cumplir con ello la misión propia del estudioso del Derecho penal: la de investigar y criticar libremente sus normas para contribuir así a que la sociedad tome conciencia reflexiva de sí misma (13).

II. EL ADULTERIO EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES

Prescindiendo de alusiones anteriores en el tiempo, exponente de estructuras sociales y familiares hoy superadas (14), nos referiremos al problema desde la Codificación a pesar del *medievalismo* que, muy frecuentemente, condiciona su criminalización.

I. CÓDIGO DE 1822.

El Código Penal de 1822 siguió, en la calificación del adulterio, nuestro antiguo Derecho en el que —como se-

(13) Vid. JÄGER-BADER: *La exigencia de norma por parte del Estado*, cit., p. 187.

(14) Vid. FERRINI, C.: *Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, en «Enciclopedia del Diritto penale italiano», de Pessina, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1905, pp. 360 y ss.; VOLTERRA, E.: *Per la storia dell'«accusatio adulterii mariti vel patris»*, en «Studi economici e giuridici», R. Università di Cagliari, 1928; IDEM: *In tema di «accusatio adulterii»*, en «Studi in onore di P. Bonfante», Fratelli Treves Editori, Milano, 1930, vol. II, pp. 102 y ss.

ñalaba VICENTE Y CARAVANTES (15)— se consideraba que en el mismo se comprendían tres crímenes: uno contra la Divinidad por perjurio sacrílego a la fe jurada en los altares; otro contra la sociedad y otro privado por la injuria causada al esposo, la alteración de las relaciones familiares y el ataque a la legitimidad de la prole.

Plasmación del evidente arraigo en la anterior legislación patria es la amplia discrecionalidad concedida en el artículo 683 al marido de la adúltera, «único que puede acusar el adulterio» (según disponía el artículo 684), permitiéndole la fijación del tiempo de reclusión que ésta debía sufrir con la única limitación de que el tiempo fijado no excediera de diez años (16). La pena impuesta habría de sufrirla también el «cómplice en el adulterio» además de la de destierro del pueblo mientras viviera el marido, a no ser que éste consintiera lo contrario.

El consentimiento del adulterio, la separación arbitraria o abandono de la mujer en contra de la voluntad de ésta o el mantenimiento de manceba dentro del domicilio conyugal imposibilitaban al marido, a tenor del artículo 684, para la acusación del adulterio de su mujer. Estas dos últimas conductas podían ser denunciadas por la mujer y para las cuales fijaba el artículo 685 la pena de dos a ocho meses de arresto.

(15) Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Código penal reformado, comentado novísimamente*, imprenta de don Alejandro Gómez Fuentenebro, Madrid, 1851, p. 399.

(16) En nuestro antiguo Derecho, en Castilla, se ponía a los adúlteros en manos del marido ofendido, pudiendo éste disponer también de sus bienes si aquéllos no tenían hijos legítimos (Fuero Juzgo, lib. III, tít. IV, leyes 1.^a, 9.^a y 12.^a). El Fuero Real (lib. IV, tít. VII, ley 1.^a) concedía asimismo al marido la facultad de castigar a los adúlteros siempre que la acción se dirigiera contra ambos, permitiéndole incluso darles muerte; precepto que reaparecería en la Novísima Recopilación (lib. XIII, tít. XXVIII, ley 1.^a).

2. CÓDIGO DE 1848-1850.

Si nuestro primer texto legal incluía el adulterio en el genérico epígrafe de «Delitos contra las personas», en el Código de 19 de marzo de 1848 formará capítulo independiente dentro del título dedicado a los «Delitos contra la honestidad»; desafortunada ubicación que, a pesar de las numerosas críticas (17), se consolidaría como definitiva hasta nuestros días.

La configuración penal del adulterio sufrió en este Código la más importante reforma de toda su historia reflejada en una redacción que, con muy ligeras modificaciones que señalaremos, es la que persiste en la actualidad. Ello justifica que nos detengamos en un minucioso examen de su contenido.

La primera y principal novedad a destacar es la reducción de las facultades de disposición del marido: sigue éste teniendo la facultad de iniciar la persecución del adulterio de su mujer, no así la de fijar la pena que ahora será determinada por el juez (artículo 350).

La introducción de una definición del adulterio en el artículo 349 («Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio») es otra de las innovaciones más loables de este texto legal.

Como impedimento de la interposición de querrela se añade al del consentimiento, el perdón del marido, al

(17) Especialmente vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo V, Salamanca, 1893, pp. 6 y ss.; COBO DEL ROSAL, M.: *El bien jurídico en el delito de adulterio (art. 449 del Código Penal)*, en «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», 1963, núm. 3, pp. 512 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, segunda edición puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 819.

mismo tiempo que se faculta expresamente a éste para remitir la pena a su consorte, volviendo a reunirse con ella; potestad que sólo indirectamente parecía deducirse del artículo 683 del Código de 1822 (18).

Por vez primera también, el artículo 352 hace referencia a la ejecutoria en causa de divorcio por adulterio disponiendo que sólo surtirá efectos en lo penal cuando fuere absolutoria.

Asimismo es de resaltar, por su importancia, la nueva configuración de la figura del amancebamiento. Considerado éste en el texto punitivo anterior principalmente como una excepción a la facultad acusatoria del marido (aunque podía dar lugar también, como ya señalábamos, a una denuncia por parte de su mujer), se concibe en la nueva redacción del artículo 353 como un verdadero delito que comprende no sólo la conducta del marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, sino también si la tuviere fuera de ella con escándalo, siéndole aplicables las disposiciones generales del adulterio.

Respecto de la pena, aunque atenuada, persiste la discriminación anterior. Para los sujetos de adulterio se prevé la pena de prisión menor (de cuatro a seis años) y para los de amancebamiento la de prisión correccional (de siete meses a tres años), para el marido, y la de destierro, para la manceba.

La reforma de 30 de junio de 1850 en materia de adulterio y amancebamiento se limitó a modificar la numeración del articulado que los tipificaba (19).

(18) «Si el marido muriese sin haber pedido la soltura...»

(19) En el Código de 1848 se regulaban ambas figuras en los artículos 349 a 353. Con la reforma de 1850 pasaron a integrar el contenido de los artículos 358 a 362.

3. CÓDIGO DE 1870.

En este Código, junto a una modificación numeradora (20) se observan otras de mayor entidad. Se rebaja para el adulterio el mínimo de la pena, que de prisión menor (de cuatro a seis años) pasa a ser de prisión correccional en sus grados medio y máximo (de dos años, cuatro meses y un día a seis años), y se aumenta el máximo de la pena para el amancebamiento, que de prisión correccional (con una duración de siete meses a tres años en el Código de 1848) pasa a ser de prisión correccional en sus grados mínimo y medio (de seis meses y un día a cuatro años y dos meses). Se produce con ello un intento, si bien mínimo, de equiparación entre adulterio y amancebamiento a efectos de punición.

La otra innovación acogida en este texto legal fue la supresión de la alusión al perdón implícito del marido: «volviendo a reunirse con ella» (artículo 351 del Código de 1848), innecesaria al estar comprendido en el perdón explícito del artículo 449 («o *perdonado* a cualquiera de ellos»).

4. CÓDIGO DE 1928.

«Adulterio y amancebamiento» será, excepcionalmente, la rúbrica del capítulo VII del título X del Código de 1928. Por primera y única vez se contemplan en un mismo artículo el adulterio y el amancebamiento. Aunque con diferente redacción, en sustancia la materia de cada delito no varía: para el adulterio el yacimiento en sí mismo y para el amancebamiento las circunstancias que lo rodean. También es este Código el primero en im-

(20) Tipificados en este Código en los artículos 448 a 452.

ner la misma pena para la mujer que para el marido, extendiéndose esta paridad al correo y a la manceba. No sólo prevé para estas conductas una pena inferior a la del Código anterior (ahora de uno a tres años de prisión) sino que en el mismo artículo 620 la atenúa sensiblemente (multa de 1.000 a 2.000 pesetas) en los supuestos de que el cónyuge culpable estuviera separado legalmente del otro cónyuge o hubiera sido abandonado por el mismo.

Como novedad, introduce el artículo 621, último párrafo, la posibilidad de que el cónyuge agraviado extienda la querella contra los cómplices del delito de adulterio o amancebamiento, precepto que dio lugar a duras y justificadas críticas.

5. CÓDIGO DE 1932.

Llegamos así en esta breve panorámica de nuestros textos punitivos al Código Penal reformado de 5 de noviembre de 1932, único en el que ni el adulterio ni el amancebamiento encuentran incriminación. Veamos el proceso que desembocó en tan afortunada solución.

Por Decreto de 6 de mayo de 1931, el Gobierno provisional de la República creó la «Comisión Jurídica Asesora» a la que fijó como uno de sus cometidos la reforma del Código Penal de 1870 entonces en vigor por haberse anulado el de 1928 mediante Decreto de 15 de abril del mismo año. Según declara la Exposición de Motivos del *Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 1870*, las reformas introducidas son de cuatro clases: las primeras venían obligadamente impuestas por la nueva Constitución; las segundas, intentaban corregir defectos técnicos del Código de 1870; las terceras, las más numero-

sas, tendían a humanizar el Código, y las cuartas, que eran de «índole peculiarísima» (21). A las finalidades humanizadoras respondía la rebaja de las penas en el adulterio y amancebamiento sancionados en el *Anteproyecto* con la de arresto mayor (22).

El *Anteproyecto* fue presentado a las Cortes Constituyentes el 19 de noviembre del mismo año pasando a la Comisión de Justicia del Parlamento. En el Dictamen emitido por esta comisión, de fecha 16 de junio de 1932, se establecía en su base 25 que «el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido tendrán idéntica sanción». En el debate ante las Cortes de este dictamen, la Comisión elevó una propuesta de erradicar el delito de adulterio del Código Penal. Aprobada por la Cámara, la redacción del párrafo primero de la base 25 fue la siguiente: «Se suprimirán el adulterio y amancebamiento como delito» (23). El 8 de septiembre de 1932 se decreta y sanciona la *Ley de Bases para la reforma del Código Penal de 1870* con las enmiendas que la Cámara aceptó.

El Código aprobado fue, pues, más lejos que el *Anteproyecto* al eliminar de su articulado el adulterio y amancebamiento. La reforma en esta materia no podía tener otro alcance si quería ser consecuente con la *Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932* que en su artículo tercero incluía el adulterio como causa de divorcio. Por ello, en su Exposición de Motivos, el nuevo Código razona la de-

(21) Cfr. *Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1870 que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1931, p. 14.

(22) Tipificados en los artículos 430 a 434.

(23) Sobre el Proyecto de Ley de Bases de la Comisión Parlamentaria de Justicia, vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1950, pp. 601 y ss.

sincriminación: «Después de proclamar en la ley de Divorcio que el adulterio es causa de la disolución del vínculo, no tenían razón de existir, y debían ser derogados los artículos 448 al 452, versantes sobre adulterio y amancebamiento.»

6. LEY DE 11 DE MAYO DE 1942.

Derogada la Ley de Divorcio por Ley de 23 de septiembre de 1932, y para que no quedara «totalmente impune, al menos en el orden penal, un atentado tan grave contra la familia, primera en el orden de las instituciones sociales» y «ante la necesidad de impedir que prevalezca un instante más el criterio impunista del Código de la República», la *Ley de 11 de mayo de 1942* restablece el adulterio, aunque sin concretar su esencia, e introduce en su artículo único (24) algunas disposiciones «aconsejadas por la Jurisprudencia».

(24) «Artículo único: En el título X del libro II del Código Penal se incluirán las siguientes adiciones: Capítulo VI.—*Adulterio*. Artículo 446 bis a). La mujer adúltera será castigada con prisión menor. En igual pena incurrirá el correo de la adúltera, si supiere que ésta es casada. Artículo 446 bis b). No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querella del marido agraviado. Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiera consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de ellos. Artículo 446 bis c). El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte. En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero. Artículo 446 bis d). La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria. Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de la pena. Artículo 446 bis e). El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, será castigado con prisión menor. La manceba será castigada con la misma pena o con la de destierro. Lo dispuesto en los artículos 446 bis b) y 446 bis c) es aplicable al caso de que se trata en el presente.

7. CÓDIGO DE 1944. DERECHO VIGENTE.

Acogiendo el criterio de equiparación de las penas para el adulterio y amancebamiento de la *Ley de 11 de mayo de 1942* y prescindiendo de la referencia a los efectos penales de la ejecutoria en causa de divorcio por adulterio, el Código Penal, texto refundido de 23 de diciembre de 1944, vuelve a incluir esta figura en su articulado siguiendo, con las excepciones aludidas, la fórmula del Código de 1848. Redacción que al no ser modificada en el Código Penal, texto revisado de 1963, ni en el Código Penal, texto refundido de 1971, es por la que se regula penalmente el adulterio en nuestros días en los siguientes términos:

Artículo 449: «El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Cometén adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.» *Artículo 450:* «No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querella del marido agraviado. Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de ellos.» *Artículo 451:* «El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte. En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero.» *Artículo 452:* «El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, será castigado con prisión menor. La manceba será castigada con la misma pena o con la de destierro. Lo dispuesto en los artículos 450 y 451 es aplicable al delito castigado en el presente respecto a la mujer agraviada.»

Nos encontramos, pues, en 1975, con la incriminación de una figura en los términos y con la mentalidad de los

legisladores y de la sociedad de 1848, que contrasta evidentemente con la solución mayoritaria arbitrada en el ámbito del Derecho comparado.

III. DERECHO COMPARADO

Según ANCEL, la preocupación internacionalista, unida a preocupaciones político-criminales, debe conducirnos a un estudio comparativo del Derecho penal, ya que éste, al mostrar la realidad que existe más allá de nuestras fronteras, va a aportarnos un rico bagaje de datos y soluciones, inventario crítico que nos permitirá plantear el problema de Política criminal que inspira el estudio crítico de toda institución de Derecho penal (25). Y es que, como él mismo resalta, «sería contradictorio encerrar el estudio del Derecho penal en la reglamentación anti-criminal de una sola legislación. A partir del momento en el que se considera el delito como un hecho humano y social es en su carácter de universalidad que es preciso interpretarlo desde un principio» (26).

Como todo estudio consciente de Derecho positivo comparado el nuestro no pretende gozar de la nota de exhaustividad, pues además de la evidente falacia intrínseca de un objetivo semejante creemos que no aumentaría su efectividad respecto de los fines propuestos. Por ello hemos espigado un grupo de textos punitivos, que clasificaremos según la solución aportada a la cuestión del adulterio.

(25) Cfr. ANCEL: *Politique criminelle et droit comparé*, en «Les principaux aspects de la Politique criminelle moderne», en homenaje a H. Donnedieu de Vabres, Cujas, París, 1960, p. 62.

(26) Cfr. ANCEL: *Politique criminelle et droit comparé*, cit., p. 65.

1. PAÍSES QUE INCRIMINAN EL ADULTERIO.

Dentro de éstos distinguiremos los que, a semejanza de nuestro texto punitivo, sancionan el adulterio con un criterio discriminador de aquellos otros que lo hacen en un régimen de paridad.

A) Entre los Códigos que, como el nuestro, distinguen entre el adulterio de la mujer, consumado con un solo yacimiento, y el concubinato del marido concebido, al menos, como mantenimiento de manceba en el domicilio conyugal, se encuentran los siguientes:

Códigos portugués (arts. 401 a 404), italiano de 19 de octubre de 1930 (arts. 559 a 563), francés de 12 de febrero de 1810 (arts. 336 a 339), monegasco (27) (arts. 335 a 337), de El Salvador de 14 de octubre de 1904 (28) (artículos 338 a 391), chileno de 1 de marzo de 1875 (29) (artículos 375 a 381), dominicano de 20 de agosto de 1884 (arts. 336 a 339).

B) Textos punitivos legales que sancionan el adulterio en términos de igualdad para ambos cónyuges son:

El Código Penal de Holanda de 1881 (30), el de Bélgi-

(27) Los artículos 335 a 337, sobre adulterio, proceden de la *Ordenanza de 6 de junio de 1906*. El artículo 337 dispone que las penas establecidas para el adulterio sólo podrán pronunciarse cuando éste haya dado lugar a una separación o divorcio que haya adquirido fuerza de cosa juzgada.

(28) Excepto en la posibilidad de remisión de la pena por el marido, que no incluye, el resto de la tipificación es copia literal del articulado de nuestro Código Penal de 1870.

(29) El artículo 378 de este Código Penal incluye la novedad de prohibir la interposición de querrela por adulterio en caso de divorcio perpetuo por los actos ejecutados mientras éste subsista.

(30) Por *Ley de 15 de enero de 1886* no tendrá lugar ninguna persecución si no es por denuncia del cónyuge agraviado seguida, en un plazo de tres meses, de una demanda de divorcio o separación por este hecho. Y no se dará curso a la denuncia hasta que el matrimonio no haya sido disuelto por el divorcio o el juicio sobre la separación de cuerpos sea definitivo.

ca de 8 de junio de 1867 (31), el de Austria de 27 de mayo de 1852 (32), el de Grecia de 17 de agosto de 1950 (33), el de Suiza (34), el de México de 13 de agosto de 1931, el de Argentina de 29 de octubre de 1921 (35) y el de Ecuador de 22 de marzo de 1938.

Hay que poner de relieve, sin embargo, que incluso en estos países ha habido varias tentativas de abolición del adulterio. Así, en Chile, el *Proyecto* ERAZO-FONTECILLA de 1929; en Portugal, el *Proyecto de la Parte Especial del Código Penal* de CORREIA de 1966, y en Argentina, en donde nada menos que cuatro Proyectos de Códigos penales han suprimido el adulterio de sus textos: el *Proyecto* PIÑERO-RIVAROLA-MATIENZO de 1891, el *Proyecto* GÓMEZ-COLL de 1937, el *Proyecto* PECO de 1941 y el *Proyecto* SOLER de 1960.

También recientemente en Italia se da una descriminación *de facto* como consecuencia de dos resoluciones de la Corte Constitucional. En la primera, de 16 de diciembre de 1968, declara la ilegitimidad constitucional del

(31) La *Ley de 28 de octubre de 1974*, inspirada en un criterio desincriminador, modificó sustancialmente la tipificación del adulterio: al derogar los artículos 388 y 389, relativos al cómplice de la mujer adúltera y al concubinato, elimina el tratamiento discriminatorio anterior, y al reformar el artículo 387 rebaja considerablemente la pena. En su actual redacción, este artículo dispone: «El esposo convicto de adulterio será condenado a una multa de 26 a 100 Fr.»

(32) Es causa de agravación de la pena en el delito de adulterio el supuesto de que, por causa de éste, la legitimidad del niño que va a nacer puede ser puesta en duda.

(33) Si en el momento del acto adulterino los cónyuges no hacen vida común puede el Tribunal declarar el hecho no punible.

(34) Establece el artículo 214 de este Código que el adulterio no será punible más que en el caso de que el divorcio o la separación hayan sido pronunciados por causa del mismo.

(35) El artículo 74 exige para la acción penal que previamente se obtenga el divorcio por causa de adulterio.

primero y segundo párrafos del artículo 559 del Código Penal que incrimina el adulterio de la mujer y la conducta de su correo. Los motivos alegados se derivan de la contradicción existente entre este artículo 559 y el primer párrafo del artículo 29 de la Constitución italiana al violar el primero el principio de igualdad entre los cónyuges. Anteriormente (28 de noviembre de 1961), la Corte había considerado que la estructura de la familia exigía una valoración diversa para el marido y la mujer; por eso, al estimar ahora que es necesaria una igualdad entre los cónyuges, es indudable —como destaca PATERNITI (36)— que toma en consideración una nueva realidad social que se impone en la valoración de la estructura de la familia.

En la segunda resolución, de 27 de noviembre de 1969, la Corte declaró la ilegitimidad constitucional de todas las normas del Código Penal relativas al adulterio y amancebamiento. Su criterio inspirador se recoge en el Preámbulo, donde se afirma que, para garantizar la unidad familiar, «las obligaciones fundamentales que acompañan al vínculo matrimonial deben estar protegidas por sanciones que resulten idóneas para desarrollar también una función preventiva»; por ello, es necesario «establecer en relación a un determinado contexto histórico, si son suficientes las sanciones de naturaleza civil o si es necesario disponer también medidas penales».

El resultado de estas decisiones de la Corte Constitucional italiana es que, aunque teóricamente el legislador penal podría volver a incriminar el adulterio sobre un criterio de igualdad para ambos cónyuges, en la práctica es ya casi imposible que suceda, pues, como destaca

(36) Cfr. PATERNITI, C.: *La famiglia nel diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1970, p. 52.

PATERNITI (37), la orientación de la Corte sobre la utilidad de las sanciones penales en esta materia parece insuperable. Hay, además, un Proyecto de Ley presentado a la Cámara por el *onorevole* TOGLIATTI y otros diputados de su partido que consta de un solo artículo que prevé la supresión de los artículos 559 a 563 del Código Penal relativos al adulterio (38).

2. PAÍSES EN LOS QUE EL ADULTERIO NO CONSTITUYE DELITO.

Entre otros, se encuentran:

Alemania (39), Inglaterra, Dinamarca (40), Suecia (41), Noruega (42), Luxemburgo (43), Polonia (44), Rusia (45), Bulgaria (46), Finlandia (47), Islandia (48), Colombia (49), Cuba (50) y Uruguay (51).

(37) Cfr. PATERNITI: *La famiglia nel diritto penale*, cit., página 55.

(38) Cfr. MONTALBANO, G.: *Adulterio e fecondazione artificiale*, en «Studi in onore di F. Antolisei», vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1965, p. 358.

(39) En la República Federal Alemana se abolió el delito de adulterio por *Ley de 4 de julio de 1969*.

(40) Desapareció el adulterio en el Código de 1 de abril de 1930.

(41) Por *Ley de 21 de mayo de 1927* el adulterio dejó de constituir delito.

(42) Código Penal de 28 de mayo de 1902.

(43) La *Ley de 11 de noviembre de 1974* derogó los artículos 387 a 390 del Código Penal de 18 de junio de 1879, relativos al adulterio.

(44) Ya desde el Código Penal de 1932 el adulterio no se incrimina.

(45) En 1927 el adulterio dejó de constituir delito.

(46) Inspirándose en el Código Penal ruso, el Código Penal búlgaro de 1951 no lo incrimina.

(47) Código Penal de 19 de diciembre de 1889. Aunque tiene un capítulo XIX, «De los actos adulterinos», no contempla el adulterio propio.

(48) Código Penal de 12 de febrero de 1940.

(49) Código Penal de 24 de abril de 1936.

(50) Código de Defensa Social de 4 de abril de 1936.

(51) Desaparece el delito de adulterio por la *Ley de Divorcio de 26 de octubre de 1907*.

Algunas de las razones impulsoras de este proceso de-sincriminador han sido:

1.^a La toma de conciencia por parte del legislador de los juicios de valor, inducidos de los comportamientos sociales, que reflejan un elevado porcentaje de ciudadanos que consideran injusto o nefasto la incriminación del adulterio o que estiman que tal comportamiento es insuficientemente grave para merecer una sanción penal (52).

2.^a El respeto a los derechos fundamentales del hombre, que comprenden el derecho a su intimidad y el derecho a disponer de su propio cuerpo (53).

3.^a Poner fin a la venganza privada que suponía en numerosas ocasiones el ejercicio de la facultad persecutoria por parte del cónyuge ofendido (54).

4.^a La ineficacia de su punición. «El Derecho Penal tutela bienes jurídicos susceptibles de ampararse con la coacción. El Derecho Penal no puede amparar la fidelidad por cuanto ningún individuo puede exigir coactivamente el amor» (55). Es más, la sanción sólo interviene cuando la unión conyugal está definitivamente destrui-

(52) Vid. VILAIN, F.: *Vers une dépénalisation de l'adultère?*, en «Revue de Droit penal et de Criminologie», 1975, febrero, pp. 392 y ss.

(53) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley propuesto por el Gobierno luxemburgués el 27 de marzo de 1974, que se materializó en la *Ley de 11 de noviembre de 1974*, que derogó los artículos relativos al adulterio, afirmaba: «El matrimonio no debe entrañar una situación de esclavitud y... no podría quitar a los esposos el derecho fundamental de disponer libremente de sus cuerpos. La violación de la fe conyugal, como cualquier otra obligación contractual, no podrá tener más que sanciones civiles.» (Cfr. SPREUTELS, J. P.: *Les récents modifications législatives en matière d'adultère en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg*, en «Revue de Droit penal et de Criminologie», 1975, junio, pp. 799 y s.)

(54) Vid. PECO, J.: *Proyecto de Código Penal*, Universidad Nacional de la Plata, 1942, p. 353.

(55) Cfr. PECO: *Proyecto de Código Penal*, cit., p. 354.

da (56). Por ello «la protección jurídicopenal del deber matrimonial de fidelidad es de muy limitado valor» (57).

Vemos, pues, que el proceso desincriminador se manifiesta preferentemente en el Derecho Penal europeo. Por su parte, el hecho de que la figura del adulterio perviva en la mayoría de los Códigos Penales iberoamericanos no es de extrañar si tenemos en cuenta que sus modelos han sido especialmente los Códigos Penales españoles de 1822, 1848, 1870; el francés de 1810, y el italiano de 1889, que, como ya hemos señalado, siguen rigiendo en materia de adulterio en estos países y que constituyen, precisamente, unos de los escasos vestigios de la incriminación de esta figura en Europa.

IV. LA DOCTRINA ESPAÑOLA ANTE EL ADULTERIO

Puesto que el objeto de nuestro trabajo es el estudio político-criminal del adulterio en el Ordenamiento punitivo español, la preferente atención a nuestra doctrina es obligada. En primer lugar pulsaremos la opinión de los penalistas antiguos, no sólo por ser representativa de las concepciones morales y sociales coetáneas al nacimiento de la actual configuración jurídico-penal del adulterio, sino también para iluminar, si existe, algún precedente desincriminador.

(56) Es éste también uno de los motivos alegados por el legislador luxemburgués que señala cómo ello es el resultado de que la interposición de querrela por adulterio es frecuentemente puesta para proporcionar una prueba fácil con ocasión de un proceso de divorcio o separación. (Cfr. SPREUTELS: *Les récentes modifications législatives en matière d'adultère en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg*, cit., p. 800.)

(57) *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 1962, p. 348.

1. EL PENSAMIENTO TRADICIONAL

Prescindiremos de los autores anteriores al proceso codificador, tanto por estimar que sus ideas únicamente serían testimonio de muy dudosa erudición, como por carecer, las mismas, de la contemporaneidad aludida que les otorgaría valor.

Coinciden PACHECO, VIADA y GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN en considerar el adulterio uno de los delitos más graves —contra la honestidad, los primeros, y contra las costumbres, los segundos— por las graves perturbaciones morales y materiales que producen en la familia y, por ende, en la sociedad (58). Hasta tal punto le parece el adulterio grave a PACHECO que llega a afirmar que sería «necio» y «mal sonante» detenerse en demostrar que debe ser delito (59).

Admite también GROIZARD la conveniencia de su incriminación, pero, estimando que lo que el adulterio contradice son deberes familiares, eleva las primeras críticas a la ubicación de esta figura entre los delitos contra la honestidad y es que, como él resaltaba, en ningún título como en éste se corre tanto el riesgo de «confundir el delito con el pecado, la misión ascética de la moral y la religión con la misión política de la justicia criminal» (60). Por ello, censura a los autores del Código de 1870 que no

(58) Cfr. PACHECO, J. F.: *El Código Penal concordado y comentado*, cuarta edición, tomo III, Madrid, 1870, p. 104; VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal reformado de 1870 concordado y comentado*, quinta edición, tomo V, Madrid, 1927, p. 200; GÓMEZ DE LA SERNA, P. - MONTALBÁN, J. M.: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, decimotercera edición, Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1881, p. 332.

(59) Cfr. PACHECO: *El Código Penal concordado y comentado*, cit., p. 104.

(60) Cfr. GROIZARD: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., pp. 5 y s.

hubieran incluido en el mismo un título dedicado a los delitos contra el orden familiar en donde encajaría el adulterio (61).

Concuerdan, asimismo, PACHECO, VIADA y GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN en la razón del desigual tratamiento jurídico-penal de la infidelidad de la mujer y la del marido, acentuando la mayor importancia que la primera tiene por el riesgo que implica de alterar el orden legítimo de los sucesores introduciendo hijos extraños (62). Intentando justificar más el discriminatorio trato, añaden GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN que si la infidelidad del marido se castigara en los mismos casos que la de la mujer, se suscitarían con frecuencia reclamaciones escandalosas; hijas, muchas veces, de celos infundados (63); razonamiento no muy afortunado para tal fin por ser válido también, y creemos que con más fuerza, para los supuestos de querrela por infidelidad de la mujer.

Sería de nuevo la voz de GROIZARD la que se alzaría en contra de estas opiniones al señalar la injusticia que entraña semejante discriminación por ser iguales la violación del deber social y el daño mediato en ambos adulterios. «No hay, por tanto —concluía—, razón, justicia ni conveniencia en no castigar como delito el adulterio cometido por el marido, yaciendo con mujer distinta a aquella a quien juró fidelidad conyugal» (64).

(61) Vid. GROIZARD: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., pp. 7 y ss.

(62) Vid. PACHECO: *El Código Penal concordado y comentado*, cit. p. 109; VIADA: *Código Penal reformado de 1870 concordado y comentado*, cit., pág. 213; GÓMEZ DE LA SERNA - MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, cit., p. 333.

(63) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA - MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, cit., pp. 333 y s.

(64) Cfr. GROIZARD: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., p. 19.

En tema de pena se manifiestan PACHECO y VIADA. Para el primero, la pena de cuatro a seis años de prisión menor con que sancionaba el adulterio el Código de 1848, no era desproporcionada y por si a alguno le pareciere corta, advierte que «no se quejen del Código, quéjense de nuestras costumbres» (65), lo que refleja que éstas ya no consideraban que el adulterio fuera merecedor de mayor retribución. VIADA, por su parte, no satisfecho con la benevolencia penal de la tipificación del concubinato le parece, incluso, que la pena que por el mismo se imponía al marido en el Código de 1870 (de seis meses y un día a cuatro años de prisión correccional e inferior a la del adulterio de la mujer) era excesiva, por lo que pide que sea rebajada, reconociendo que es de «punto menos que imposible que el jefe de familia se reúna con su mujer después de haber sufrido una condena cuyo recuerdo aflictivo ha de ser por sí sólo un obstáculo perenne a tan apetecible unión» (66); reconocimiento involuntario a favor de la desincriminación.

De forma deliberada hemos dejado para último y destacado lugar la referencia a BUENAVENTURA SELVA, ya que su actitud ante el delito de adulterio constituye la primera lanza de la doctrina española en pro de su desincriminación. Ya en 1870, después de afirmar que las leyes sobre adulterio existentes hasta entonces «más parecían dictadas por maridos injuriados que por legisladores prudentes», subrayaba la ineficacia de la sanción penal. En su concepto, el adulterio no podía corregirse con la legislación vigente entonces, ya que «su anómala persecución por medio de los tribunales públicos, lejos de ser

(65) Cfr. PACHECO: *El Código Penal concordado y comentado*, cit., p. 110.

(66) Cfr. VIADA: *Código Penal reformado de 1870 concordado y comentado*, cit., p. 213.

un medio que facilite su consunción, la aumenta» (67), argumentos que, como veremos, se esgrimen aún hoy en favor de la desincriminación del adulterio. Como solución propone este autor dejar la decisión a tomar en manos del consejo de familia y en el caso de que éste determinara la expulsión de la misma serviría ésta, a la vez, de base para la obtención del divorcio (68).

2. LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA.

Después del sintético análisis de nuestra más añeja doctrina examinaremos la doctrina actual, legítimamente de más interés, ya que nos proporcionará gran parte de los argumentos que servirán de basamento a nuestras conclusiones.

En el momento de fijar el límite entre una y otra se nos planteó el problema de la ubicación de un autor: Emilio LANGLE. Aunque distante cronológicamente para ser considerado «contemporáneo», su avanzada línea de pensamiento, manifestada en la única monografía que conocemos sobre el adulterio, de indudable vigencia actual, nos ha decidido a encuadrarlo en el presente grupo.

En el análisis de la doctrina contemporánea distinguiremos entre los partidarios de la incriminación del adulterio y los partidarios de la desincriminación, diferenciando, a su vez, entre los primeros aquellos autores que denominaremos «moderados» por propugnar una equiparación entre adulterio y amancebamiento.

A) Entre los defensores de la incriminación del adul-

(67) Cfr. BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código Penal reformado*, Imprenta Española, Madrid, 1870, pp. 201 y s.

(68) Cfr. BUENAVENTURA SELVA: *Comentarios al Código Penal reformado*, cit., p. 203.

terio en los términos discriminatorios de la actual configuración penal se encuentran SÁNCHEZ TEJERINA, PUIG PEÑA, FERRER SAMA, CUELLO CALÓN, COBO DEL ROSAL y BERISTÁIN. Los argumentos esgrimidos para mantener su tesis son los siguientes:

1.º El adulterio atenta contra la pública honestidad (69).

2.º El adulterio quebranta el orden y moralidad de la familia (70).

3.º El adulterio trae consigo un fuerte relajamiento de la moral colectiva (71).

4.º La mayor severidad con que se castiga el adulterio de la mujer se justifica:

a) Por el riesgo de *turbatio sanguinis*.

b) Porque a la mujer se le debe exigir mayor moralidad, ya que es un ser más pasivo y menos pasional en la vida sexual que el hombre (72).

(69) Cfr. PUIG PEÑA, F.: *Derecho penal*, tomo IV, quinta edición, Parte especial, vol. II, Ediciones Nauta, Barcelona, 1959, p. 90; SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho penal español*, tomo II, Parte especial, cuarta edición, Reus, Madrid, 1945, p. 284.

(70) Vid. PUIG PEÑA: *Derecho penal*, cit., p. 90; FERRER SAMA, A.: *Adulterio*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Francisco Seix Editor, Barcelona, 1950, p. 424; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal conforme al Código Penal, texto revisado de 1963*, adaptado y puesto al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, tomo II, Parte especial, vol. 2, decimotercera edición, Bosch, Barcelona, 1972, p. 629; COBO DEL ROSAL: *El bien jurídico protegido en el delito de adulterio (artículo 449 del Código Penal)*, cit., páginas 512 y ss.

(71) Vid. PUIG PEÑA: *Derecho penal*, cit., pág. 90; BERISTÁIN, A.: *Delitos contra la familia y la moralidad sexual*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1964, septiembre, p. 306. Por el contrario, COBO DEL ROSAL considera que la proyección pública y externa del adulterio y de sus consecuencias no pueden considerarse jurídicamente protegidas (cfr. COBO DEL ROSAL: *El bien jurídico protegido en el delito de adulterio (artículo 449 del Código Penal)*, cit., p. 530).

(72) Cfr. SÁNCHEZ TEJERINA: *Derecho penal español*, cit., página 284.

Representantes de la postura moderada que propugna la equiparación jurídico-penal del adulterio de ambos cónyuges son QUINTANO RIPOLLÉS y DIEGO DÍAZ-SANTOS. Partidario QUINTANO de la incriminación del adulterio en un sistema como el nuestro «de confesado sentido moral y religioso de la vida individual y familiar» (73), critica, sin embargo, la desigual consideración jurídico-penal que el mismo tiene en nuestro Código Penal, respecto a la cual afirma que «en su pro no tiene más que el peso inerte de una ancestral tradición» (74). También DIEGO DÍAZ-SANTOS considera que, dada la configuración actual de nuestra legislación, impregnada de sentido moral y religioso, así como por las características de nuestra sociedad y su mentalidad, se debe mantener, por el momento, la incriminación del adulterio (75). Ahora bien, estimando que tanto el amancebamiento como el adulterio atacan al mismo bien jurídico, orden jurídico y moral de la familia, y participan ambos de las mismas notas y elementos en lo que se refiere a los sujetos y a la culpabilidad, propugna la consagración de la igualdad jurídico-penal de los esposos (76).

B) Defensores de la tesis desincriminadora del adulterio son LANGLE, JIMÉNEZ DE ASÚA, GIMBERNAT, RODRÍGUEZ DEVEESA, POLAINO y SAINZ CANTERO.

(73) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 818 y s.

(74) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 824.

(75) Para esta autora, la punición del adulterio «implica una reafirmación del interés de la sociedad en la tutela de un valor jurídico cuya estructura y permanencia deben imponerse, según la concepción del Derecho vigente, a los individuos.» (Cfr. DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.^a R.: *Los delitos contra la familia*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1974, pág. 221.)

(76) Vid. DIEGO DÍAZ-SANTOS: *Los delitos contra la familia*, cit., pp. 207 y ss.

Ya hemos señalado cómo LANGLE fue el primero de nuestros autores que, en una razonada monografía (77), se planteó con más profundidad y propugnó la desincriminación del adulterio. Pocos años después, JIMÉNEZ DE ASÚA (78) compartiría el mismo criterio, seguido en la actualidad por los restantes autores mencionados.

Puesto que las argumentaciones aportadas por LANGLE en favor del proceso desincriminador traducen las opiniones de la doctrina extranjera y como, en esencia, son las que han servido de base, cuando no de contenido, a las de los autores españoles posteriores mencionados, constituirán en este aspecto el eje principal de nuestra atención. Como este autor, realizaremos en primer lugar un examen crítico de las tesis defendidas por los autores partidarios de mantener el adulterio en el repertorio de delitos de nuestro Código Penal.

1.º *El adulterio como delito contra la fidelidad conyugal* (79):

a) Si la fidelidad conyugal fuera el objeto jurídico del adulterio, la ley no podría castigar al correo (80).

b) La fidelidad conyugal es una obligación de carácter

(77) *¿Debe constituir delito el adulterio?*, citada.

(78) JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código de 1928*, primera edición, vol. II, parte especial, Reus, Madrid, 1929, pp. 254 y ss.

(79) ¿Hasta qué punto es racional y legítimo el deber de fidelidad a los cónyuges? Con KLIMPEL creemos que «exigir la fidelidad es un absurdo. La fidelidad debe existir en los seres como una convicción profunda, como un deseo personalísimo de pertenecer en exclusividad al hombre que se ama y no como una obligación. El solo hecho de considerarla como tal está probando la debilidad del vínculo matrimonial, la falta de fe en una institución de tanta trascendencia como es el matrimonio.» (Cfr. KLIMPEL, F.: *La mujer, el delito y la sociedad*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1945, p. 281.)

(80) Cfr. LANGLE: *¿Debe constituir delito el adulterio?*, cit., p. 80.

moral que pertenece a la esfera íntima de las personas y no un delito (81).

c) Aunque admitiéramos que la fidelidad es un deber jurídico por estar consignado en el Código Civil, no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito, ya que no a todas las violaciones de derechos se puede aplicar el magisterio penal (82).

d) La diferente regulación del adulterio y amancebamiento es prueba de que la función de la ley penal en este caso no es la de garantizar el deber de fidelidad impuesto por la ley civil (83).

e) La fidelidad en el matrimonio tal como está establecida y tutelada por nuestra legislación es «una exigencia del macho celoso y dominante que quiere monopolizar por la fuerza los encantos que la hembra atesora». No hay deber recíproco, sino injusta prepotencia (84).

f) Pensar que está al alcance del Derecho penal la posibilidad de reglamentar el amor y la fidelidad matrimoniales es desconocer la naturaleza humana (85).

2.º *El adulterio como delito contra la honestidad:* Aunque el Código español incluye el adulterio entre los delitos contra la honestidad, es evidente, y opinión mayoritaria de la doctrina, que ésta no resulta lesionada por aquél (86). No ataca a la honestidad individual porque

(81) Cfr. LANGLE: *¿Debe constituer delito el adulterio?*, cit., p. 22.

(82) Cfr. LANGLE: *¿Debe constituer delito el adulterio?*, cit., pp. 23 y ss.

(83) Cfr. LANGLE: *¿Debe constituer delito el adulterio?*, cit., p. 22.

(84) Cfr. LANGLE: *¿Debe constituer delito el adulterio?*, cit., p. 23.

(85) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *La mujer y el Código Penal español*, en «Cuadernos para el Diálogo», número extraordinario, XXVIII, 1971, diciembre, p. 20.

(86) Vid. especialmente COBO DEL ROSAL: *El bien jurídico protegido en el delito de adulterio (artículo 449 del Código Penal)*, cit., pp. 512 y ss.

ésta es una cualidad personal que no puede afectarse sino por las propias acciones. Tampoco se dirige contra la honestidad pública como se reconoce legalmente al ser perseguible a instancia de parte y no de oficio (87).

3.º *El adulterio como delito contra el orden familiar*: Desde una doble perspectiva se ha considerado al orden familiar perturbado por el adulterio: a) Como causa de la ruptura de tal orden familiar en sentido amplio, y b) como violación del derecho de propiedad familiar por medio de la *turbatio sanguinis* del adulterio de la mujer.

a) Cuando en un matrimonio se produce el adulterio es que ya no existe tal orden, armonía o amor familiar. «El adulterio es efecto y no causa de un lamentable estado familiar anterior» (88).

El castigo estatal, por otra parte, no protege dicho orden sino que más bien contribuye a impedir su restablecimiento (89). Además, el matrimonio puede ser tutelado sin necesidad de la incriminación del adulterio (90).

b) El riesgo de que la esposa adúltera pueda introducir en la familia una persona extraña no basta para que el adulterio sea calificado de delito ni para que se establezca una diferencia fundamental entre las infidelidades de ambos cónyuges, ya que esta consecuencia, como motivo ajeno al solo hecho de la infidelidad, debe permanecer al margen de la cuestión (91).

(87) Cfr. LANGLE: *¿Debe constituir delito el adulterio?*, cit., p. 25.

(88) Vid. LANGLE: *¿Debe constituir delito el adulterio?*, cit., p. 31.

(89) Cfr. GIMBERNAT: *La mujer y el Código Penal español*, cit., p. 20.

(90) Cfr. LANGLE: *¿Debe constituir delito el adulterio?*, cit., p. 33.

(91) Cfr. LANGLE: *¿Debe constituir delito el adulterio?*, cit., p. 34.

Si este riesgo inspirara la punibilidad del adulterio se llegaría a la conclusión absurda de que éste sería delito sólo en el caso de que resultara embarazo, con lo que el eje de la cuestión se trasladaría del hecho de la infidelidad al del parto. La naturaleza y punibilidad del hecho dependerían, entonces, de un accidente totalmente extraño a la voluntad de quienes lo ejecutan (92).

Por otro lado, si la esencia jurídica del adulterio fuese el daño patrimonial, al introducir seres extraordinarios en la familia que vivirían a su cargo, bastaría en tal supuesto para solucionar el problema con que la ley civil otorgara al esposo el derecho a obtener la separación económica equivalente a ese daño cuando lo hubiere. Además, si el marido gasta en el mantenimiento de su concubina, sería también en menoscabo del patrimonio de su legítimo hogar (93).

Con los razonamientos apuntados hasta el momento creemos que se puede adelantar una primera conclusión: el adulterio no viola ningún interés protegido por el Derecho Penal, por lo que, en consecuencia, éste no merece ser considerado como delito (94).

(92) Cfr. LANGLE: *¿Debe constituer delito el adulterio?*, cit., p. 35.

(93) Vid. LANGLE: *¿Debe constituer delito el adulterio?*, cit., pp. 36 y s. Con JIMÉNEZ DE ASÚA creemos, sin embargo, que con la introducción en la familia de un hijo adulterino no sólo está en juego la propiedad de la familia legítima sino el orden total de ella. Es evidente que es más reprobable el hecho de que se introduzca un hijo adulterino que recibirá cariño, la dirección y la educación por parte del que se cree su padre como producto del engaño de la mujer. (Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Adulterio* en «El criminalista», tomo X, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 195, nota 57.)

(94) A la misma conclusión llegaría JIMÉNEZ DE ASÚA y sobre la que apoyaría su tesis desincriminadora. (Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA-ANTÓN ONECA: *Derecho penal conforme al Código de 1928*, cit., p. 254 y ss.) Vid., también, en el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, M.: *Introducción a los delitos contra la honestidad*, «Publicaciones de la Universidad de Sevilla», 1975, p. 99.

4.º Por último, en apoyo de la tesis desincriminadora, la doctrina actual aporta otras argumentaciones que no son sino *desviaciones actuales del fin perseguido con la criminalización*: La represión del adulterio encaminada esencialmente a proteger «la fe jurada y el orden peculiar del derecho entre los esposos, con trascendencia del conjunto de la familia» y a evitar el «indudable relajamiento moral y social que representa» (S. 4 abril 1974), se encuentra hoy desviada de su fin, ya que:

a) La mayoría de los procesos que se inician por adulterio y amancebamiento tienen por objeto facilitar la prueba de los mismos en el proceso civil o canónico seguido para obtener la separación (95).

b) El mantenimiento del delito no sólo dificulta la reconciliación sino que contribuye al hundimiento definitivo del matrimonio (96).

c) No protege la institución matrimonial, supone, por el contrario, un auténtico peligro para la institución (97). Además, si existen hijos, la relación con los mismos en el futuro se verá alterada por el recuerdo de uno de sus padres en el banquillo por la voluntad del otro.

d) La facultad que el esposo tiene de decidir que el Estado castigue o no por adulterio se utiliza frecuentemente como un instrumento de venganza o chantaje (98).

(95) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, quinta edición, Madrid, 1973, p. 172 y s.

(96) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, cit., p. 173; GIMBERNAT: *La mujer y el Código Penal español*, cit., p. 20; SAINZ CANTERO, J. A.: *La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, en «Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos», Escuela Social de Granada, vol. IV, 1975, p. 223.

(97) Cfr. GIMBERNAT: *La mujer y el Código Penal español*, cit., p. 21.

(98) Cfr. GIMBERNAT: *La mujer y el Código Penal español*, cit., p. 20.

V. CONCLUSIONES

Después de haber expuesto los fundamentos doctrinales, dos cuestiones se nos presentan con exigencias de satisfacción: 1.^a Indagar el por qué del mantenimiento del adulterio hasta nuestros días no obstante los antónimos argumentos esgrimidos por nuestra doctrina desde principios de siglo, y 2.^a Plantearnos, con base en los mismos, si nuestra sociedad, hoy, necesita incriminar el adulterio y si dicha criminalización alcanza algún fin práctico.

1.^a Aunque la tradición no constituye razón suficiente para legitimar el Derecho ni garantizar el actual contenido de sus reglas, no hay duda de que es sobrevalorada en el ordenamiento jurídico. En casos extremos se dan aquellos arcaísmos cuyo contenido resulta inexplicable y cuya finalidad penal es incomprensible. El mantenimiento del adulterio sería uno de estos casos en los que, como señala JÄGER (99), ni siquiera los cambios empíricos demostrables en la conciencia moral de la generalidad han repercutido en determinadas representaciones de la norma penal que, incluso, son expresamente afirmadas frente a convicciones comprobadas en la población.

2.^a Para enjuiciar la conveniencia o no de la criminalización del adulterio, además de las argumentaciones doctrinales apuntadas, tendremos en cuenta otras consideraciones basadas también en la necesidad que, para comprender la esencia del Derecho penal, tenemos de construir el sistema jurídico «no hacia dentro, sino hacia fuera, abierto a los problemas y fines sociales» (100).

(99) Vid. JÄGER-BADER: *La exigencia de norma por parte del Estado*, cit., pp. 178 y s.

(100) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., en la *Introducción a Política criminal y sistema de Derecho Penal*, de ROXIN, cit., p. 10.

Podremos así inspirarnos en un criterio de utilidad y sobre todo de oportunidad; en definitiva, en un criterio político-criminal.

Admitamos que el adulterio es un acto inmoral. Ahora bien, la inmoralidad de un acto no es suficiente para considerarlo punible. La moral es asunto del individuo, mientras que la acción punible, por sus consecuencias anti-sociales se dirige contra el Estado y éste no debe intervenir en un sector tan íntimo como es el de las relaciones conyugales. Como literalmente se subraya en el *Griffin-Report* de 1956, «no son de la incumbencia del legislador las cosas que aun siendo moralmente reprobables no afectan al bien común» (101). Por otro lado, no hay duda de que el Derecho penal no es el lugar más adecuado para profesiones de fe, ni el medio más oportuno de imponer una moralidad.

Tampoco hay que olvidar que para que un comportamiento merezca la represión del Derecho penal, es necesario que éste aparezca como suficientemente grave y se considere especialmente insoportable, lo que no es el supuesto del adulterio, que carece, como hemos visto, de la más mínima peligrosidad. Por el contrario, su criminalización es con frecuencia factor criminógeno de delitos contra la libertad personal.

Estamos de acuerdo en que el matrimonio que se ve afectado por el adulterio merece protección, pero el legislador, antes de imponer una sanción penal debe responder a la «exigencia ética» (102) de sopesar si puede

(101) Citado por JÄGER, H.: *Política juridicopenal y ciencia*, en «Sexualidad y crimen», traducción de E. Gimbernat Ordeig, Reus, S. A., Madrid, 1969, p. 290.

(102) En el sentido que tiene la naturaleza secundaria del Derecho Penal para MAURACH. (Cfr. MAURACH: *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas del Derecho español por J. Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, T. I., 1962, p. 31.)

defender sus intereses con otros medios menos enérgicos (103).

Para la legitimidad de la sanción penal es imprescindible, también, el requisito de su eficacia y la criminalización del adulterio es ineficaz como lo demuestra el hecho de la escasa aplicación de los tipos incriminadores: desde 1965 hasta 1975 nuestro Tribunal Supremo sólo ha conocido de 70 adulterios, de los que estimó 54. y 45 amancebamientos, de los que se estimaron 32. Por otra parte, la pena impuesta con más frecuencia fue la mínima de seis meses y un día de prisión menor. Y es deber del legislador no hacer objeto de penalización aquellas conductas que escapan a sus posibilidades de control, pues no hay duda de que toda represión *depreciada* afecta al prestigio y autoridad de la justicia. También es nulo su poder preventivo, correctivo y reparador, por ello, lejos de producir ningún bien individual ni social, tiene consecuencias desastrosas.

El adulterio es de difícil persecución por consistir en «un delito de resultado de estado, consistente en actos íntimos difícilmente visibles» (S. 5 octubre 1970), cuya presunción no puede equivaler «a la precisa y terminante declaración del yacimiento, pues las suposiciones, por lógicas que sean y verosímiles que parezcan, no tienen el valor suficiente para elevar a la categoría de hecho probado, lo que no se asegura con la plenitud de un convencimiento, sino como consecuencia de un proceso deductivo, revelador de falta de firmeza en el ánimo de los juzgadores» (104). Recordemos al respecto las palabras

(103) En este sentido vid., también, Stooss, C.: *Die ethischen und die sozialen Grundlagen des Strafrechts*, en «Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht», 1894, vol. VII, p. 272.

(104) S. 3-diciembre-1930. Demostrativas de la dificultad probatoria del adulterio son también: SS. 10-diciembre-1945, 3-abril-1953, 18-junio-1956 y 27-octubre-1959.

de BECCARIA: «En todo delito que por su naturaleza no haya de ser castigado la mayoría de las veces, la pena se convierte en incentivo» (105).

Asimismo, hay que poner de relieve que el proceso desincriminador extendido en el Derecho comparado no puede ser desconocido por nuestro legislador, ya que es evidente que la renovación del Derecho no puede, y sobre todo no debe, realizarse en un aislamiento nacional.

Por último, creemos que la desincriminación del adulterio no afecta a la institución del matrimonio ni favorece la infidelidad conyugal.

Después de haber demostrado que la incriminación del adulterio no responde a las exigencias socio-culturales de nuestro tiempo, ya que es una infracción que se comete sin tener conciencia de su carácter delictivo, y de haberse evidenciado no sólo su ineficacia sino también su nocividad, creemos exigencia ineludible la radical desaparición del mismo del elenco de nuestro Código Penal.

Cumplido hasta aquí el cometido crítico de la política criminal, las exigencias de ésta no se verían colmadas si al abordar su otra vertiente, constructiva, no apuntáramos alguna solución que, al erradicar el adulterio del Código Penal, sirva para alcanzar los fines, fallidos por éste, de proteger el matrimonio.

De igual forma que nuestro más tenaz defensor de la tesis desincriminadora, LANGLE (106), consideramos que

(105) Cfr. BECCARIA, C.: *Dei delitti e delle pene*, Bettoni, Milano, 1824, p. 112.

(106) Vid. LANGLE: *¿Debe constituer delito el adulterio?*, cit., pp. 63 y ss.

el divorcio (107) es la solución más oportuna que se puede arbitrar ante la conducta adulterina. Es cierto que el divorcio no va a evitar en todos los casos el adulterio (108), meta inalcanzable por otra parte, pero sí va a evitar los numerosos inconvenientes, ya señalados, de su incriminación. Por otra parte, además de cumplir, con un mínimo exigible, la finalidad preventiva que como sustitutivo penal fue propugnado por FERRI, cumpliría también la función de sanción civil del adulterio en cuanto violación de un derecho reconocido por nuestras leyes civiles (109). Ahora bien, esta solución es inviable en nuestra legislación, ya que ésta, de acuerdo con el segundo de los Principios Fundamentales del Movimiento, habrá de inspirarse en la doctrina de la Iglesia que rechaza el divorcio vincular. Por ello, y hasta que no alcance en este sentido la reforma a nuestras leyes civiles, habrá que aceptar la separación legal como única medida adoptable en materia de adulterio. Lo que, en definitiva, sí se muestra como indudable es que el porvenir del adulterio está en su desaparición; deseemos con VILAIN (110) que su agonía no sea muy lenta.

(107) Este criterio es compartido también por JIMÉNEZ DE ASÚA (*Adulterio*, cit., pp. 196 y s.) y SAINZ CANTERO propone asimismo «sanciones civiles» (*La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, cit., p. 223).

(108) Consideramos que con sólo evitar algunos ya se justificaría, pues la incriminación no consigue ni ese mínimo preventivo.

(109) Artículo 56 del Código Civil: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.»

(110) Vid. VILAIN: *Vers une dépénalisation de l'adultère?*, cit., p. 397.



GERARDO LANDROVE DIAZ

**Profesor Agregado de Derecho Penal en la
Universidad de Santiago de Compostela**



Descubrimiento y revelación de secretos



SUMARIO

- I. DETERMINACIONES PREVIAS.
- II. EL DESCUBRIMIENTO Y LA REVELACION DE SECRETOS EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES.
- III. CONTENIDO SUSTANCIAL.
- IV. SUJETO ACTIVO.
- V. CONDUCTA TIPICA.
 - 1. **La violación de secretos documentales.** El párrato 3.º del artículo 497.
 - 2. **La revelación punible por parte de personas dependientes.** El «espionaje industrial».
- VI. MOMENTO CONSUMATIVO.
- VII. CONCURSO.
- VIII. PENALIDAD.

Conferencia pronunciada en el Departamento de Derecho Penal, Criminología y Ciencia Penitenciaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, el 24 de abril de 1975.



I. DETERMINACIONES PREVIAS

El «muro de la vida privada» —escribía J. GRAVEN en 1973— es en la actualidad derribado o traspasado con una facilidad desconcertante. La entidad de los atentados al secreto o a la intimidad abarca una variada gama de posibilidades. Actividades de esta naturaleza han determinado la ruina política de uno de los seres más poderosos sobre la faz de la Tierra; el escándalo de Watergate forma ya parte de la Historia. También la actuación de muy especiales «fontaneros» produjo en Francia una enorme convulsión política, ante el intento de fiscalización de las fuentes informativas de una conocida publicación satírica. En España, y más concretamente en su ámbito universitario, alguna manifestación de este tenor sensibilizó a la opinión pública sobre una problemática que anteriormente hubiese sido etiquetada de «ciencia-ficción». Por otro lado, actualmente, uno de los fenómenos delictivos de mayor entidad económica es el denominado *espionaje industrial*.

Al margen de estos espectaculares ejemplos de la problemática suscitada, es lo cierto que bajo muy distinta fisonomía el derecho de todo ser humano a la reserva, a la intimidad, sufre, día a día, intolerables intromi-

siones. Ha llegado a afirmar G. MOFFA que entre las normas que regulan una sociedad respetuosa de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona humana, la más insidiosamente vulnerada es aquella que asegura la libertad y el secreto de las comunicaciones, esfera que representa una parte trascendental de la autonomía individual.

Paradójicamente, los progresos científicos más recientes amenazan el derecho inalienable del ciudadano al respeto de su intimidad. Es el caso, por ejemplo, de captación y registro de conversaciones privadas mediante la utilización de los más modernos procedimientos. Subrepticio atentado a la inviolabilidad de las más íntimas esferas de la personalidad humana, que es fruto maduro de la denominada «era de la técnica» y que exige una protección de la personalidad tan *nueva* como la realidad que la impone. De ahí el desfase al respecto de códigos penales que, como el nuestro, fueron concebidos y dictados en un momento histórico en que tales actividades solamente podían ser intuitas. A algunos aspectos muy concretos de esta realidad, y sobre la base de un Derecho positivo evidentemente rebasado por la dinámica social, aludiremos en nuestra exposición.

El Código Penal español dedica parte de su articulado a la punición del quebrantamiento o violación de secretos. Preceptos caracterizados por su *dispersión* a lo largo del texto penal, que pueden ser agrupados en los siguientes términos:

1. En primer lugar, se sanciona en el artículo 122, número 6, como delito de traición el descubrimiento de secretos políticos, militares o de otro género que interesen a la seguridad del Estado. Modalidad de *espionaje* que se ubica entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado y se sanciona con la pena de reclusión

mayor a muerte. Cuando la revelación no comprometiese gravemente la seguridad del Estado, la pena será de prisión menor.

2. También, aunque de forma *mediata*, se protege el secreto con las descripciones típicas de los artículos 191 y 192. Supuestos ambos en los que se contempla la actividad del funcionario público que, sin las debidas atribuciones, registrare papeles o detuviere correspondencia privada.

3. Como prevaricación, se describe y sanciona en el artículo 360 la conducta de abogado y procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, descubriere los secretos de su cliente habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión.

4. También bajo el epígrafe general de *Delitos de los funcionarios públicos* se hace objeto de punición a aquellos que descubrieren y revelaren los secretos públicos o privados de que estuvieren impuestos por razón de su cargo. Artículos 367 y 368 de nuestra Ley Penal.

5. Finalmente, se agrupan en el Capítulo VII del Título XII, Libro II del Código, *Del descubrimiento y revelación de secretos*, los artículos 497 y siguientes, que contemplan aspectos muy concretos de esta actividad realizada por *particulares*.

Nuestra curiosidad, y nuestra exposición, se centra, precisamente, en los tipos mencionados en último lugar e integrados entre los delitos *contra la libertad y seguridad*:

Preceptúa el artículo 497: «El que para descubrir los secretos de otro se apodera de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 200.000 pesetas. Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de

10.000 a 50.000 pesetas. Esta disposición no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.»

Con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas se castiga en el artículo 498 al «administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare».

Finalmente, «el encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas» (art. 499).

Antes de intentar un acercamiento dogmático a los preceptos de referencia, y aunque se trata de una cuestión periférica a nuestra indagación, cabe plantearse la fundamental pregunta de si el secreto se encuentra suficientemente protegido por el Derecho Penal español. Si el descubrimiento de secretos ajenos, cuando rebasa los límites de irrelevancia jurídico-penal o simple indiscreción, esto es, cuando deviene una conducta «socialmente intolerable» está suficientemente sancionado en nuestro Código.

Del número de preceptos que existen en su articulado a ello orientados, bien pudiera pensarse que la solución habría de ser forzosamente afirmativa. Sin embargo, existen al respecto por lo menos dos sensibles lagunas:

A) De un lado, y como en documentada monografía ha puesto de relieve RIGO VALLBONA, el Código Penal español no protege adecuadamente el *secreto profesional*. Esta protección se limita, a título de prevaricación, al tipo del artículo 360, que sanciona tal conducta en abogados y procuradores. Silencio de la ley penal que supone el desconocimiento del deber de secreto profe-

sional y una de las más sensibles omisiones de nuestro ordenamiento punitivo.

Quizá sea en tema de *secreto médico* profesional en donde se evidencie con más claridad la insuficiencia de los criterios hoy vigentes. Aludimos a «la revelación de secreto ajeno que se ha confiado al médico o que éste ha averiguado en el ejercicio de su profesión», en fórmula acuñada por voces tan ilustres como las de MANZINI, SCHMIDT, HARTMANN o FINGER, y muy recientemente por RYCKMANS y MEERT VAN DE PUT.

El silencio de nuestro Código respecto de esta obligación del médico a la salvaguarda del secreto profesional, que como tal se establece en el «juramento hipocrático», contrasta con la platónica consagración de la misma en la disposición deontológica 23 del *Reglamento de la Organización Médica Colegiada*, de 8 de septiembre de 1945. Reglamento que sólo releva del deber de secreto profesional cuando concurre el consentimiento del interesado y cuando, de mantenerse aquél, se ocasionare un daño grave al bien común. Los reglamentos posteriores al ya derogado de 1945, de 24 de enero de 1963, 26 de enero de 1967 y 1 de abril de 1967, no hacen alusión a la norma deontológica de referencia. Sin embargo, como expresa G. BATLLE SALES, puede aquélla servirnos de orientación, puesto que su espíritu subsiste, a pesar del silencio reglamentario.

B) Otra laguna de nuestro Derecho positivo en la materia, y al menos de tanta relevancia como la antes señalada, viene determinada por la arcaica tipificación que se acomete en el artículo 499. Nada puede empañar la evidencia de que lo que se ha venido denominando *espionaje industrial* sólo en muy escasa medida encuentra adecuada proscripción en el precepto de referencia. A ello prestaremos muy especial atención en su momento.

II. EL DESCUBRIMIENTO Y LA REVELACION DE SECRETOS EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES

Señalado así el tema de nuestra indagación y denunciadas muy someramente las deficiencias de lo que en principio parece ser una pormenorizada protección legal del secreto, trataremos de señalar con muy breves trazos cuál es la peripecia histórica de los tipos que hoy se integran en los artículos 497, 498 y 499 de nuestra Ley penal. Preceptos antes reproducidos.

Prescindiendo de alusiones anteriores en el tiempo, que a la vez que son dudoso testimonio de erudición pueden no entrañar utilidad alguna en la tarea del dogmático, ceñiremos nuestra búsqueda al Derecho penal español codificado.

El Código de 1822 acometió, en sus artículos 421 y siguientes (entre los delitos contra la fe pública y bajo el epígrafe «De los que violen el secreto que les está confiado por razón del empleo, cargo o profesión pública que ejerzan, y de los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas»), una compleja regulación de la violación de secretos muy superior técnicamente a la ofrecida por el texto francés de 1810. Al margen de la violación de los secretos comprometedores de la seguridad exterior del Estado, se referían los preceptos mencionados a la revelación de secretos profesionales por eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadrones, matronas o cualesquiera otros que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su estado, empleo o profesión lo revelaren fuera de los casos prescritos por la ley; a aquella revelación que tenía por sujetos activos a los funcionarios públicos, y, finalmente,

a la violación de correspondencia realizada maliciosamente por un particular.

El texto penal siguiente, de 1848, supuso un sensible retroceso en la materia. En él se escinden las tipologías, reduciéndose la incriminación de la revelación de secretos a la realizada por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, a la que se asimila la de abogados y procuradores, llevándose ya al título de los «delitos contra la libertad» los tipos que, en esencia, constituyen hoy los artículos 497 y siguientes, que especialmente nos interesan.

De «asombrosa» ha calificado RODRÍGUEZ DEVESA la pervivencia en nuestro Código de estos artículos en su redacción de 1848, habida cuenta sus serias limitaciones, pero es lo cierto que desde aquella fecha se mantienen sustancialmente invariados. La perplejidad del penalista aumenta si tomamos en consideración la más acabada redacción en la materia del primero de nuestros Códigos punitivos.

Merece ser destacado, sin embargo, que, entre otras mínimas modificaciones del tenor de los preceptos, en el Código Penal de 1928 se precisaba (art. 683, 2.º) que «el que divulgare los secretos de otro, cualquiera que sea la forma de haberlos llegado a conocer, incurrirá en la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 4.000 pesetas». Ampliación del ámbito de incriminación, que si bien —como ha precisado JASO— contemplaba la revelación de secretos profesionales, se construía sobre el establecimiento de un deber jurídico general de silenciar los secretos concebido en términos de exagerada amplitud.

Los Códigos penales posteriores al de la Dictadura del General Primo de Rivera permanecieron fieles, en

líneas generales, a la redacción no demasiado afortunada del texto de 1848.

En tema de violación de secretos industriales, hoy sancionada en el artículo 499, el Código de 1932 cambió la fórmula «con perjuicio» del dueño, que empleaban los textos anteriores, por la de «en perjuicio» del mismo. Modificación de máxima importancia, en opinión de JASO, porque el perjuicio dejó de ser el resultado del delito para convertirse en el dolo específico, y además porque se desconectó así el tipo de los delitos contra la propiedad, entre los que sistemáticamente se había encuadrado por un amplio sector de nuestra doctrina. Recientemente ha insistido en este sentido POLAINO NAVARRETE.

Como ya hemos dicho, en el texto vigente se sanciona en el artículo 497 el descubrimiento y revelación de secretos de otro contenidos en papeles o cartas; en el artículo 498, la divulgación por administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal, y en el artículo 499, el descubrimiento por encargado, empleado u obrero de un establecimiento industrial de los secretos de la industria, en perjuicio del dueño de la misma.

De mínima entidad son los más recientes retoques operados en los preceptos de referencia, que integran el Capítulo VII, Título XII, del Libro II de nuestro Código. Efectivamente, la *Ley de 28 de noviembre de 1974, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal* («B. O. E.» del día 30), elevó sensiblemente la cuantía de las penas pecuniarias contenidas en el capítulo a que nos referimos. Las descripciones típicas, sin embargo, permanecen invariadas.

III. CONTENIDO SUSTANCIAL

¿Cuál es el bien jurídico protegido con los artículos 497 y siguientes de nuestro Código Penal? Evidentemente es medular el concepto de *secreto* para las tres conductas que se hacen objeto de punición. En él parece encarnar, en consecuencia, la *objetividad jurídica* de los delitos que examinamos.

Sin embargo, la exacta determinación del contenido sustancial de los tipos es cuestión problemática y, de hecho, profundamente polémica en la doctrina. Como exponente de una solución que ha tenido cierta fortuna, cabe mencionar a GROIZARD, que rechaza la configuración de estas infracciones como atentatorias contra la propiedad, el honor o la libertad individual. Si el descubrimiento de secretos —afirma— se despoja de los «medios» puestos en práctica para conocerlos o se desconecta de los «fines ulteriores» perseguidos por el sujeto activo, ni es un género ni una especie delictiva; por ello —concluye— su verdadera esencia no radica en el descubrimiento de secretos en sí (fin próximo de la acción), sino en la esencia que entrañan aquellos medios utilizados o los fines perseguidos.

No podemos compartir la postura del ilustre comentarista de nuestro Código de 1870, y no sólo por la indudable fuerza que cabe atribuir al *nomen iuris* de estos delitos, sino porque ello supondría desconocer la importancia funcional que en los mismos hay que atribuir al concepto de secreto. El hecho de que no toda revelación de secretos haya sido criminalizada, sino tan sólo las parcelas más intolerables de la misma, no es óbice para que la esencia de las diversas figuras siga siendo el respeto a la personalidad humana a través de una esfera íntima manifestada en el secreto.

En la legislación alemana ha gozado de cierta fortuna la ubicación de los tipos en un capítulo en el que se han incluido las más heterogéneas tipologías, sin otra razón, como denuncia NAGLER, que la de no haber hallado mejor acomodo en otro lugar; quizá el legislador alemán haya huido conscientemente de otro emplazamiento sistemático *más comprometedor*.

En nuestra opinión, son dos las cuestiones fundamentales que se plantean en tema de objetividad jurídica: de un lado, alcanzar un concepto jurídico-penal de secreto, y de otro, determinar si el secreto a que en el capítulo de referencia se alude tiene idénticas características en los tres tipos o si el «secreto industrial» a que se refiere el artículo 499 presenta peculiaridades que aconsejan su integración en otro lugar de nuestra Ley penal. Trataremos de encontrar razonable y razonada contestación a ambos interrogantes.

1. Como destaca QUINTANO RIPOLLÉS, pocas nociones habrá tan claras en su acepción vulgar, pero asimismo tan oscuras y controvertidas en lo jurídico, como la del secreto. Poco o nada aclara en este sentido el laconismo del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que nos habla de algo «que cuidadosamente se tiene reservado y oculto».

Hasta tal punto planteaba problemas esta conceptualización, que CALKER, en un trabajo publicado en el *Festgabe für Frank*, ha llegado a afirmar que el concepto de secreto es, para los cultivadores de la ciencia del Derecho Penal, todavía «un secreto».

A pesar del descorazonador juego de palabras de tan autorizado jurista, juzgamos de plena vigencia la conceptualización de FRANK, acogida por nuestra mejor doctrina: es secreto «un hecho sabido solamente en un círculo limitado de personas, respecto del cual el afectado no

quiere, conforme a su interés, que sea conocido de otros». Reconocimiento, en suma, de que el hombre «es portador de un centro de intimidad», en afortunada expresión de LEGAZ LACAMBRA.

En Italia, sobre todo después de la publicación de la correspondencia intercambiada por el Duce y Claretta Petacci, ha aparecido una abundante aportación doctrinal sobre el tema bajo los nombres de derecho a la *riservatezza*, *privatezza* o *illesa intimità privata*. Los autores, nombres tan ilustres como DE CUPIS, FERRARA SANTAMARÍA, PUGLIESE, PALLADINO o GALLI.

Concretamente DE CUPIS, y en su obra *I diritti della personalità*, sitúa entre éstos y como vecino al derecho al honor, el derecho a la reserva; colocando entre las más elementales manifestaciones de este último el derecho al secreto.

En la muy reciente —y muy explícita— *sentencia de 8 de marzo de 1974* se expresa que «el derecho a la intimidad personal, es decir, el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre, es, según la terminología que se prefiera, un derecho de la personalidad, un derecho innato, un derecho individual o un derecho humano, reconocido universalmente».

En nuestra patria, y al menos con relación a un sector muy concreto del bien jurídico que examinamos, la protección del mismo ha tenido acceso a nuestros textos constitucionales. Preceptúa el artículo 13 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 que «dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia». Protección que, en cierta medida, encarna en los artículos 497 y siguientes del Código Penal español.

En suma, bien pudiera concretarse la objetividad ju-

rídica de los tipos examinados en «la libertad de cada persona para mantener en sigilo determinados sectores de sus actividades cuyo ajeno conocimiento no se desea y se trata de ocultar».

2. Algún sector doctrinal español, encabezado por P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, ha afirmado que, en tema de violación de secretos, los hechos descritos en el Código Penal comprometen frecuentemente el honor y los intereses pecuniarios de las familias y atacan la propiedad, al mismo tiempo que envuelven la grave falta de no respetar a los individuos en lo que les es más personal, y casi siempre —se concluye— con manifiesto abuso de confianza.

Si bien la solución de la *pluriobjetividad* de los tipos pudiera defenderse desde un plano exclusivamente teórico, esta cuestión adquiere especial virulencia respecto de las precisiones del artículo 499. En él se alude al descubrimiento de «secretos industriales». Con toda evidencia, el interés del titular de aquéllos cristaliza en algo de signo marcadamente económico, en algo de dimensión patrimonial, que, sin embargo, en el tipo, resulta sólo mediatamente protegido.

La conducta delictiva se construye sobre el atentado que al secreto se realiza. Nuestro legislador ante la doble posibilidad sistemática ha cargado el acento en la dirección apuntada. La perspectiva de incriminación resulta clara. De ahí, precisamente, que el delito no se incluya en otro lugar del código a pesar de su mediata dimensión patrimonial, ya denunciada por nuestros comentaristas del siglo pasado. En efecto, PACHECO afirmó su naturaleza de delito contra la propiedad, que no contra la libertad humana, si bien no deja de reconocer que en estas cuestiones de método existe siempre mucho de potestativo y arbitrario.

En consecuencia, cabe calificar, en principio, de *correcta* la ubicación de los tipos, en su actual redacción, bajo el epígrafe de «delitos contra la libertad y seguridad». Conviene tener muy presente al respecto que lo que se sanciona, que lo que se criminaliza, es el descubrimiento de secretos privados. Secretos de otras características —como ya hemos mencionado— tienen natural asiento en otros lugares del código.

IV. SUJETO ACTIVO

Las más elementales exigencias sistemáticas imponen que nos refiramos a la figura de los posibles *sujetos activos* antes de iniciar el examen de la conducta típica de descubrimiento y revelación de secretos que se describe y sanciona en nuestro Código Penal.

Respecto de los secretos documentales a que se alude en el artículo 497, no hay restricciones en cuanto al sujeto activo, en cuanto a aquél que conjuga el verbo núcleo del tipo. Se trata —en la terminología de ORTEGO COSTALES— de un sujeto activo *indiferenciado*.

Por el contrario, la divulgación de secretos a que se refiere el artículo 498 ha de ser realizada por el administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal. El «deber de silencio» que la ley impone se basa en el especial vínculo de lealtad y fidelidad que debe existir entre las personas que el artículo menciona, y cuya enumeración es exhaustiva.

También recorta el artículo 499 el ámbito de los posibles sujetos activos: lo serán únicamente los encargados, empleados u obreros de un establecimiento industrial. Si como apunta nuestra más reciente doctrina, los miembros del Consejo de Administración de una So-

ciudad Anónima no reúnen ninguno de estos caracteres, hay que concluir por señalar el arcaísmo y la falta de adecuación de la ley al desarrollo de estas grandes organizaciones en la sociedad contemporánea.

Como destaca GÓMEZ SEGADÉ en su obra *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección* (1974), a efectos de violación de estos secretos, resulta intrascendente la doble expresión utilizada por nuestro código, «empleado u obrero», con la que parece apuntarse a la distinción establecida en Derecho alemán entre *Arbeiter* y *Angestellte*, es decir, entre el trabajador manual y el que ocupa un puesto en el que predomina la actividad intelectual.

Con relación a la figura del sujeto activo del referido delito, existe en nuestra patria una ya vieja polémica doctrinal que gira en torno al problema de si el mismo es de posible aparición cuando el sujeto que revela el secreto de industria ha dejado de ser encargado, empleado u obrero del establecimiento. Se especula, en definitiva, sobre si esta revelación *a posteriori* de la ruptura del vínculo laboral es atípica o sí, por el contrario, convierte al descubridor en sujeto activo del expresado delito.

Las soluciones, de signo bien distinto, ya enfrentaron a PACHECO y GROIZARD:

A) De un lado, se afirma que el cese de la relación de trabajo no liberaría al agente de la obligación de sigilo; que es suficiente para la punición que el sujeto tenga la calidad exigida por la ley en el momento en que conoce el secreto. Se aduce en favor de esta solución la facilidad de burlar la ley con el mero hecho de provocar el despido o de cancelar el contrato de trabajo.

B) Por el contrario, estima otro cualificado sector doctrinal que el texto del precepto no permite extender

la prohibición al que «haya sido» encargado, empleado u obrero. La solución antes mencionada —se afirma— entraña una verdadera aplicación por analogía que debe ser rechazada.

Así planteada la cuestión, estima QUINTANO RIPOLLÉS que el silencio de la ley penal a este respecto habría que suplirlo con un minucioso examen de la conducta inculpada, en vista de las circunstancias de hecho, entidad y naturaleza del secreto, tiempo transcurrido y, sobre todo, de las cláusulas del contrato ya periclitado.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido solamente una oportunidad de pronunciarse en tan fundamental cuestión, y ello en fecha relativamente reciente: en *sentencia de 24 de septiembre de 1968*, considera sujetos activos del delito de referencia a unos jefes de sección comercial y técnica que revelaron secretos industriales a una empresa petrolífera desatados ya de la dependencia laboral con una primera empresa, la perjudicada, pero con un tracto ininterrumpido para realizar el hecho. Se estimó, en base de la inteligencia de la lealtad debida a su empresa de origen, que habían cometido el delito que se sanciona en el artículo 499. Se sienta, en consecuencia, la tesis que cabe calificar de *vinculatoria*.

En la fundamental sentencia de 1968, antes mencionada, se rechaza la calificación de atípicas de las conductas de los procesados, en base a sus alegaciones de que solamente se limitaron a emplear sus conocimientos adquiridos en «Iglesias, Instalaciones Petrolíferas» para desarrollar sus actividades en la «Fuel-Rof», porque «no fue ésta sola la acción de los procesados: se enteraron de las características de las instalaciones solicitadas por los clientes de la primera empresa, planos, correspondencia, datos guardados por ella, y los utilizaron para ofrecer sus servicios y descubrir al socio capitalista su pre-

paración y sus posibilidades industriales; los datos confidenciales, reservados, de que tuvieron conocimiento por su cualidad de jefes de las secciones comercial, técnica y delineación, fueron el acervo intelectual ajeno de que se aprovecharon para formar el equipo completo que se desligó de la empresa a la que debían lealtad para integrar seguidamente con el financiero la nueva sociedad en constitución «Fuel-Rof»; sujetos activos con dependencia laboral de la entidad industrial que abandonan con el propósito de valerse de los datos, no conocimientos generales en la profesión, descubiertos al socio y a varias casas clientes, sorprendidas por la exactitud de los pormenores técnicos solamente comunicados por ellas a «Iglesias», desatados de la dependencia laboral con la primera empresa, pero con tracto ininterrumpido para realizar el hecho; descubrimiento porque es un comunicar con ánimo doloso lo que había de confinarse en los límites de la empresa o sujeto pasivo, y divulgación consistente en comunicar a personas ajenas la posesión del secreto o hecho sabido por contado número de personas y causaron perjuicio, siendo movidos por ánimo de lucro; no infringió la Audiencia el artículo 499 citado con su aplicación debida y no procede el motivo por infracción de ley».

V. CONDUCTA TIPICA

Una vez examinadas las exigencias que la tipología legal impone con relación a los sujetos activos, se plantea con toda intensidad la problemática de la especificación de la *conducta típica* de estas infracciones.

El sustrato común sobre el que se construyen los criterios de criminalización es la acción de descubrir o revelar secretos ajenos. Determinado ya lo que por tal cabe

entender a la vista de nuestro ordenamiento jurídico, y sobre la base de que en el capítulo de referencia se alude tan sólo a secretos *privados*, trataremos de delimitar hasta dónde se extiende la tutela jurídico-penal.

Ampliar ésta en términos excesivos conduciría al absurdo de crear un «delito de indiscreción». Evidentemente, no es propio de los códigos penales imponer virtudes como la discreción, que si bien serviría para proteger determinados intereses individuales, pugna con otros no menos estimables, como el de libertad de expresión y sana crítica.

Como destaca QUINTANO RIPOLLÉS, con arreglo a nuestro Derecho, las indiscreciones genéricas pueden constituir, en determinados casos, delito de calumnia o injuria, pero no de violación de secretos en ninguna de sus modalidades de descubrimiento o revelación. La discreción es, quizá por lo poco frecuente, una virtud muy estimable, pero su desconocimiento no engendra repercusión jurídico-penal a no ser por los caminos apuntados de delitos contra el honor.

Los delitos de violación de secretos no alcanzan a la generalidad de las personas privadas, salvo si se perpetraren obteniendo subrepticamente papeles o documentos; y no por medio de otros conocimientos, que sólo obligan penalmente a quienes tuvieren específicos deberes de lealtad y silencio. Con relación a esta segunda modalidad, ya nos hemos referido a la sensible laguna que supone la ausencia de tutela penal del secreto profesional de los no funcionarios.

El criterio del legislador penal español al acometer la redacción de los tipos contenidos en los artículos 497 y siguientes, está perfectamente claro: no toda violación del secreto ajeno realizada por particulares es punible. La criminalización se construye, solamente, sobre secto-

res de esta actividad que se consideran socialmente más intolerables. En consecuencia, al sustrato común de la violación del secreto es preciso que se añadan unos elementos *de adición*, variables según los casos: que aquéllos se contengan en un escrito o que el descubrimiento se realice por determinadas personas, que específicamente se señalan.

1. La clase de secretos privados de más concreta protección jurídico-penal es la que se contiene en documentos escritos. Modalidad que históricamente goza de una mayor vigencia y que en el ámbito del Derecho comparado ha logrado una mayor difusión. Como afirma QUINTANO RIPOLLÉS, las causas de este privilegio en favor de los secretos documentales son fácilmente comprensibles: la certeza de su constancia, la clara voluntad de exclusiva pertenencia y el respeto inherente a las formas escritas características de la época actual, que ha llegado a etiquetarse de «edad del papel».

En tema de *secretos documentales* y su violación, establece el artículo 497: El que para descubrir los secretos de otro se apoderase de sus papeles o cartas y *divulgar* aquéllos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 200.000 pesetas. Si *no los divulgar*, las penas serán de arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas. Se contiene, además, en el párrafo 3.º del mencionado artículo la excepción a que en el momento adecuado se aludirá.

En primer lugar, sorprende ya que no se singularice la violación del secreto postal, que se equipara a la de cualquier escrito. Por el contrario, en otros ordenamientos como el italiano o el francés, se tipifica ésta con plena autonomía sancionándose, además, con mayor rigor que la de los contenidos en otra clase de documentos. Quizá responda a esta orientación el criterio mantenido

por nuestro Tribunal Supremo de que toda carta privada es *per se* secreta. Solución que implícitamente reconoce la gravedad de actividades de este tenor. En *sentencia de 10 de diciembre de 1908* se precisa textualmente que «el contenido de toda carta particular, sea el que quiera, es por su carácter, secreto, y, consiguientemente, quien lo comunica a otros, no siendo el destinatario de la carta, divulga secretos ajenos».

Fundamental derecho al secreto de la correspondencia —monografiado en España por CASTÁN VÁZQUEZ— que se tutela, además de con el precepto mencionado, con otros que se contienen en los códigos civil y de comercio, en las leyes de enjuiciamiento civil y criminal, en el Fuero de los Españoles y en la específica reglamentación del Servicio de Correos. Disposiciones que ahora sólo tangencialmente nos interesan.

Por otro lado, y como apunta RODRÍGUEZ DEVESA, el Código penal español desconoce una serie de técnicas nuevas, de *modus operandi*, que han venido en los últimos tiempos a incrementar la posibilidad de penetrar alevemente en la esfera de los secretos ajenos, con procedimientos que no podían siquiera pasar por la mente del legislador de 1848, como, por ejemplo, la escucha y registro de conversaciones telefónicas que resta en una tan absoluta como intolerable impunidad. Ataques a la intimidad a través de técnicas modernas (por ejemplo, receptores a distancia o utilización de cintas magnetofónicas), cuya relevancia jurídico-penal ha planteado G. SCHMIDT con singular acierto en su artículo *Zur Problematik des Indiskretionsdelikts*, aparecido en la *ZStW* de 1967.

La descripción típica del artículo 497 contiene claramente dos actividades diversas, hilvanadas por el mismo propósito final de descubrir: una, necesaria en todo caso,

la de *apoderamiento*, y otra de *divulgación* sólo operante para aumentar la penalidad. Lo cual responde, en efecto, a la doble etiqueta del capítulo de «descubrimiento y revelación de secretos». Bien entendido, que así como un *apoderamiento* sin *divulgación* puede ser punible, una *divulgación* sin previo *apoderamiento* es atípica en nuestro Derecho, a no ser que integre los supuestos específicos de dependientes a que hacen mérito los artículos 498 y 499, a los que en su momento nos referiremos.

Diversos son los elementos integrantes de la conducta delictiva que examinamos:

A) En primer lugar, es nota común el *apoderamiento* de papeles o cartas ajenos.

Exigencia de reflejo documental del secreto que supone la falta de tutela jurídico-penal de secretos confiados a un registro magnetofónico o de palabra. Arcaísmo en la protección al que ya antes nos referíamos como una de las más graves limitaciones del precepto mencionado.

En correcta interpretación de lo que al respecto *apoderamiento* significa, nuestro Tribunal Supremo de Justicia, y ante la cuestión de si el *apoderamiento* de papeles o cartas «ha de ser material o simplemente para examen y toma de conocimiento», estimó en *sentencia de 3 de abril de 1957* que, dado «el sentido en que la Ley emplea la palabra *apoderamiento* en el artículo 497, y dada la colocación de este hecho punible en el título de los delitos contra la libertad y seguridad, hay que excluir el concepto material, por bastar el *apoderamiento* momentáneo para las operaciones mentales de conocer y entender, con la finalidad de descubrir y utilizar en cualquier forma los secretos de otro». Criterio de la «captación mental» del secreto que determinó el fallo condenatorio en la sentencia a que nos referimos. Uno de los criterios esgrimidos —como hemos visto— fue, precisa-

mente, el de la colocación del tipo en el título de los delitos contra la libertad y seguridad.

También apreció el delito nuestro más alto Tribunal en la ya mencionada *sentencia de 10 de diciembre de 1908* y ante un supuesto de hecho en el que la apropiación de una carta se construyó sobre su previo hallazgo en la calle, habida cuenta que la carta se encontraba cerrada, suscrita y dirigida a las señas del destinatario.

Precisamente el alcanzar una exacta interpretación de lo que *descubrimiento* significa en el contexto del artículo 497 parece ser uno de los problemas en que muy recientemente se ha ocupado nuestra jurisprudencia. Las soluciones alcanzadas estimamos que deben ser calificadas de correctas. En *sentencia de 6 de octubre de 1967* se estimó que este «apoderamiento» de una cosa significa hacerse dueño de ella y que la figura delictiva que se contempla emplea el verbo «apoderar» en el sentido de que los papeles o cartas queden bajo el poder o dominio de quien no le pertenecen, incorporación al patrimonio de uno que precisa necesariamente una actividad, una acción positiva, un hacer, un algo positivo de quien recibe la cosa para que ésta quede bajo su dominio, ya que la sola inactividad o pasividad no produciría el efecto de tener por suyo o poder disponer de lo que recibió; y así, al declararse probado que el procesado recibió repetidamente en distintos días en su oficina correspondencia postal en pliegos cerrados que abrió, enterándose de su contenido, sin que conste lo hiciera por simple error, queda patente la acción de apoderarse de lo que no iba dirigido a él, pues aunque el acto inicial de llevar la correspondencia a su oficina fuese extraño a su actividad, y se la encontrase allí en el buzón, en cualquier otro lugar o entregada en propia mano, a ese desasimiento del cartero o de quien hiciese la entrega, siguió el acto

de apoderamiento al tomarla, abrirla y enterarse de su contenido. Hay, en consecuencia —se afirma—, una actividad plenamente desarrollada para apoderarse de la correspondencia ajena, apoderamiento que, por otra parte, no precisa de medios violentos o fraudulentos de comisión que darían lugar a otras formas más agravadas de delincuencia. Criterio que se reitera en *sentencia de 25 de noviembre de 1969*.

B) Este apoderamiento tiene que referirse necesariamente a documentos o cartas que tengan incorporado un *secreto*.

Habida cuenta la redacción de la excepción contenida en el párrafo 3.º del artículo 497, bien pudiera pensarse que los secretos objeto de protección son los exclusivamente familiares. Sin embargo, es incuestionable que el propio precepto no discrimina en este sentido y que la conducta de descubrimiento abarca tanto a los secretos familiares como extrafamiliares.

Ello sentado, no cabe exigir que el secreto violado por el sujeto activo lo sea de carácter trascendental. Es exigible, como destaca nuestra mejor doctrina, que el sujeto pasivo haya realizado inequívoca expresión de voluntad de tener oculto el contenido o la materialidad del documento en cuestión. La apropiación y aun divulgación de cartas u otros papeles sin cerrar y descuidadamente abandonados en lugar accesible a extraños, podrá constituir hurto, pero muy difícilmente violación de inexistentes secretos. La cuestión, por otro lado, es claramente *de hecho*, a valorar en cada caso según la trascendencia del documento que, como hemos visto, no precisa ser desplazado materialmente.

También ilumina esta problemática la ya mencionada *sentencia de 6 de octubre de 1967*. En ella se destaca que la cosa puede ser secreta *per se* (por su misma naturale-

za), caso, por ejemplo, de la correspondencia mercantil y por ministerio del Código de Comercio, artículos 45 y 46; pero también puede determinar este carácter la voluntad de quien la posee: el hecho de cerrar una carta demuestra la voluntad de que su contenido no sea conocido más que por la persona a quien va dirigida, y, por tanto, es un secreto que viola el que la abre sin el consentimiento del destinatario.

C) El apoderamiento de secretos documentales ajenos ha de realizarse, precisamente, *para descubrirlos*. En este sentido, son terminantes las precisiones del artículo 497.

Ello otorga una óptica muy especial a la contemplación dogmática de estos delitos. La estructura finalista del tipo («para descubrir los secretos de otro») supone una caracterización teleológica del mismo que nos impone, en buena técnica y al modo welzeliano, traer el examen de elementos culpabilistas, etiquetables de *elemento subjetivo*, al lugar natural de la acción.

Creemos —con PUIG PEÑA— que este término, *descubrir*, debe identificarse con *conocer*, y ello por tres razones: en primer lugar, porque el epígrafe del capítulo contrapone descubrimiento y revelación; en segundo lugar, porque la divulgación merece consideración aparte en el propio artículo; y en tercer lugar, porque en el simple hecho de descubrir una cosa que debe permanecer secreta debe basarse la punición, por cuanto envuelve una indiscutible ilicitud de la acción.

En consecuencia, abarca el dolo del agente el conocimiento de que los papeles o cartas contienen un secreto y la voluntad de descubrirlo. En este sentido se ha manifestado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo. Así, en la fundamental *sentencia de 19 de junio de 1923* se precisó que para la existencia de este delito «es indis-

pensable que el apoderamiento de las cartas o papeles se realice con el fin de descubrir el contenido de los mismos, se divulgue o no; y como de los hechos declarados probados en la sentencia reclamada, aparte de lo aseverado por el Tribunal sentenciador, se desprende que la intención de los procesados M. G. T. A. y D. H. S., al abrir la carta que se entregó al último para llevarla al correo, y que no consta siquiera que llegasen a leerlo, no fue la de descubrir su contenido, sino la de introducir, como lo hicieron en la misma, la fotografía que la acompañaba y un papel en que incluyeron frases y figuras obscenas e injuriosas, es obligado reconocer que tal hecho, por carecer de tan esencial elemento, no puede entrañar el referido delito de descubrimiento de secretos, cual acertadamente entendió el Tribunal *a quo*». Consecuentemente, en el fallo mencionado se apreció y sancionó por escándalo público y no por el delito de que ahora nos ocupamos. Decisión técnicamente irreprochable, ya que nuestro Código no castiga, en particulares, la mera apertura de carta, al modo de otros textos penales, sino su apoderamiento *para descubrir su contenido*. Exigencia que, también en muy claros términos, se contiene en *sentencia de 14 de octubre de 1876* y en la ya citada de *6 de octubre de 1967*.

Los supuestos de error en el descubrimiento, no sólo destruyen el dolo, sino también la posibilidad de incriminación a título de culpa; no porque actividades de esta naturaleza no sean hipotizables, sino por impedirlo la clara dimensión finalista del tipo. Por ello, en *sentencia de 10 de diciembre de 1957*, se califica de actividad impune la apertura y lectura de una carta creyendo, erróneamente, ser el destinatario de la misma.

D) Finalmente, y para culminar esta caracterización de la violación de secretos documentales, cabe señalar

que a tenor de las precisiones del artículo 497-2.º, el descubrimiento de secretos mediante apoderamiento de papeles o cartas constituye por sí una modalidad delictiva perfecta, sin necesidad de revelación o divulgación.

Tipicidad prácticamente huérfana de atención en nuestra doctrina, hasta que en 1971 ha publicado M. COBO un trabajo titulado *Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código Penal)*, en el que, sobre todo, se destacan las dificultades probatorias que hacen, en cierto modo, inaplicable el precepto de referencia.

Muy esquemáticamente trataremos de caracterizar esta comunicación de lo ilícitamente sabido, sobre la que se construye la diferenciación entre los tipos de los párrafos 1.º y 2.º del artículo. Como ya destacó nuestro más caracterizado comentarista del Código de 1870, en este punto concreto no caben reglas *a priori*. Sin embargo, creemos que no se precisa la comunicación a un elevado número de personas, y que, sobre todo, lo revelado ha de ser el secreto, sin necesidad de aportar materialmente el documento en que éste se asienta. La simple comunicación verbal es suficiente, siempre y cuando se haga a persona distinta del destinatario o titular.

Obviamente, el tipo de divulgación es menos susceptible de perpetrarse por error que el de simple descubrimiento. Se comprende bien que se abra y lea una carta creyendo ser el destinatario; lo que es difícilmente hipotizable es la permanencia de esa buena fe en la propagación del contenido de la misma. Además, la incriminación a título de culpa, y sobre la base de indiscreciones negligentes, es imposible por imperio de la estructura finalista del tipo, cristalizada en la expresión «para descubrir» a que ya nos hemos referido.

La caracterización de la violación de secretos docu-

mentales acometida en páginas anteriores es respetada —en líneas generales— en la ya mencionada y fundamental *sentencia de 8 de marzo de 1974*; el delito de descubrimiento de secretos comprendido en el artículo 497 del Código Penal, se afirma, consta de los siguientes elementos esenciales: «1.º) un hecho de *apoderamiento* —no de simple apertura— de los papeles o cartas de una persona; 2.º) que se realice con *animus scienci*, es decir, de descubrir o conocer los secretos de otro; 3.º) que existan tales *secretos* —"algo reservado u oculto", según la significación semántica, o lo conocido por un reducido círculo de personas, según la doctrina—, si bien es de advertir que el Tribunal Supremo, en sentencias de 10 de diciembre de 1908 y de 19 de junio de 1923, insiste en que el contenido de toda carta particular, sea el que sea, es, por su carácter, secreto, y por consiguiente quien lo comunica a otros, no siendo el destinatario, divulga secretos; 4.º) que sean secretos de la persona a quien pertenezca la titularidad de la carta o papel, y 5.º) que el *apoderamiento*, además del móvil inicial de conocer los secretos de otro, tenga el ulterior móvil de divulgación o *animus desvelandi*, aunque no es indispensable, para la consumación del delito, que llegue efectivamente a ocurrir dicha divulgación, y si llegara a darse, se aplicará la figura agravada del artículo 497, párrafo 1.º»

En tema de *antijuridicidad* de la conducta queremos prestar especial atención a las precisiones del párrafo 3.º del artículo 497; en él se preceptúa que «esta disposición no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia».

Desde SILVELA se había considerado en España que esta cláusula contiene una «excusa absolutoria». Posteriormente, sin embargo, y al tiempo que aquéllas se re-

ducían a las contenidas en los artículos 226 y 564, se ha etiquetado a ésta como «falsa excusa absolutoria», «causa de justificación» o «causa de justificación específica». Nuestro Tribunal Supremo, en *sentencia de 5 de diciembre de 1958* (de la que fue ponente F. CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA), respetó la terminología tradicional, si bien en la más reciente *sentencia de 8 de marzo de 1974* se habla ya de «la seudo excusa absolutoria del último párrafo del artículo 497». En opinión de QUINTANO RIPOLLÉS, no merece la pena polemizar sobre una cuestión de léxico carente de inmediatas consecuencias prácticas.

Sin embargo, el propio QUINTANO —y en 1973 BAJO FERNÁNDEZ— se pronuncia por la naturaleza de exclusión de la punibilidad, en contra de la tesis de RODRÍGUEZ MUÑOZ, JIMÉNEZ DE ASÚA o CUELLO CALÓN. Con ello —afirma— se mantienen los demás elementos de la infracción: hay delito y autor, faltando la pena por meras consideraciones político-criminales de conveniencia. Situación en íntimo parentesco —concluye— con la contemplada en tema de delitos contra la propiedad en el artículo 564, al que doctrinalmente se atribuye sin regateo el carácter de excusa absolutoria.

Sin que la naturaleza de esta exposición nos permita un más profundo planteamiento de una temática que, en gran medida, cae en el ámbito de lo opinable, estimamos que no hay en el precepto más que una referencia innecesaria, como otras muchas del Código Penal, al ejercicio de un derecho por parte de padres o tutores, una manifestación muy concreta del derecho de corrección que aquéllos tienen atribuido. Así planteada la cuestión, es más fácil comprender el actual silencio respecto del descubrimiento por el marido de los secretos de su mujer.

Merece ser destacado que la enumeración de personas

que acomete el artículo 497, 3.º, es rigurosamente exhaustiva, y que desde el Código de 1932 no comprende al marido respecto de los secretos de su mujer, en contraposición al criterio opuesto, de rancio abolengo en nuestro Derecho codificado. Solución ésta que aún se mantiene, por ejemplo, en el Código portugués (art. 461, 1.º) y que es concreta manifestación de la irritante desigualdad que en perjuicio de la mujer opera en ocasiones el Derecho penal, como con espiguelo reflexivo de las situaciones específicas ha denunciado GIMBERNAT ORDEIG.

2. Al margen de la ya mencionada violación de secretos documentales, se describe en nuestro Código la *revelación punible por parte de personas dependientes*. En efecto, castiga el artículo 498 al «administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare», y el artículo 499 al «encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que, en perjuicio del dueño, descubriere los secretos de su industria».

Ambas descripciones, que en gran medida comportan una superflua repetición de los tipos, son las únicas de revelación punible sin apoderamiento y, en cierto modo, las únicas figuras de violación de secreto profesional de los no funcionarios. Por ello, precisamente, son infrecuentes en el ámbito del Derecho comparado, ya que los más modernos ordenamientos han optado por fórmulas más amplias de incriminación. Sobre todo, el tipo hoy contenido en el artículo 498 constituye una singularidad del Derecho español. Artículo sobre el que prácticamente no ha tenido oportunidad de pronunciarse nuestro Tribunal Supremo, y es ello profundamente sintomático.

El signo diferencial entre los tipos de los artículos 498 y 499 no radica tanto en la cualidad personal del sujeto activo, que es prácticamente la misma, como en la *natu-*

raleza del secreto: no cualificada en el artículo 498, pero sí en el artículo 499 en los términos que muy pronto señalaremos.

Habida cuenta la semejanza morfológica y de fundamentación entre ambas modalidades delictivas «de propia mano», prestaremos especial atención al muy debatido doctrinalmente artículo 499.

Como síntesis de una sabia doctrina jurisprudencial, de la que son señalado exponente las *sentencias de 7 de junio de 1962, 23 de octubre de 1964 y 4 de abril de 1972*, cabe exigir como inexcusables premisas de la acción: en primer lugar, la existencia de una relación de dependencia concretamente determinada entre el autor del delito y el propietario o dueño del establecimiento industrial; en segundo lugar, la revelación de un secreto de industria, y, finalmente, un afán de perjudicar.

Examinada ya en su lugar sistemático la problemática surgida en torno a la figura de los posibles sujetos activos, abordaremos la caracterización de los restantes elementos:

A) Es menester que el *secreto* se refiera a un procedimiento industrial o de fabricación. Afirma CUELLO CALÓN que es indiferente que se trate de un procedimiento olvidado y perdido, vuelto a poner en práctica por el que encontró su fórmula. Lo realmente decisivo es que, en el momento actual, se trate de un secreto.

Secreto industrial que GÓMEZ SEGADÉ, monografista español del tema, ha caracterizado como *todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos*.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un punto muy concreto de esta caracterización que perseguimos y en términos profundamente

reveladores. En la ya mencionada *sentencia de 7 de junio de 1962* se estimó que, en el caso examinado, al declararse hecho probado la existencia de otras máquinas de tallado de madera, así como diseños y explicaciones en libros y revistas especializadas, por tratarse de una materia en que hace ya bastantes años que existen máquinas para efectuar esa clase de tallados, «la condición de secreto de industria invocada por quien se ha creído perjudicado por la conducta de los procesados recurrentes, aparece esfumada ante tal declaración fáctica, porque el que se considere como secreto de industria en la localidad en que radicaban las fábricas del querellante y del acusado reputado inductor al delito, y aun en la provincia y región, no autoriza en modo alguno a sostener, a efectos penales, que el quebrantamiento de esa sigilosidad, reserva u ocultación de fabricación de carácter local, provincial o regional constituye el secreto general que la aplicación del Código Penal a todo el territorio nacional requiere para la estimación de la actuación personal dolosa, porque caeríamos en la inconsecuencia de considerar punible la conducta enjuiciada en las localidades en las que por no ser conocida la existencia de máquinas como la construida para la industria del querellante y copiada por los procesados previa comunicación de datos, notas y diseños por un obrero de aquella industria al propietario de la fábrica, a la que pasó a prestar servicio al abandonar la del supuesto perjudicado, y no en otras localidades en que la maquinaria aludida para efectuar tallados en madera fuese ya conocida y en consecuencia no secreta, y como esta diversidad de situaciones pugna con la general aplicación de la norma penal, no debe estimarse racionalmente como un sigilo al procedimiento de estampado de la madera que venía empleando como secreto

de industria el acusador particular, por lo que procede acoger el indicado motivo del recurso». Con toda evidencia, una solución de signo contrario conduciría al absurdo de considerar punible la conducta enjuiciada en las localidades en que la máquina no fuese conocida y no en otros lugares en que la misma sí lo fuese y, en consecuencia, no secreta. Diversidad de situaciones que pugna con la general aplicación de la norma punitiva en todo el territorio nacional. En este sentido, ya VIADA había expresado que si los procedimientos de fabricación eran generalmente puestos en uso, ya no serían «secreto», y por lo mismo dejaría de ser delito su divulgación o descubrimiento.

En la actualidad es unánime nuestra doctrina en el reconocimiento de que no es necesario para la protección del secreto industrial la efectividad formal de la patente. Cuando se ha obtenido dicho privilegio, se adquiere un derecho para que ningún otro pueda ya usar del descubrimiento garantizado, lo cual es muy distinto de lo que preceptúa el artículo de referencia, que no habla de prohibir a nadie el uso de las invenciones que llega a conocer, sino de la sanción de que se hacen acreedores los que descubren aquéllas que son secretas hallándose en la situación que el precepto menciona.

B) El vehículo de esta *revelación* punible realizada por persona dependiente puede revestir múltiples formas, muy difícilmente reducibles a una fórmula generalizada: comunicación directa a una o más personas; que se permita la entrada en el establecimiento a persona capacitada y deseosa de descubrir el secreto; exhibición de los planos, documentos o fórmulas que contengan el secreto de industria, etc.

En la *sentencia de 18 de febrero de 1959* se condenó a unos procesados que, obrando deslealmente, habían

realizado la paciente labor de «copiar con toda justeza los diversos elementos o piezas de los aparatos de la empresa perjudicada, que amparada en una patente de introducción registrada tenía una fábrica de su propiedad, transmitiendo esos datos, diseños, dibujos y planos a terceras personas, que por ello pudieron llegar a la construcción de aparatos exactamente iguales a los copiados y efectuar el montaje de dos fábricas de producción de oxígeno, a base de elaboración en la misma forma y con las mismas peculiaridades que la auténtica».

C) Se exige, además, en el tipo que la conducta se realice *en perjuicio del dueño*. Única ocasión en los delitos que examinamos en que se menciona el resultado dañoso. Con ello parece apuntarse a una concepción pluriobjetiva del tipo (lesión de la libertad personal y del patrimonio), aspecto al que más tarde nos referiremos.

Sin embargo, este «afán de perjudicar», en expresión de nuestra jurisprudencia (por ejemplo, *sentencia de 7 de junio de 1962*), debe ser entendido como persecución de fines dañosos para el patrono, pero posiblemente ajenos al de la propia explotación por parte del dependiente infiel: venganza, favorecimiento de tercero o simple indiscreción sin ventaja para nadie.

Así caracterizado el *secreto industrial* que contempla nuestro Código punitivo, creemos se impone alguna reflexión sobre el mismo, habida cuenta la trascendencia del problema en la actualidad. Su importancia, en cuanto objeto de protección, viene determinada por la inquestionable atención que al mismo se presta en el ámbito del Derecho comparado, y no sólo en países de estructura político-económica semejante a la nuestra, sino también en áreas de economía socialista. En Yugoslavia ha aparecido en 1970 una fundamental mono-

grafía de B. ZABEL, titulada precisamente *Poslovna Tajna* (el secreto industrial).

En los últimos tiempos, y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, los secretos industriales se han ido convirtiendo paulatinamente en uno de los más atractivos valores de las empresas. A medida que aumentaba el número e importancia de los secretos industriales, aumentaban también las violaciones de los mismos por todos los medios. El *espionaje industrial* llegó a convertirse —en expresión de MAASS— en un hábito de las grandes empresas; quizá sea ésta una de las más concretas manifestaciones de lo que reticentemente se ha calificado de «moral nueva» en el mundo económico, caracterizada por un ansia desaforada de «hacer negocio» a toda costa. Como dato indicativo del extraordinario valor que han adquirido los secretos industriales, cabe decir que las pérdidas sufridas por empresas norteamericanas y en base de su revelación se estiman en unos 3.000 millones de dólares solamente en el año de 1968. Asimismo merece ser destacado que el presupuesto que la General Motors destina en los últimos años a previsoras medidas de «contraespionaje» es ligeramente superior al del Servicio de Inteligencia francés.

El secreto industrial es sumamente frecuente en los sectores industriales que mayor desarrollo han alcanzado en los últimos tiempos: electrónica, técnica espacial, balística, química, bioquímica, etc. La importancia económica de los secretos industriales en estos sectores alcanza niveles insospechados. Así, por ejemplo, un cultivo microbiano preparado por la empresa *American Cyanamid* para conseguir un nuevo medicamento había sido tan costoso que su revelación ocasionó a la empresa una pérdida superior a los 700 millones de pesetas.

En conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho

de la Universidad de Grenoble, el 7 de junio de 1974, sobre los aspectos internacionales y de Derecho comparado de la criminalidad socio-económica, ha puesto de relieve K. TIEDEMANN que el espionaje industrial acarrea a la industria de la República Federal Alemana perjuicios que cabe cifrar en mil millones de marcos anuales.

Con ello se destaca ya el matiz económico que cabe atribuir a esta delincuencia, al margen del criterio sistemático arbitrado en su día por el legislador español, y ya sometido a revisión por PACHECO y GROIZARD. Nuestro Tribunal Supremo es lo suficientemente explícito en este sentido en *sentencia de 14 de noviembre de 1964*: el descubrimiento de los secretos industriales protegidos en el artículo 499 —se afirma— «es una acción contra el patrimonio industrial ajeno, teñida por la deslealtad y el abuso de una posición privilegiada dentro de la empresa, la cual, siempre en riesgo por la desenfrenada competencia, incluye entre sus derechos el de realizar investigaciones que, amparadas o no por los medios de la legislación sobre propiedad industrial, deben permanecer secretas fuera del círculo de sus empleados y obreros, quienes al divulgarlos cometen este delito, que supone secreto industrial y divulgación».

Las limitaciones del tipo, ya viejo en nuestro Derecho positivo, se evidencian aún más con el arcaísmo de los términos que utiliza y que hacen referencia a una fase incipiente de la tecnificación, rebasada hoy por los ingentes problemas que plantea la organización de la distribución, consumo o publicidad en la empresa. Actividades todas que solamente en forma periférica aparecen protegidas con el deber de sigilo que impone el artículo 499

Es evidente, y a ello ya nos hemos referido, que este precepto nace a la vida jurídica nacional con una finali-

dad muy concreta y que justifica su ubicación en el capítulo que sanciona exclusivamente el descubrimiento y revelación de secretos. Pero no es menos cierto que detrás de este *espionaje industrial* —para utilizar un término de nuevo cuño— hay una dimensión prevalentemente económica que otorga otra perspectiva al problema.

Por todo ello se impone una postura realista del legislador español para acometer, y en el lugar del Código más correcto o por la vía de la legislación especial, una protección de estos secretos de enorme trascendencia económica en nuestro tiempo. Objetividad jurídica ante la que quiebra la monocorde contemplación de nuestro texto penal de un deber de secreto exclusivamente vinculado a la lealtad debida a la empresa.

Observaciones todas que sólo pueden predicarse en tema de revelación de secreto industrial. Unica e insuficiente tipicidad con que nuestro Derecho aborda el problema. Es evidente —como afirma QUINTANO RIPOLLÉS— que la revelación de secretos industriales pertenecientes al Estado, y sólo cuando ello afecte a la seguridad nacional, tendría cabida en las figuras de traición del número 6 del artículo 122 del Código Penal común o 262 y 263 del de Justicia Militar; pero faltan las modalidades de espionaje industrial mencionadas, en las que se sancione la revelación de secretos que, sin afectar directamente a la defensa nacional, puedan lesionar su economía. Ello nos pone en contacto con otra de las cuestiones de Política criminal más candentes en la actualidad y que obvias limitaciones cronológicas nos impiden examinar pormenorizadamente. Nos interesa ahora tan sólo poner de relieve las insuficiencias de la vetusta tipicidad que se contiene en el artículo 499.

VI. MOMENTO CONSUMATIVO

Así, esquematizada tan fundamental problemática, y para culminar el examen del elemento objetivo de las infracciones examinadas, debe hacerse referencia al momento lógico y cronológico de la consumación.

Respecto de los tipos de violación de secretos documentales, esquematiza M. COBO un período ejecutivo que abarca los siguientes hitos: a) apoderarse de papeles o cartas de otro con la finalidad de descubrir sus secretos; b) descubrir los secretos en cuestión; c) divulgar aquéllos.

Con toda evidencia, quien da vida con su acción a los tres apartados realiza el delito del artículo 497, párrafo 1.º Nos encontramos, pues, ante un *Zweiaktigedelik*, que requiere una primera conducta de apoderamiento para conocer un secreto y una fase de comunicación de lo ilícitamente descubierto.

Con relación al tipo del artículo 497, párrafo 2.º, afirma COBO que «estamos a presencia de un delito completo y perfecto desde el momento que se comprueba la existencia de un apoderarse de los documentos con la finalidad, mera finalidad —potencialidad, en suma, con respecto a la realización de aquélla— de descubrir los secretos que contengan»; situar el momento consumativo en el descubrimiento supone, en su opinión, transportarlo fuera del tipo, exigiendo algo que normativamente no es requerido. Afirmación, en definitiva, de que se cumplen las exigencias de tipicidad del mencionado párrafo 2.º con el simple apoderamiento documental «para descubrir», al margen de que, efectivamente, se haya o no descubierto. Si bien el penalista mencionado no puede dejar de reconocer que, por lo

general, se darán conjuntamente apoderamiento y descubrimiento.

Por el contrario, estiman QUINTANO RIPOLLÉS y RODRÍGUEZ DEVESA que es necesario para perfeccionar el delito que el sujeto activo haya llegado a tomar conocimiento del secreto; es decir, que el descubrimiento de secretos mediante el apoderamiento de papeles o cartas constituye por sí una modalidad delictiva perfecta. La divulgación de los secretos así conocidos engendra responsabilidad criminal en base del párrafo 1.º del artículo 497 que examinamos.

De acuerdo con esta tesis, más acorde con la etiqueta que el legislador utiliza en el capítulo al contraponer *descubrimiento* y *revelación*, queda imperfecta la acción si abierto el sobre —por ejemplo— no tuvo tiempo el sujeto de enterarse de su contenido. No se estima suficiente, en definitiva, el simple apoderamiento documental para la consumación. En el artículo 497 se castiga el descubrimiento de secretos operado mediante el apoderamiento de papeles o cartas ajenos, con o sin divulgación ulterior.

Respecto del artículo 498, primero de los tipos que hemos etiquetado como de revelación punible por parte de personas dependientes, afirma RODRÍGUEZ DEVESA que no son hipotizables las formas imperfectas de aparición, «porque el saber, por sí mismo, es impune, y la divulgación es una actividad puramente formal». Momento del *iter criminis* en el que hay que situar la consumación. En la materia, no ha tenido oportunidad de pronunciarse nuestro Tribunal Supremo.

El descubrimiento de secretos industriales, descrito y sancionado en el artículo 499, exige la comunicación de aquéllos a personas ajenas a la posesión del secreto. A pesar de la semejanza morfológica con el tipo del

artículo anterior, nuestro más alto Tribunal de Justicia ha aceptado, en *sentencia de 19 de febrero de 1969*, la posibilidad del delito de descubrimiento de secretos industriales en grado de tentativa. Sentencia en la que se menciona que «el procesado tomaba notas de las combinaciones puestas en clave, que con carácter exclusivo y secreto empleaba la casa donde trabajaba para la fabricación de sus productos, para ofrecerlos, como los ofreció, a otras empresas; es decir, que el procesado empezó con actos comisivos externos la realización del delito propuesto, anotando combinaciones secretas, formuladas en clave, para mayor secreto, y las ofreció a otros competidores, con el consiguiente perjuicio para el fabricante poseedor de la fórmula secreta de mezcla, si al llevar a efecto su oferta los hubiesen fabricado igual, lo que no llegó a tener realidad, dado que el procesado no pudo practicar todos los actos ejecutivos del delito, porque las notas que había copiado le fueron ocupadas por la Guardia Civil antes de entregarlas, acción ajena a su propio y voluntario desistimiento».

VII. CONCURSO

La panorámica concursal, y en lógica aplicación de los principios generales vigentes en nuestro Derecho punitivo, es muy amplia. Por ello, aludiremos solamente a aquellos supuestos de más frecuente aparición en la realidad fáctica:

A) En tema de violación de secretos documentales nada obstaculiza la hipótesis del concurso en los casos de apoderamiento operado mediante fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, lo que haría de aplicación, además, los tipos de daños, coacciones o lesiones.

B) Especial interés entraña esta problemática respecto de la violación de secretos realizada, sobre todo, por las personas dependientes a que se alude en el artículo 499. No existe obstáculo técnico alguno que vede la posibilidad de concurso de los delitos de revelación de secretos industriales con los de contra la propiedad del mismo nombre, tanto de la ley especial, de 16 de mayo de 1902, como del propio Código Penal. Sobre todo, habida cuenta la diversa objetividad jurídica que nuestro Derecho punitivo protege en uno y otro supuesto: la libertad, en un caso, y la propiedad, en otro. Creemos que este factor diferencial ha de ser decisivo en tal estimación de signo afirmativo.

VIII. PENALIDAD

Finalmente, examinaremos las *consecuencias jurídico-penales* de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos a que nos hemos venido refiriendo.

La pena privativa de libertad es idéntica en los tres tipos mencionados: arresto mayor. Variando solamente la diversa entidad de las penas pecuniarias que, después de la reforma del Código acaecida en 1974, se establecen, según los casos, entre 10.000 y 200.000 pesetas.

Ante paralelos preceptos del Código Penal de 1932, escribía NÚÑEZ DE CEPEDA: «Descubrir secretos y revelar secretos son actos innobles que pueden acarrear muchos disgustos y producir sendos perjuicios. Cuando el secreto es puro y netamente mundano, el disgusto no pasa de la esfera propia o de la familiar; pero si el secreto es comercial o industrial, entonces pueden so-

brevener enormes perjuicios, difícilmente reparables en la esfera civil. Por eso nos parecen pequeñas las sanciones penales que este capítulo señala.» Sensibilización, en suma, ante la trascendencia económica del espionaje industrial que parece rebasar, naturalmente, los estrechos cauces en que se encuentra concebido el capítulo de referencia, como ya hemos tenido oportunidad de poner de relieve.

Sorprende, sin embargo, la inconsecuencia que supone sancionar con menor rigor los casos de revelación de secretos llevados a cabo mediante un abuso de confianza y lealtad (arts. 498 y 499), que los perpetrados por persona extraña que se hacen objeto de punición en el artículo 497. Incongruentemente, resulta un motivo de atenuación tal abuso de confianza, lo que pugna con la dureza que el propio código reserva, por ejemplo, para el hurto doméstico del artículo 516, número 2.º La explicación de tal anomalía la aborda QUINTANO RIPOLLÉS afirmando que el tipo del artículo 497 es una especie de «hurto de secretos» por el apoderamiento anterior del documento, y que en los artículos 498 y 499 se describen modalidades abusivas parejas a la «apropiación indebida de secretos», conocidos lícitamente, pero ilícitamente divulgados, y en este sentido resulta innegable que «la apropiación indebida de cosas muebles resulta igualmente privilegiada en el artículo 535 respecto a los hurtos domésticos, pese a la presencia del abuso de confianza y desconocimiento de los vínculos de lealtad, como una especie de inmoral premio a la astucia».

Lo que resulta evidente, por otro lado, es la imposibilidad de aplicar en los tipos de los artículos 498 y 499 la circunstancia modificativa agravante 9.ª del artículo 10

(«obrar con abuso de confianza»), que, en cambio, adquirirá plena operatividad en el caso del artículo 497, si el que se apodera de los papeles o cartas se prevaliere para ello de una relación laboral o de confianza que le une al sujeto pasivo de la infracción.





FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Profesor Agregado de Derecho Penal
en la Universidad de Sevilla



El principio de culpabilidad



Cuando los penalistas hablamos de culpabilidad lo hacemos en un doble sentido: por un lado, concebimos la culpabilidad como una categoría o elemento de la teoría del delito que permite aplicar una pena al autor de un hecho tipificado en la Ley penal y no amparado por causa de justificación alguna. La culpabilidad así entendida representa un juicio de valor, de desvalor más bien, que se formula del autor de un hecho prohibido por la Ley penal. Por otra parte, se habla también de la culpabilidad como un principio supremo de política criminal, de buena Política criminal, que inspira o debe inspirar la intervención del poder punitivo del Estado (1).

Tanto en un caso como en otro estamos dando por supuesto un concepto determinado de culpabilidad: la culpabilidad como reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo. Así, por ejemplo, dice RODRÍGUEZ DEVESA que «actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo» (2).

(1) Véase, por ejemplo, JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 2.^a ed., 1972, p. 14.

(2) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español*, parte general, 3.^a ed., Madrid, 1973, p. 362.

Este concepto tradicional de culpabilidad, producto de la época en la que apareció como categoría autónoma en el Derecho penal moderno —la época de la lucha entre deterministas e indeterministas (3)—, ha colocado al penalista ante la difícil situación de tener que elegir entre estos dos extremos: o aceptar la capacidad humana de actuar libremente o negar esta capacidad, negando con ello, al mismo tiempo, la importancia de la culpabilidad como elemento del delito y como presupuesto y límite de la reacción penal estatal. A esta alternativa parece difícil sustraerse por lo arraigada que está en nuestra disciplina la polémica entre deterministas e indeterministas (4). Creo, sin embargo, que se puede soslayar esta discusión, sin tener por ello que renunciar al concepto de culpabilidad. Esto supone naturalmente partir de un concepto de culpabilidad distinto del tradicional. Y esto es precisamente lo que constituye el objeto de mi comunicación. Con ella pretendo demostrar también que la culpabilidad es una categoría fundamental del Derecho penal, pero que el concepto tradicional de culpabilidad es incompatible con los actuales conocimientos científicos. Por eso debe verse, al mismo tiempo, esta comunicación como un intento por aproximar la Ciencia del Derecho penal y concretamente la Dogmática jurídico-penal a los conocimientos que constituyen patrimonio de la Psicología y Sociología modernas. El futuro del principio de culpabilidad en Derecho penal dependerá, en definitiva, de los conocimientos que nos brinden estas ciencias.

(3) Sobre el origen y evolución del concepto de culpabilidad me remito a mi artículo *Über den materialen Schuldbe-griff*, en prensa.

(4) Véase, por ejemplo, el artículo de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, en «Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal», Salamanca, 1971, pp. 90 y ss.

1. En primer lugar, hay que demostrar por qué el concepto tradicional de culpabilidad es científicamente insostenible.

El concepto tradicional de culpabilidad es científicamente insostenible, porque se basa fundamentalmente en un argumento que es racionalmente indemostrable: la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo.

No hace mucho ha demostrado ENGISCH, a mi juicio convincentemente, que, aunque el hombre poseyera esta capacidad, sería imposible precisar en el caso concreto si se hizo o no uso de ella; porque, aunque se pudiera repetir exactamente la misma situación en la que se actuó, habría siempre circunstancias nuevas, otros datos, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo diverso a como se hizo es, por consiguiente, ontológicamente indemostrable (5).

Queda, sin embargo, la posibilidad de entender esa capacidad de un modo puramente vivencial, como resultado de nuestra propia experiencia y observación. En este sentido tenemos la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos libres de elegir entre las distintas opciones que se nos ofrecen. Este planteamiento fenomenológico es válido siempre que no queramos exagerar su importancia (6).

Evidentemente existe una capacidad de elección entre varias opciones, que se puede constatar en cualquier momento. Es más, esa capacidad constituye un presupuesto del actuar humano, y por eso se excluyen del ámbito de

(5) ENGISCH, Karl: *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.^a ed., Berlín, 1965, p. 24.

(6) Sobre las insuficiencias del planteamiento fenomenológico en el ámbito de la culpa véase CASTILLA DEL PINO, Carlos: *La culpa*, 2.^a ed., Madrid, 1973, p. 71.

la acción jurídicamente relevante las reacciones puramente instintivas, inconscientes o producto de la fuerza irresistible. Pero fuera de estos casos el hombre no tiene más remedio que elegir siempre, ante cualquier situación que se le presente, entre varias opciones, sin que conozca las razones últimas que le impulsan a elegir una u otra opción.

Ahora bien, esa capacidad no puede servir en ningún caso de fundamento de la culpabilidad. La vida está llena de situaciones en las que una persona tiene que elegir realizar algo perjudicial para él o para los demás, sin que ello le proporcione ningún juicio negativo por su conducta. Se puede optar por robar o por falsificar un documento, sin que por ello haya que formular siempre un reproche al autor de esos hechos. La culpabilidad, como lo demuestran algunos ejemplos sacados de nuestro Código penal, es mucho más que la mera posibilidad de haber podido actuar de un modo distinto a como realmente se actuó. Si la culpabilidad fuera efectivamente el actuar de un modo distinto a como era posible no podría explicarse por qué el número 7 del artículo 8 declara exento de responsabilidad criminal al que, impulsado por un estado de necesidad, lesiona un bien jurídico de una persona para evitar la lesión de otro bien de igual o mayor valor. En todo caso no puede decirse, desde luego, que falte en este supuesto la posibilidad de actuar de un modo distinto. Igualmente supone la eximente 10 del artículo 8 la posibilidad de elección entre males de igual o distinta gravedad (7).

Estos ejemplos demuestran la insuficiencia del criterio de la capacidad de poder actuar de un modo distinto

(7) En el mismo sentido, ROXIN: «*Schuld*» und «*Verantwortlichkeit*» als strafrechtliche Systemkategorien, en «*Strafrechtsreform*», Colonia, 1974, pp. 261 y 267, con ejemplos análogos a los citados en el texto.

como fundamento del juicio de culpabilidad. Por eso hay que renunciar de una vez para siempre a fundamentar el juicio de culpabilidad en base a este criterio.

2. Rechazar el concepto tradicional de culpabilidad no supone tener que renunciar a este concepto como categoría jurídicopenal, sino la necesidad de buscarle un fundamento más convincente.

Para ello hay que superar la concepción individualista de la doctrina tradicional de la culpabilidad. Realmente no existe una culpabilidad en sí, como un problema exclusivo del individuo, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad es siempre una consecuencia de la convivencia humana, y lo mismo si se entiende como un sentimiento individual que como un juicio valorativo de un tercero supone siempre la convivencia (8). Por eso es necesario analizar la forma en que se regula la convivencia en una comunidad organizada, si se quiere comprender la esencia de la culpabilidad como categoría jurídicopenal.

Para regular la convivencia entre las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por todos los miembros de la comunidad. El acatamiento de estas normas es una condición indispensable para la convivencia. Frente al principio del *placer*, que impulsa al individuo a satisfacer por encima de todo sus instintos, existe el *principio de la realidad*, representado por las normas que los demás imponen, que obligan al individuo a sacrificar o a limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás (9). La regulación de la convivencia supone,

(8) Concepción dialéctica de la culpabilidad, cfr. CASTILLA DEL PINO: *La culpa*, cit., pp. 17 y ss., y *passim*.

(9) FREUD, Sigmund: *Formulierungen über die zwei Prinzipien des psychischen Geschehens*, in «Gesammelte Werke», tomo VIII, 5.^a ed., 1969, p. 229 y ss.; el mismo: *Das Unbehagen in der Kultur*, ob. cit., tomo XIV, p. 424.

por tanto, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la Sociología moderna se denomina con el nombre de *expectativa*. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte de acuerdo con una norma, y lo mismo puedo yo esperar de los demás; pero, al mismo tiempo, también puedo esperar las expectativas de los demás. La convivencia se regula, pues, a través de un *sistema de expectativas* que se derivan de una norma. Estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces *se frustran*, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones, o mejor dicho, ya que esas frustraciones son inevitables en cierta medida, cómo pueden canalizarse para asegurar la convivencia. El sistema elegido para ello es la *sanción*, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esta frustración de la sociedad basada en el cumplimiento de esa expectativa. Con la imposición de la sanción se consuma el proceso de interacción, cuyo funcionamiento es indispensable para la convivencia organizada (10).

También la norma penal constituye un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta por

(10) Este esquema coincide, en esencia, con el planteamiento de PARSONS, Talcott, en su obra capital: *El sistema social*, traducida al castellano por Jiménez Blanco y Cazorla Pérez, Madrid, 1966. Las repercusiones de las ideas de este autor en la sociología en general y fundamentalmente en la sociología alemana moderna del Derecho, son evidentes, sobre todo en la obra de LUHMANN, Niklas, véase, por vía de ejemplo, la obra de este autor *Rechtssoziologie*, dos volúmenes, aparecidos en 1973. Este esquema, con todas las insuficiencias que se achacan actualmente al *funcionalismo*, puede aceptarse como punto de partida válido en todo planteamiento sociológico, formando así la «convergencia teórica» de la sociología moderna de que habla MOYA, Carlos: *Teoría sociológica*, Madrid, 1971, p. 13.

ella prohibida y se espera también que, si se realiza, se reaccione contra ella con una pena (11). La realización de la conducta prohibida supone la frustración de una expectativa y la consiguiente aplicación de una pena la reacción frente a esa frustración. Estructuralmente la norma penal no difiere, por consiguiente, en nada de cualquier otra norma, social o jurídica; su contenido, en cambio, sí es distinto del de las demás normas: la frustración de una expectativa constituye en la norma penal un delito y la reacción frente a ella una pena. La norma penal difiere, además, de las otras normas en el procedimiento a través del cual se establecen. De acuerdo con el principio de legalidad de los delitos y las penas, producto del espíritu liberal de la Revolución francesa y requisito indispensable de un Estado de Derecho, sólo pueden castigarse los hechos considerados como delitos por la Ley penal formalmente establecida, que se supone representa la voluntad popular democráticamente declarada, con la pena establecida en la Ley y en el modo y forma que la propia Ley establezca.

De acuerdo con esta estructura y contenido de la norma penal (12), debe plantearse el problema de la culpabilidad en Derecho penal. La frustración de una expectativa inherente a la comisión de un delito se contempla en la actual ciencia del Derecho penal desde una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como sigue:

a) Como un juicio de desvalor que recae sobre el acto prohibido y que constituye la esencia de las categorías *tipicidad* y *antijuricidad* o, más brevemente, del *injusto*, y

(11) Sobre la norma penal como sistema de expectativas cfr. la obra de CALLIES, Rolf-Peter: *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt/M., 1974, pp. 15 y ss.

(12) Véase mi libro *Derecho Penal y Ciencia del Derecho Penal*, en prensa.

b) Como un juicio de desvalor que recae sobre el autor de ese acto y que constituye la esencia de la llamada *culpabilidad* (13).

Esta distinción tiene un valor sistemático y teórico importante. La ciencia del Derecho penal se ha esforzado en los últimos cincuenta años fundamentalmente en esta distinción sistemática, distribuyendo los componentes del delito entre estas dos categorías. En el desvalor del acto, en el injusto, se incluyen la relación causal y psicológica entre la acción y el resultado, los medios, modos y situación en que el acto se produce, etc.; en el desvalor del autor, en la culpabilidad, sus cualidades y facultades psíquicas sobre todo.

Más importante que la distinción sistemática son las consecuencias prácticas que de ella se derivan. La imposición de una reparación civil, de una indemnización de daños y perjuicios por ejemplo, o de una medida de seguridad requieren sólo la presencia del desvalor del acto, del injusto; la imposición de una pena exige, además, el desvalor del autor, la culpabilidad. Es lógico, por tanto, que dado el diverso alcance de ambas categorías, sea también distinto su contenido. En el injusto se incluirá todo aquello que, siendo necesario para formular un juicio de desvalor sobre el acto, es insuficiente para imponer una pena; en la culpabilidad lo que, añadiéndose al desvalor del acto, posibilita la aplicación de una pena: el desvalor del autor y los elementos inherentes a este desvalor. De este modo se puede definir formalmente la culpabilidad como la *declaración de frustración de una expectativa de conducta determinada en la Ley penal*,

(13) Sobre esta distinción desvalor del acto-desvalor del autor véase MAURACH: *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, tomo I, p. 167.

que recae sobre su autor y que posibilita la aplicación de una pena.

3. Con la definición de culpabilidad que acabo de dar sólo se consigue una delimitación sistemática y, por ello, formal de este concepto. Queda, sin embargo, todavía por solucionar el problema más importante, yo diría que capital, del concepto de culpabilidad: el del fundamento material.

Anteriormente he rechazado el criterio que considera que el fundamento de la culpabilidad radica en la posibilidad que tuvo el autor para actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo. La culpabilidad no depende, en efecto, de este criterio. Lo decisivo para la culpabilidad no es que el individuo pueda optar entre varios haceres posibles, sino que tiene que optar por evitar uno determinado, precisamente aquel que prohíbe la norma penal. La declaración de culpabilidad depende, por tanto, de que se haya establecido una relación previa entre la norma penal y el individuo en virtud de la cual el mandato establecido por la norma penal se eleva al seno de la conciencia del individuo y constituye el motivo determinante de su conducta. Sólo cuando se da esa relación previa entre la norma y el individuo que la infringe puede hablarse de culpabilidad, porque sólo entonces sabe el individuo que tiene que evitar una conducta determinada, que es precisamente aquella que está prohibida por la norma. La culpabilidad es, por consiguiente, la fase que culmina el proceso de motivación y socialización del individuo que se inicia con la educación en el ámbito familiar y se continúa durante toda la vida con la introducción de las exigencias sociales.

El fundamento material del principio de culpabilidad está, por tanto, en íntima relación con la *función de mo-*

tivación de la norma penal (14). Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos, con la prohibición de una conducta y la consiguiente amenaza penal, que los inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado «motivación».

Es difícil precisar el alcance de este término. Así, por ejemplo, dice THOMAE —uno de los mejores especialistas en el tema— que «es casi imposible determinar qué procesos, de los que se dan dentro del organismo o de la personalidad, no pertenecen a la motivación» (15). Pero en todo caso parece que no hay duda de que el Derecho en general, y el Derecho penal como una parte de ese Derecho, constituye uno de los elementos configuradores de la motivación humana entendida, siguiendo a SPOERRI, como «el proceso, consciente o inconsciente, en cuya base se halla una fuerza activadora y que se encamina a un objetivo» (16).

En este proceso el Derecho interviene como una exigencia del mundo circundante que el individuo internaliza desde su niñez, formando en alguna parte de su psique un órgano de control que vigila sus propias emociones y su conducta. A este órgano de control lo llamó FREUD super-yo (17). El proceso de formación del super-yo es bastante complicado, comienza con la introyección del

(14) Véase mi artículo *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en «Strafrecht und Strafrechtsreform», cit., pp. 312 y siguientes.

(15) THOMAE, Hans, en: *Handbuch der Psychologie*, tomo 2, Gotinga, 1965, p. 17.

(16) SPOERRI: *Compendio de Psiquiatría*, trad. de Cervantes, Barcelona, 1970, p. 31.

(17) FREUD, Sigmund: *Das Ich und das Es*, ob. cit., tomo XIII, p. 282.

poder paterno en la niñez y se continúa durante toda la vida, con la introyección de la autoridad social y estatal que claramente se refleja en el Derecho penal, en la norma penal. La norma penal se presenta así como un factor determinante o *estereotipo* (18) del super-yo, que se diferencia de los demás factores determinantes o estereotipos no jurídicos en la posibilidad de su imposición coactiva; imposición coactiva que, institucionalizada y organizada, muestra en la pena su aspecto más dramático.

La culpabilidad se integra en esta función de motivación de la norma penal como un juicio de desvalor que recae sobre el autor de un hecho lesivo de expectativas que se supone ha internalizado y deben ser, por consiguiente, motivos determinantes de su conducta. La culpabilidad se presenta, al mismo tiempo, como una categoría jurídica que posibilita la aplicación de una pena. Pero, si no se quiere caer en un excesivo esquematismo, la función de motivación de la norma penal debe ser perfilada y matizada en el ámbito de la culpabilidad. La función de motivación que la norma penal tiene es, en efecto, primariamente general, es decir, incide en la comunidad anónima de individuos que componen una sociedad organizada; pero en su última fase la norma penal debe motivar al individuo, es decir, debe incidir sobre el individuo que en el caso concreto actúa conforme o en contra del mandato normativo. La distinción entre motivación general y motivación individual es obviamente de notoria importancia para el concepto de culpabilidad. Mal se puede reprochar, en efecto, a un individuo que lesione o infrinja una norma que no le motiva en absoluto porque, por ejemplo, es la expresión de una situación que le oprime o le priva de sus derechos fundamentales.

(18) Cfr. MITSCHERLICH-VOGEL, en: *Handbuch der Psychologie*, cit., p. 759.

Hay veces en las que la motivación general y la individual coinciden casi por completo, sobre todo cuando las normas rigen en una sociedad democrática y en su elaboración participan ampliamente los miembros que componen esa sociedad o cuando el contenido de sus prohibiciones se refiere a bienes jurídicos de gran valor para la convivencia que forma el, por así decir, patrimonio existencial de los individuos. Pero otras veces la motivación general y la individual no coinciden en absoluto. Ocurre esto, sobre todo, cuando la sociedad está estructurada de un modo poco democrático o cuando los bienes que se protegen con la norma penal son los intereses minoritarios de un grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad.

La elevación a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría, es una forma evidente de mantener el *status*, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación. De este modo se abusa del Derecho Penal como sistema de represión en defensa de algunas minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales —a la propiedad privada, por ejemplo— con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad o considerando como «derechos naturales», inmutables y permanentes por supuesto, lo que no es más que el interés personal y egoísta del que detenta el poder. La consecuencia fundamental de esta *antidemocrática perversión del concepto de bien jurídico* es la conducta desviada y el delito al que se impulsa a todo aquel que está

marginado del sistema y por eso mismo lo ataca. La reacción del Estado ante ello con una pena no es más que un pretexto, para mantener la situación, aplacando, al mismo tiempo, la «mala conciencia» de los encargados de ejercitar el poder punitivo y de una mayoría que, sin saberlo quizá, se encuentra integrada en sistema que la frustra y la aliena. La pena, privada de esa función de motivación sobre los individuos, se convierte así en un brutal acto de represión del más fuerte contra el más débil.

Situaciones como las que acabo de describir producen ese divorcio entre ley penal y realidad social tantas veces denunciado. La falta de una eficacia racional motivadora de la norma penal priva al juicio de culpabilidad de toda base y fundamento. En relación con este problema quisiera citar sólo, por vía de ejemplo, algunas disposiciones de nuestro Código Penal que confirman lo dicho.

En primer lugar, me voy a referir a las normas relativas al adulterio contenidas en nuestro Código Penal. A través de ellas se intenta proteger, más que el honor del cónyuge «inocente», la moral pública, la mutua fidelidad entre los esposos o cualquier otro valor más o menos digno de protección, el dogma de la indisolubilidad del matrimonio; así lo demuestra el hecho de que se castigue el adulterio, aunque el matrimonio esté legalmente separado e, incluso, «aunque después se declare nulo» (art. 449). No hace falta ser un especialista, para darse cuenta inmediatamente del abismo existente entre la legalidad vigente y la realidad social. La indisolubilidad del matrimonio podrá ser todo lo respetable que se quiera, pero lo cierto es que muy pocos creen en ella y si creen no se comportan, desde luego, como tales creyentes. El número de matrimonios que en España viven de hecho o de derecho separados es elevado y elevado también es el número de

aquellos que tras el fracaso de su matrimonio han vuelto a rehacer su vida sentimental, uniéndose a otra persona. El ordenamiento jurídico español no sólo no reconoce estas situaciones, sino que, además, las criminaliza. Los cónyuges legal o fácticamente separados quedan de este modo obligados a guardarse una fidelidad sexual ridícula, imposible y, por supuesto, hipócrita. El número relativamente elevado de querellas por adulterio o amancebamiento que se observa en la práctica judicial puede hacer pensar que, por muy criticable que sea, la regulación jurídica en esta materia responde a las convicciones del pueblo español. Pero más bien sucede todo lo contrario. Cualquier abogado en ejercicio o persona relacionada con la práctica penal conoce bien las razones de esas querellas criminales (19). Como recientemente ha puesto de relieve CÓRDOBA RODA, el efectivo modo de operar de la Jurisprudencia penal en la realidad viene condicionado por una serie de elementos que se encuentran situados *fuera de la ley* (20). Por lo que al adulterio y al amancebamiento se refiere, estos elementos no son otros que el interés de uno de los cónyuges en conseguir con la condena penal del otro una vía que le facilite después en la jurisdicción civil o canónica la consecución de determinadas ventajas e intereses materiales. El Derecho Penal se convierte así en instrumento de protección de intereses particulares egoístas, cuando no en arma de chantaje.

Algo parecido sucede con el delito de estupro, o por lo menos, dada la variedad de tipos que con este nombre se recogen en el Código Penal, respecto al párrafo primero del artículo 436. La interpretación jurisprudencial

(19) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español*, parte especial, 5.ª ed., 1973, p. 172.

(20) CÓRDOBA RODA: *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1974, 120.

cial de este precepto es la de que existe estupro, cuando se yace con una mujer honesta mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, prometiéndole falsamente el matrimonio (21). La Jurisprudencia considera, además, que en toda relación de noviazgo que socialmente se tenga por tal existe tácitamente una promesa matrimonial (22). «El resultado de esta interpretación jurisprudencial es —dice GIMBERNAT— que prácticamente en todo noviazgo con relaciones sexuales ha habido estupro» (23). Parece, sin embargo, excesivo criminalizar hechos que están a la orden del día. Una vez más hay que tener en cuenta esos elementos a los que se refiere CÓRDOBA que están fuera de la ley, pero que condicionan su aplicación. Estos elementos son, por lo que se refiere al delito de estupro, las responsabilidades civiles accesorias a la penal previstas en el artículo 444 del Código Penal, que obliga a los reos de este delito a dotar a la ofendida y a reconocer y alimentar, en todo caso, a la prole. Este tipo de responsabilidades son difíciles de conseguir por la vía civil, que normalmente sería la idónea, dadas las limitaciones existentes en nuestro Ordenamiento jurídico civil al reconocimiento de la paternidad, a la investigación de ésta y a los derechos de los hijos naturales. Son éstas y no otras las razones que, como el propio Tribunal Supremo ha reconocido recientemente, motivan la conde-

(21) La Jurisprudencia es unánime en considerar que sólo la *falsa promesa matrimonial* constituye el engaño al que se refiere el párrafo primero del art. 436, previniendo contra una excesiva amplitud en la interpretación de este elemento que puede llevar a admitir el estupro allí donde se consiga el yacimiento prometiéndole a la mujer una mejor remuneración o un regalo e incumpliendo después esa promesa, véase, por ejemplo, STS 30 noviembre 1964.

(22) Existe también unanimidad a este respecto, véase, por ejemplo, STS 31 mayo, 8 junio y 27 junio 1974.

(23) GIMBERNAT ORDEIG: *La mujer y el Código Penal*, en «Cuadernos para el Diálogo», XXVIII extraordinario, diciembre 1971, p. 21.

na penal del varón (24). Y si esto es, desde un punto de vista estrictamente jurídicopenal, recusable, mucho más recusable es la posibilidad que ofrece el Código Penal en su artículo 441 del llamado *rapto consensual*, de criminalizar las relaciones sexuales con mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, aunque no mediase ningún tipo de engaño y se realizaran con su anuencia, porque, como se advierte en las sentencias del 10 de mayo y 4 de octubre de 1974, la realización de tales relaciones sexuales lleva normalmente implícita que se sustraiga la mujer, aunque sea por poco tiempo, a la custodia y vigilancia de sus padres o guardadores, cuyo derecho protege, en realidad, el mencionado precepto. De este modo se concede un arma eficaz al padre autoritario que no le gusta el novio o amigo de su hija.

Es evidente que este tipo de normas no reflejan la realidad social actual y la mejor prueba de ello es precisamente esa realidad, a pesar de la vigencia formal de las normas. Por eso mismo, carecen de toda eficacia motivadora racional y de un mínimo de funcionalidad en el ámbito sexual en general y en las relaciones sexuales entre jóvenes en particular. La culpabilidad en estos delitos, privada así de su fundamento material, se convierte en un mero dato formal, realmente inexistente, que sólo puede justificarse con el criterio, en este caso hipócrita, de que se pudo actuar de un modo distinto.

Y si del ámbito de la moral sexual pasamos al de las libertades políticas, los ejemplos de esta naturaleza pueden aumentarse a discreción. Obsérvese, sin embargo, que en estos casos, más que de una discrepancia entre los valores aceptados por el individuo y los protegidos por la norma (25), se trata de una discrepancia respecto

(24) STS 13 marzo y 31 mayo 1974.

(25) Como dice CASTILLA DEL PINO; *Patografías*, 1972, p. 151,

a los límites y formas en que esos valores son protegidos. Pocos son, en efecto, los Estados modernos que no reconocen, a nivel teórico, las libertades políticas fundamentales o que, incluso, no las colocan como fachada formal de sus constituciones o leyes fundamentales. Pero, en la práctica, el ejercicio de estos derechos viene limitado de tal modo que incluso se castiga como delincuente al individuo que pretende ejercerlos. Así, por ejemplo, el artículo 16 del Fuero de los Españoles reconoce el derecho a «reunirse y a asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las leyes». Pero después, en el artículo 166 número primero del Código Penal se considera reunión o manifestación no pacífica «las que se celebren con infracción de las disposiciones de policía establecidas con carácter general en el lugar en que la reunión o manifestación tenga efecto». De este modo queda al criterio de la Administración la licitud o ilicitud de una reunión. Todavía podría salvarse la inseguridad jurídica y la discrecionalidad administrativa en esta materia, exigiendo, como hace ya un siglo hacía GROIZARD (26), una norma general previa que señalara de antemano la índole de las reuniones o manifestaciones prohibidas; pero una norma general de esta ín-

nota 52, un sistema de valores absolutamente individual no existe, al igual que tampoco es imaginable un lenguaje absolutamente individual: «Los valores son siempre adquisiciones del sujeto en la comunidad.» Por la misma razón que no existen valores innatos no puede haber, normalmente, una absoluta discordancia entre el sistema de valores de un sujeto y el del grupo al que pertenece, porque, en definitiva, los valores son suministrados al individuo por el grupo social al que pertenece a través de un complejo proceso de aprendizaje. Sin embargo, en sociedades poco democráticas y excesivamente clasistas sí se dan sistemas de valores diferentes y coexistentes, planteándose entonces el problema de la pugna entre los sistemas dominantes y los que no lo son.

(26) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA: *El Código Penal de 1870*, concordado y comentado, tomo III, Burgos, 1874, p. 247.

dole, según indica RODRÍGUEZ DEVESA (27), no existe, y la Jurisprudencia constante del Tribunal Supremo en esta materia considera que la falta de autorización concreta de la autoridad administrativa es elemento constitutivo del delito de reunión o manifestación ilegal (28).

Lo mismo ocurre respecto al derecho a la libre emisión del pensamiento reconocido en el artículo 12 del Fuero de los Españoles. El artículo 2 de la vigente Ley de Prensa y el 165 bis b) del Código penal imponen, por su parte, tales limitaciones al ejercicio de este derecho, que a la vista de ellas cabría preguntarse dónde está la tan cacareada libertad de prensa. Si, además, añadimos a estas limitaciones una práctica administrativa y una jurisprudencia penal regresiva, representada sobre todo por el Tribunal de Orden Público, tendremos el cuadro dramático y amenazante dentro del que se desarrolla hoy día la actividad del periodista y la informadora en general.

El penalista tiene que ver cómo se las arregla con estos hechos. Negar la obediencia a este tipo de normas, supone una actitud heroica, encomiable, pero utópica, que, por otra parte, lo coloca en la misma situación del delincuente. Mantener a toda costa la obediencia a estas normas le supone hacer el juego a la clase dominante o a la minoría que detenta el poder, de la que se convierte en cómplice o en instrumento. La cuestión de la culpabilidad en estos casos ha sido siempre entre los penalistas muy controvertida, aunque actualmente la doctrina dominante la solucione de un modo salomónico y sospechosamente fácil. La doctrina jurídicopenal dominante considera, en efecto, que hay que distinguir entre culpabi-

(27) RODRÍGUEZ DEVESA: *Parte Especial*, cit., p. 648.

(28) En este sentido, STS de 3 noviembre 67; 13 diciembre y 23 diciembre 68; 25, 27 y 30 enero, 22 febrero, 10 marzo, 1 abril, 7 julio 69; 14 febrero 1970.

lidad moral y culpabilidad jurídica, negando la primera y afirmando la segunda, cuando las convicciones del individuo discrepan de los mandatos de la norma, con el argumento de que la validez de las normas jurídicas no depende de su aceptación por el individuo (29). Sólo un sector muy minoritario se pronuncia por la coincidencia entre culpabilidad moral y culpabilidad jurídica, considerando que la libertad de conciencia está por encima de cualquier mandato normativo (30).

La solución a este dilema no creo que esté, sin embargo, en el campo del Derecho, aunque sea el Derecho o mejor dicho a través del Derecho como se formule la decisión adoptada. Por eso el penalista, como tal penalista, bien poco puede hacer. Pero en todo caso le queda su faceta como científico y como ciudadano. Se acusa a la dogmática jurídicopenal de ser una ciencia reaccionaria, de interpretar lo mismo leyes democráticas que antidemocráticas, y de obstaculizar el progreso de la sociedad. Lo mismo podría decirse de cualquier otra actividad, pues, como dice GIMBERNAT, «también el penalista ha de ocuparse no de "verdades parciales", sino de la "verdad como totalidad"» (31). Para conseguir esta visión totalizadora de la verdad, creo que debe acentuarse la mentalidad crítica del penalista y hacer, con ayuda de las otras ciencias que se ocupan del hombre y de su comportamiento en la convivencia, de la Dogmática interpretadora y sistematizadora del Derecho Penal también una *Dogmática crítica del Derecho Penal*.

(29) Véase, por ejemplo, MAURACH: *Tratado*, cit., tomo II, pp. 78 y ss.

(30) Así, por ejemplo, KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, 1961, pp., 127 y ss.

(31) GIMBERNAT: ¿*Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, cit., pp. 108-109.

Desde esta perspectiva crítica la solución a los problemas aquí planteados creo que está muy clara: hablar de culpabilidad allí donde la norma penal no motiva al individuo es tan absurdo como hablar de democracia allí donde ésta no existe.



JOSE ORTEGO COSTALES

Catedrático de Derecho Penal.

Universidad de Navarra



Delitos cometidos por medio de la publicidad



PRINCIPIOS GENERALES

La creciente importancia de los medios de comunicación social, con su inevitable repercusión en el Derecho penal, ha dado origen a una complicada legislación; y, como lógica consecuencia, a la consideración teórica de los delitos de imprenta, delitos cometidos por medio de la imprenta e incluso al nacimiento del llamado Derecho penal de la prensa (1).

Hay que advertir que el predominio de los términos prensa e imprenta, justificado por razones históricas, no supone, ni en la legislación ni en la doctrina, la exclusión de los más modernos medios de comunicación social, unidos todos por el concepto de publicidad.

Puesto que ella es el alma de la cuestión, para lograr un correcto planteamiento de los problemas suscitados por la publicidad en el Derecho penal me parece conveniente partir de los siguientes principios:

1.º Los medios de comunicación social son, ética y jurídicamente, indiferentes. Como puro instrumento técnico, sirven para el bien y para el mal; para ayudar y fortalecer a la justicia o para cometer o agravar delitos. Esta

(1) Vid. NUVOLONE, Pietro: *Il diritto penale della stampa*. Cedam, Padova, 1971.

afirmación, que por su evidencia parece innecesaria, será después muy fecunda.

2.º Lo único que puede ser valorado penalmente, respecto a ellos, es el fin a que se aplican y el contenido de la comunicación.

3.º La particularidad, que en el mismo sentido ha de ser apreciada, es su gran eficacia y su capacidad de amplificación; que los hace, aplicados a la comisión de delitos, especialmente peligrosos.

TRATAMIENTO PENAL.

1.º *La previa censura.*

Frente a la escasa publicidad de edictos y pregoneros, y la limitada de poetas y comediantes, la aparición de los tipos móviles crea una nueva situación, en la cual prevalece la idea de peligro.

Jurídicamente, el problema se resuelve implantando un sistema de desconfianza, que impone la previa censura avalada por licencia.

En este sentido se cita la pragmática de Isabel y Fernando, de 8 de julio de 1502, en la que mandan y defienden «que ningún librero ni impresor de moldes, ni mercaderes, ni factor de los suso dichos, no sea osado de hacer imprimir de molde de aquí en adelante por vía directa ni indirecta ningún libro de ninguna Facultad o lectura, o obra, que sea pequeña o grande, en latín ni en romance, sin que primeramente tenga para ello nuestra licencia y especial mandado».

Los primeros temores pudieron ser de tipo religioso, puesto que, salvo en Valladolid y Granada, donde los encargados de dar la licencia fueron los Presidentes de las

Audiencias, en Toledo, Sevilla, Burgos, Salamanca y Zamora lo fueron los correspondientes Arzobispos y Obispos. Incluso en Granada pudo hacerlo también el Arzobispo. La pena impuesta a los infractores es relativamente benigna: quema de los libros y multa de «tantos maravedís como valieren los dichos libros».

Pero pronto cambiaron las cosas. La licencia pasa al Consejo de Castilla, lo que parece darle un matiz político, y se endurece la pena hasta el extremo de que la pragmática de 7 de septiembre de 1558 impone la de muerte «y perdimiento de todos sus bienes» para los impresores sin licencia.

A pesar de ello, y de que los libros aparecen cargados de censuras, aprobaciones y licencias, es indudable que son frecuentes los «papeles» que burlan esta legislación. Sólo así se explica la insistencia con que, durante los siglos XVII y XVIII, se recuerda la necesidad de vigilar su cumplimiento (2).

El Decreto de 3 de mayo de 1805 amplía la desconfianza a los propios censores. Según su preámbulo: «El orden que hasta ahora se ha observado en cuanto a las licencias para imprimir, como también para la introducción de libros extranjeros, no basta a evitar el gran daño que causan las malas doctrinas. Los muchos negocios que están a cargo de mi Consejo, no le permiten atender a éste con la vigilancia y celo que hoy se necesitan..., se

(2) Véase, como ejemplo, las disposiciones siguientes: de Felipe IV, 13 de junio de 1627: «Absoluta prohibición de imprimir papeles algunos sin las licencias que se previenen.» De Carlos II, 8 de mayo de 1682: «No se dé licencia para imprimir papel alguno, sin preceder su examen por el Tribunal a quien toque.» De Felipe V, 30 de junio de 1705: «No se imprima papel alguno sin licencia del Consejo, o del Ministro encargado de esta comisión.» De Fernando VI, 18 de diciembre de 1749: «No se imprima papel alguno sin licencia del Consejo o Tribunal a quien toque.»

ven precisados a fiarse de subalternos, cuyo interés privado suele prevalecer al público.» En consecuencia se crea un Juez privativo de imprentas, quien, según el artículo 17, nombrará censores para los periódicos. Y estos censores, además de perder el empleo, sufrirán, en caso de infracción, las mismas penas en que incurran los autores de los textos.

Este Decreto es, en cierta forma, la última manifestación del imperio de la desconfianza y la previa censura.

No quiere decir esto que ambas desaparezcan, sino que pasan a ser excepción.

En primer lugar, se mantienen para los escritos sobre materia de religión (3), e incluso, en Real Decreto de 2 de abril de 1852, para los asuntos políticos o administrativos de las provincias de Ultramar (art. 99).

En segundo lugar, renacen con harta frecuencia, como una constante histórica, incluso en contradicción con las solemnes declaraciones constitucionales. Y llegan hasta nuestros días. Sirven de ejemplo los blancos con que los periódicos manifestaban su protesta durante la segunda República. Para impedir esta desagradable forma de evidenciar los daños que la censura producía en la Prensa, la Real Orden de 1 de junio de 1834 estableció, en su artículo 16, que «los periódicos no podrán publicarse con ninguna parte de sus columnas en blanco. Los editores de los periódicos en que por este medio, el de líneas de puntos o cualquiera otro semejante, se indique la supresión de artículos presentados a la censura, pagarán por primera vez una multa de 2.000 reales; de 4.000 reales por la segunda, y a la tercera vez serán suprimidos los periódicos». Hay que recordar, también, el artículo 2 de la Ley de 22 de abril de 1938.

(3) D. 10-XI-1810, arts. VI y XII. R. D. 10-IV-1844, art. 105. R. D. 2-XI-1852, art. 100, y L. 13-VII-1857, art. 6.

2.º *La libertad de imprenta.*

Frente al sistema de la desconfianza y la previa censura, el de libertad de imprenta, en lugar de sobrevalorar el peligro, contempla en primer plano los valores positivos de la prensa.

Es ejemplar en este sentido el Decreto de 10 de noviembre de 1810, al afirmar «que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es, no sólo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la Nación en general, y el único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública».

Consecuente con este principio, establece la «libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación» (art. I). Y en el artículo II suprime los juzgados de imprenta y la previa censura.

Siguen este criterio todas las constituciones españolas. Como es natural, la de 1812 reproduce textualmente el párrafo citado (art. 371). Sin previa censura, dicen las de 1837 (art. 2), 1845 (art. 2), 1876 (art. 13) y 1931 (art. 34). El Fuero de los Españoles, en su artículo 12, establece que «todo español podrá expresar libremente sus ideas».

Párrafo aparte merece la Constitución de 1869, por la forma especial en que plantea la cuestión. Si las anteriores afirmaban que todos los españoles tienen libertad, o pueden imprimir y publicar libremente sus ideas, ésta invierte los términos: «Tampoco podrá ser privado ningún español: del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante» (art. 17).

Puede ser cuestión de matiz, pero es lo cierto que si en las demás cabe interpretar que es un derecho conce-

dido por la Constitución, en ésta aparece como un derecho de la propia persona; que la ley no otorga, sino que garantiza.

3.º *Las limitaciones.*

El sistema de confianza y libertad de imprenta tiene algunas limitaciones. El fundamento de ellas es evitar la impunidad. Si se puede publicar sin previa censura, hay que garantizar de alguna forma que no podrán eludir su responsabilidad, escudándose en el anonimato, quienes abusando de esta libertad cometan delitos. Otro tipo de medidas cautelares va encaminado a evitar la difusión de los impresos delictivos.

Quedan autorizadas por los textos constitucionales de una manera muy general; casi siempre mediante una fórmula que expresa que el ejercicio de dicha libertad se verificará con sujeción a las leyes (4). Por tanto, es la legislación de prensa la encargada de concretar tales limitaciones, más o menos importantes según el régimen político imperante.

Opuesto a ellas, el Decreto Ley de 23 de octubre de 1868 razona «que no se deben adoptar precauciones para la imprenta, cuando ninguna legislación las emplea en los demás casos de la vida, ni en las acciones de los hombres, no menos expuestas al abuso; que la ley deja libre el albedrío a todos, y cada cual trata de no cometer de-

(4) «Bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes», dice la Constitución de 1812 en su artículo 371; «con sujeción a las leyes», las de 1837 y 1845, en el artículo 2. La de 1876 destaca el aspecto político en el artículo 14: «sin menoscabo de los derechos de la nación ni de los atributos esenciales del Poder público». El Fuero de los Españoles, «mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado» (art. 12).

litos, por horror natural a ellos, y por temor de incurrir en las penas impuestas a los criminales» (5).

En su defensa, el Real Decreto de 31 de diciembre de 1875 aduce que «en todas partes se ha regulado por la ley el ejercicio del derecho de escribir, ya bajo un sistema puramente represivo, más o menos garantido con ciertas precauciones, ya admitiendo la prevención para casos determinados, a fin de impedir que en un momento dado se ponga en peligro la tranquilidad pública... Abandonar a la ley penal común y al juicio criminal ordinario la represión de todos los abusos que por la imprenta puedan cometerse, es un sistema que a primera vista seduce por su sencillez, pero que no resiste a un examen detenido».

Con independencia de la opinión que sobre estas limitaciones se tenga, es lo cierto que se han impuesto con carácter universal. Por tanto, lo importante es discernir cuáles han de mantenerse, y qué consecuencias debe producir su incumplimiento.

a) El pie de imprenta.

La primera y más extendida de las limitaciones es el pie de imprenta, que no tiene más finalidad que impedir el anonimato en cuanto a la impresión y forzar por

(5) La diatriba con que comienza el preámbulo de este Decreto-Ley merece ser reproducida: «A la primera aurora de nuestra libertad se reconoció el derecho de todos los españoles para imprimir y publicar sus ideas sin previa censura; derecho consignado posteriormente en todas las Constituciones, pero con grandes mermas a veces en las cláusulas reglamentarias, y reducido, por último, a la nulidad más absoluta para que los escándalos de todas especies no tuvieran la menor traba ni cortapisa, fingiendo los gobernantes, con hipócrita industria y solemnidad irrisoria, que al orden social estaban atentos, cuando ellos solos introducían el desorden más ruinoso en todos los ramos de la administración pública del Estado.»

medio de una responsabilidad subsidiaria al conocimiento de los autores o editores. Al suprimir las licencias, lo estableció el Decreto de 10 de noviembre de 1810 en su artículo VIII: «Los impresores están obligados a poner sus nombres y apellidos y el lugar y año de la impresión en todo impreso, cualquiera que sea su volumen; teniendo entendido que la falsedad de alguno de estos requisitos se castigará como la omisión absoluta de ellos.» A partir de este momento, se mantiene con ligeras variantes en toda nuestra legislación de prensa (6).

b) La licencia y el editor responsable.

Otras limitaciones para las publicaciones periódicas son la necesidad de licencia o inscripción previa y la de tener un editor o director responsable.

Cumplen la misma función que el pie de imprenta en el resto de las publicaciones, pero tienden también a garantizar la posible responsabilidad pecuniaria.

Respecto a la licencia, la legislación varía notablemente. Desde la Real Orden de 1 de junio de 1834 que la configura como una concesión graciosa («En el caso en que S. M. se digne conceder su Real permiso»), hasta la Ley de 26 de julio de 1883, que se conforma con que se ponga en conocimiento de la autoridad cuatro días antes de comenzar la publicación, acompañando un escrito con los datos más importantes, hay varios términos medios (7).

El editor o director responsable ha de reunir siem-

(6) R. D. 2-IV-1852, art. 3; L. 13-VII-1857, art. 1; R. D. 7-III-1867, art. 3; L. 7-I-1879, art. 3; L. 26-VII-1883, art. 18, y L. 14/1966 del 18-III, art. 11.

(7) Véase, como ejemplo, L. 7-I-1879, art. 4, y L. 14/1966 de 18-III, art. 26.

pre unos determinados requisitos y en algunas de nuestras disposiciones legislativas se le obliga a depositar una fianza (8). De cómo se falseó esta figura con los «hombres de paja» da idea el preámbulo del Real Decreto de 31 de diciembre de 1875: «Nuestras leyes o decretos del período constitucional fluctuaron entre las penas corporales y las pecuniarias, habiendo ofrecido aquéllas el triste cuadro de los *editores responsables*, hombres desgraciados, que por precio vivían (nuevo género de esclavitud) bajo el peso de una serie interminable de condenas, por delitos que no habían cometido ni podido cometer.»

c) El depósito y el secuestro.

El depósito y el secuestro, que son entidades complementarias, tienen una finalidad distinta a las anteriores. No se trata con ellas de asegurar la responsabilidad, sino de evitar la consumación de delitos por medio de la prensa. El depósito de ejemplares, previo a la difusión, permite su rápido secuestro en caso de delito.

Respecto al depósito, ha variado en nuestra legislación el número de ejemplares y las personas a quienes se debe de hacer la entrega (jefe político, gobernador civil, alcalde, promotor fiscal, delegación del Ministerio de Información), e incluso el tiempo (en el momento de empezar la difusión o dos o media hora antes), pero su naturaleza y función ha sido siempre la misma (9).

(8) Respecto a editor, véanse R. O. 1-VI-1834, arts. 2 y 4; L. 22-III-1837, arts. 1 y 3; R. D. 2-4-1852, arts. 4 y 16; L. 13-VII-1857, arts. 10, 12 y 14; R. D. 7-III-1867, art. 4; L. 26-VII-1883, art. 8, y L. 14/1966 de 18-III, arts. 34 a 36.

(9) Véase L. 17-X-1837, art. 13; R. D. 2-IV-1852, art. 7; L. 13-VII-1857, art. 21; R. D. 7-III-1867, art. 5; D. 29-I-1875, art. 8; L. 7-I-1879, art. 8; L. 26-VII-1883, art. 11; L. 14/1966 de 18-III, art. 12.

Sin embargo, el secuestro, mucho más importante, ha sido variado de naturaleza en sus diferentes regulaciones.

Si el depósito es una verdadera limitación a la libertad de prensa, el secuestro no. Siempre que el impreso sea delictivo, el secuestro queda justificado por el abuso de dicha libertad. La autoridad gubernativa está obligada a interrumpir el *iter criminis* impidiendo su difusión. Incluso una vez iniciada ésta, y consumado por tanto el delito, debe de limitarla en cuanto sea posible. Igual que debe de recoger una emisión de moneda falsa. Pero, naturalmente, queda también obligada a poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial, que ha de resolver en última instancia (10).

Alterando esta naturaleza, la Real Orden de 1 de junio de 1834 (art. 24) y el Real Decreto de 10 de enero de 1852 autorizan el secuestro sin posterior denuncia, lo cual es una evidente limitación no justificada.

Una curiosa posición intermedia da opción al responsable del impreso para conformarse con la recogida o sufrir las consecuencias del curso de la denuncia (11).

4.º *Los delitos y faltas de imprenta.*

Los delitos de imprenta se inician en nuestra legislación en el Decreto de 22 de octubre de 1820, que los divide en subversivos, sediciosos, incitadores a la desobediencia, obscenos o contrarios a las buenas costumbres y libelos infamatorios. La pena por estos delitos puede llegar hasta seis años de prisión.

Nace con ellos una jurisdicción especial. Los jueces de primera instancia quedan reducidos a la formación del

(10) Adoptan este correcto procedimiento la L. 17-X-1837, art. 14; los RR. DD. 2-IV-1852 y 31-XII-1875, ambos en los arts. 8 y 9, y la L. 14/1966 del 18-III, en el art. 64-2.

(11) L. 13-VII-1857, art. 9, y R. D. 7-III-1867, art. 9.

sumario y ejecución de la condena, mientras que el fallo corresponde a un Tribunal de jueces de hecho (12).

Posteriormente, la Constitución de 1837 establece en su artículo 2.º que «la calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados», y el Código de 1850 los declara no sujetos a sus disposiciones, en el artículo 7.

Se confirma así una dualidad entre delitos de imprenta y delitos comunes que, con un ligero paréntesis, va a mantenerse hasta 1883.

Para comprender su naturaleza y sistema son fundamentales tres disposiciones: el Real Decreto de 2 de abril de 1852, la Ley de 13 de julio de 1857 y el Real Decreto de 7 de marzo de 1867.

Las tres coinciden en los siguientes puntos:

1.º Definen tipos delictivos y establecen las correspondientes penas.

2.º Imponen un procedimiento especial para su persecución y castigo.

3.º Establecen una serie de faltas de tipo administrativo.

Respecto a los delitos, el Real Decreto de 2 de abril de 1852 contiene en el artículo 24 una clasificación que aclara mucho su naturaleza: «Se delinque por la imprenta: 1.º Contra el rey y su real familia. 2.º Contra la seguridad del Estado. 3.º Contra el orden público. 4.º Contra la sociedad. 5.º Contra la religión o la moral pública. 6.º Contra la autoridad. 7.º Contra los soberanos extran-

(12) Es cierto que el D. 10-XI-1810 hablaba ya en su art. IV de «Los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres», pero ni creaba tipos delictivos ni establecía penas. Y en el art. V remitía a la jurisdicción ordinaria la «averiguación, calificación y castigo de los delitos que se cometan por el abuso de la libertad de imprenta».

jeros. 8.º Contra los particulares.» Casi idéntica es la clasificación del Real Decreto de 7 de marzo de 1867 (art. 17), y muy parecida la relación de tipos penales que, sin previa clasificación, incluye la Ley de 13 de julio de 1857 en los artículos 24 a 31.

Como penas, aplica la prisión, desde dos meses hasta seis años, acompañada de multa (art. 35 a 40). Los delitos cometidos contra los particulares los remite a las disposiciones del Código. Son muy parecidas las penas impuestas por el Real Decreto de 7 de marzo de 1867 (artículos 28 a 33). Con un criterio mucho más acertado, la Ley de 13 de julio de 1857 impone solamente multas (arts. 33 a 36).

Por lo que se refiere al procedimiento, el Real Decreto de 1852 atribuye la competencia al Tribunal Supremo, al jurado o a los Tribunales ordinarios, según la naturaleza del delito (arts. 42 a 47), de esta competencia depende el que se haya de seguir. La Ley de 1857 ordena la creación de un Tribunal de imprenta, constituido por un magistrado presidente y tres o cinco jueces de primera instancia. El procedimiento queda regulado en el Título VII. Por último, el Real Decreto de 1867 nombra un juez y un fiscal de imprenta en Madrid, y en las provincias encarga a un juez ordinario y a los promotores fiscales del mismo juzgado el desempeño de esta misión. También dedica el Título VII al procedimiento.

Pero lo más importante, por las consecuencias que de ello se pueden deducir, es la inclusión de un Título, el IX, en las tres disposiciones citadas, dedicado a las faltas y a la intervención de la autoridad gubernativa.

Entre ellas se incluye el quebrantamiento de las limitaciones antes referidas: ausencia de pie de imprenta (13), de

(13) R. D. 1852, art. 103; L. 1857, art. 89; R. D. 1867, artículo 44-2.º

licencia o editor responsable (14) y del depósito previo de ejemplares (15).

Queda claro que se consideran faltas administrativas y que es la autoridad gubernativa la encargada de sancionarlas. Para que no haya duda, el Real Decreto de 1867 aclara en el artículo 48 que «el castigo de estas faltas no impedirá la persecución de los delitos que contuviesen los impresos».

En resumen, durante gran parte del siglo XIX tenemos en nuestra legislación unos delitos de imprenta, tipificados en las correspondientes leyes especiales y sometidos a un procedimiento también especial; y unas faltas de tipo administrativo, entre las cuales se incluye el incumplimiento de las limitaciones a la libertad de imprenta antes citadas.

Por eso el artículo 7 del Código Penal de 1850 establece que «no están sujetos a las disposiciones de este Código los delitos militares, los de *imprenta*, los de contrabando, los que se cometan en contravención a las leyes sanitarias, ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales».

5.º *Los delitos cometidos por medio de la imprenta.*

Es evidente que la existencia de los delitos de imprenta no impide que entre los comunes haya algunos en los cuales la conducta prevista por el legislador consiste en «publicar» o «imprimir». Y otros en que la «publici-

(14) R. D. 1852, arts. 105 y 106; L. 1857, arts. 90 y 91; R. D. 1867, art. 44-5.º

(15) R. D. 1852, art. 107; L. 1857, art. 92; R. D. 1867, artículo 44-3.º

dad» es elemento integrante del tipo (16). Para diferenciarlos de los anteriores han recibido el nombre de delitos cometidos por medio de la imprenta.

Aunque generalmente no esté admitido por la doctrina, también deben ser incluidos en este grupo todos aquellos delitos que pueden realizarse empleando la prensa como instrumento o medio, siempre que así ocurra, aunque no haya sido previsto por el tipo penal (17).

Este es el concepto que mejor se ajusta a nuestra legislación del siglo XIX y que de forma expresa impone el artículo 23 de la Ley de 13 de julio de 1857: «Son delitos de imprenta los comprendidos y condenados en la presente ley. Todos los demás que por su medio se cometan serán juzgados con arreglo a las leyes comunes, y por los Tribunales que ellas declaren competentes.»

6.º *Supresión de los delitos y faltas de imprenta.*

El Decreto Ley de 23 de octubre de 1868, al eliminar los tipos delictivos, la jurisdicción especial y las limitaciones previas, hace que desaparezcan los delitos y faltas de imprenta.

Su preámbulo es rotundo: «Nada más ya de medidas preventivas; nada de providencias recelosas contra la libre emisión del pensamiento humano; nada de fiscalías ni de censuras contra las producciones impresas o repre-

(16) Código Penal de 1850, art. 146: «El que ejecutare, introducir o *publicare* en el reino cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero que ofenda la independencia o seguridad del Estado...»

Id. art. 130-2.º: «El que con igual *publicidad* se mofare de alguno de los Misterios o Sacramentos de la Iglesia, o de otra manera excitare a su desprecio.»

(17) MAZZANTI, en posición mayoritaria, opina que la publicidad tiene que ser condición de punibilidad de estos delitos. Vid. *Reati di stampa e reati commessi a mezzo della stampa. Rito e competenza*. Giust. pen. 1956, III, col. 341.

sentadas: nada de juzgados especiales... Dentro del Código Penal hay además sobrados recursos para que la injuria y la calumnia sean castigadas, y para que a la sombra de la libertad de imprenta no queden impunes los trasgresores de las leyes en ningún caso.»

De acuerdo con esta declaración, en el artículo 1 establece que: «Todos los ciudadanos tienen derecho a emitir libremente sus pensamientos por medio de la imprenta, sin sujeción a censura ni a ningún otro requisito previo», y en el 2 que: «Los delitos comunes que por medio de la imprenta se cometan, quedan sujetos a las disposiciones del Código Penal, derogándose en esta parte el artículo 7 del mismo.»

Aunque no se hubiera derogado expresamente, esta parte del artículo quedaba sin objeto, al no existir ley especial que tipificara delitos de imprenta. Se ha terminado con la dualidad, y ya no existen más que delitos cometidos por medio de la imprenta; es decir, los contenidos en el Código de 1850 y sometidos a la jurisdicción ordinaria.

A la vez, al desaparecer las limitaciones previas, desaparecen las faltas gubernativas que sancionaban su incumplimiento.

Confirma este criterio la Constitución de 1869. El artículo 22 dice que: «No se establecerá ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título (en ese título I, artículo 17, está comprendida la libertad de imprenta). Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos.»

Inmediatamente después de proclamarse la Constitución, el Decreto Ley de 23 de octubre de 1868 es elevado al rango de ley el 20 de junio de 1869.

No es, por tanto, el Código Penal de 1870 el que acaba con la ley penal especial, ni lo hace incorporando al derecho común los delitos de imprenta, como afirma RODRÍGUEZ DEVESA (18). Es que aquélla y éstos han desaparecido con el Decreto Ley de 1868.

Cuando, dos años después, se pone en vigor el Código de 1870, sólo habla de los delitos cometidos por medio de la imprenta. No podía hacer otra cosa porque no existían otros. Y nada nos autoriza, ni en su texto ni en la legislación vigente en el momento de su aparición, para hablar de delitos de imprenta.

Sin embargo, la doctrina actual sigue hablando de ellos, indudablemente por influencia de la italiana. Y por eso lo hace dando un concepto que conviene a la legislación italiana, pero no a la nuestra. E involucrando dos problemas distintos: el de los delitos de imprenta y el de los delitos materiales y formales.

Dice JIMÉNEZ ASEÑO: «Cabe distinguir dos clases de delitos de imprenta: unos formales, y materiales los otros. Son formales aquellos que constituyen, en esencia, incumplimiento de las disposiciones de policía de imprenta... Los delitos de imprenta materiales son, por el contrario, aquellos que se realizan 'por medio' de la imprenta, pero atacan los bienes jurídicamente protegidos por el Derecho Penal» (19).

RODRÍGUEZ MOURULLO sigue el mismo criterio: «Es de notar, asimismo, que el texto legal habla de 'los delitos y faltas que se cometan *por medio* de la imprenta', y no de los *de* imprenta. Estos últimos son los que se refieren específicamente a infracciones del Derecho de prensa e imprenta en *sí mismo considerado*, mientras que los

(18) *Derecho penal español*. Parte general. Madrid, 1974, páginas 707-708.

(19) *Delitos de imprenta*. En N. E. J., VI, Barcelona, 1964, página 703.

primeros lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos de naturaleza diversa, en virtud de actos realizados a través de la imprenta u otro medio publicitario» (20).

Para ambos, y para RODRÍGUEZ DEvesa (21), es delito de imprenta el tipificado en el artículo 165: «Incurrirán en la pena de arresto mayor los autores, directores, editores o impresores, en sus respectivos casos, de impresos clandestinos. Se entienden por tales los que no reúnan los requisitos exigidos por la legislación de prensa e imprenta.» RODRÍGUEZ MOURULLO incluye también los artículos 165 bis a) y b).

Que coincide con la doctrina italiana es evidente. Para MAZZANTI, es delito de imprenta aquel que se refiere al régimen de policía de la reproducción de escritos, mientras que es delito cometido por medio de la imprenta aquel que emplea la publicidad, que es condición de punibilidad, como medio para su ejecución (22). Claro que en Italia esto tiene sentido, puesto que es la Ley de Prensa de 8 de febrero de 1948 la que tipifica y castiga los delitos de imprenta, mientras que los cometidos por medio de la imprenta pertenecen al Código Penal. Y aquéllos consisten, efectivamente, en la infracción de las normas de policía de imprenta.

Por eso NUVOLONE dice que la diferencia se funda en la distinción entre delitos de acción y de omisión. Para él, los delitos de imprenta son de omisión; consisten en no realizar las previsiones exigidas por la Ley de Prensa. Y afirma con acierto que la contraposición entre ambas cla-

(20) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, tomo I, Barcelona, 1972, pág. 800.

(21) *Derecho penal español*. Parte especial. Madrid, 1973, página 641.

(22) *Reati di stampa e reati commessi a mezzo della stampa. Rito e competenza*. Giust. pen. 1956, III, col. 343.

ses de delito no parece persuasiva desde el punto de vista dogmático. Como ejemplo del absurdo a que lleva, señala que la difamación y la negativa a rectificar tienen la misma naturaleza y, por culpa de la distinción, distinto tratamiento. Considera urgente una reforma legislativa que restituya la unidad del sistema (23).

Afortunadamente, nuestra Ley de Prensa e Imprenta no tipifica ningún delito, y el artículo 64 se limita a decir que: «La responsabilidad criminal será exigida ante los Tribunales de Justicia, de conformidad con lo establecido en la legislación penal y por los trámites que establecen las Leyes de procedimiento.» Aunque no lo dijera, ocurriría lo mismo.

Resulta, por tanto, inexplicable que importemos una teoría que en Italia viene, desgraciadamente, impuesta por su derecho positivo, cuando nuestra legislación ha suprimido los delitos de imprenta.

La Ley de Prensa de 7 de enero de 1879 es una prueba más a favor de esta tesis. Vuelve al viejo sistema y renacen los delitos de imprenta. Los tipifica en el artículo 16, que de forma expresa comienza: «Constituye delito de imprenta», y contiene trece números, referentes en su mayoría a delitos políticos, similares a los contenidos en las disposiciones anteriores. Las penas son siempre de suspensión, y supresión del periódico en caso de reincidencia.

Incluye los tribunales y fiscales especiales en los Títulos VI y VII, y las normas de procedimiento en el VIII.

El Título IX está dedicado a las «infracciones de policía» y en los artículos 79 y 81 considera como tales la publicación de impresos sin los requisitos señalados y el

(23) *Il diritto penale della stampa*. Cedam, Padova, 19/1, páginas 14-15.

no hacer el depósito dos horas antes del reparto de ejemplares.

Para que quede clara la diferencia, el artículo 19 excluye los delitos cometidos por medio de la imprenta: «Los delitos a que se refieren los títulos 1.º y 2.º del libro 2.º en sus secciones 1.ª, 2.ª y 3.ª del Código Penal, no están comprendidos en la presente ley; y si se cometiere alguno de ellos *por medio de la imprenta*, será juzgado por la jurisdicción ordinaria y castigado con arreglo a dicho Código.»

Como el discutido artículo 165 es el equivalente al 203 del Código de 1870, y éste se encontraba en la sección 1.ª del capítulo II del libro 2.º de dicho Código, no hay duda de que era considerado como un delito cometido por medio de la imprenta. Y, además, el artículo 3 de la Ley hace una remisión expresa: «Todo impreso que no lleve *pie de imprenta*, o lo lleve supuesto, será considerado como clandestino, y sus autores, directores, editores o impresores, quedarán sujetos a la responsabilidad que señala el artículo 203 del Código Penal.»

Afortunadamente, la Ley de Imprenta del 26 de julio de 1883 termina definitivamente con los delitos de imprenta. Mantiene las faltas con su tradicional naturaleza: «Las infracciones a lo prevenido en esta ley, que no constituyan delito con arreglo al Código Penal, serán corregidas gubernativamente...» (art. 19).

7.º *El pretendido delito formal de imprenta.*

Advertido que no deben involucrarse los problemas de delito de imprenta y delito formal, aunque ambos sean planteados por el artículo 165 del Código Penal vigente, y tratado ya el primero, es necesario afrontar el segun-

do. ¿Es el delito tipificado en dicho artículo un delito formal?

Es indudable que una mayoría de la doctrina española así lo entiende. Ya hemos visto que JIMÉNEZ ASENJO no solamente acepta esta opinión, sino que confunde delito formal con delito de imprenta. QUINTANO RIPOLLÉS dice que en este artículo el Código se limita a «señalar la pena de arresto mayor a los infractores de determinadas disposiciones, ilicitudes administrativas que de este modo quedan elevadas al rango de delitos, pero que conservan su naturaleza eminentemente formal de desobediencia» (24). Con el mismo criterio dice RODRÍGUEZ DEVESA que «los tipos que contiene el artículo 165 se ciñen estrictamente a la mera infracción de disposiciones administrativas: son en el fondo delitos de policía» (25).

Hay que advertir que este concepto del delito formal como pura desobediencia es rechazado enérgicamente por autores tan importantes como BETTIOL y MAURACH, entre otros muchos. Todo delito tiene que lesionar o poner en peligro un bien jurídico. BETTIOL dice «que la reciente tentativa de parte de la literatura alemana de querer eliminar del ámbito de la noción del delito la lesión del bien jurídico ha levantado un estupor muy vivo (26), y según MAURACH: «Parece que el concepto de bien jurídico, tan hostilizado y discutido, se ha impuesto en el pensamiento jurídico del presente» (27).

Pero aparte de esta opinión, que compartimos, hay razones de tipo histórico y técnico que permiten interpretar de otra forma el artículo 165. Veamos ambas:

(24) *Curso de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, pág. 531.

(25) *Derecho penal español*. Parte especial. Madrid, 1973, página 639.

(26) *Scritti giuridici*, t. I, Padova, 1966, pág. 319.

(27) *Tratado de Derecho penal*. Trad. Córdoba, t. I, Barcelona, 1962, pág. 249.

a) Razones de tipo histórico.

Este artículo nace, con el número 203, en el Código de 1870: «Incurrirán en la pena de arresto mayor:

1.º Los autores, directores, editores o impresores, en sus respectivos casos, de publicaciones clandestinas.

Se entiende por tales las que no lleven pie de imprenta o lo lleven supuesto.

2.º Los directores, editores o impresores, también en sus respectivos casos, de publicaciones periódicas que no hayan puesto en conocimiento de la autoridad local el nombre del director antes de salir aquélla a luz.

En la misma pena incurrirán los mencionados en este artículo cuando no pusieren en conocimiento de la autoridad local, antes de salir a luz la publicación periódica, el nombre del editor, si aquélla lo tuviere.»

Si reducimos el delito al puro incumplimiento de las limitaciones a la libertad de imprenta antes citadas —pie de imprenta y designación de director o editor—, sin exigir lesión o peligro de un bien jurídico, se produciría una inexplicable contradicción.

Es preciso tener en cuenta que cuando aparece el Código están en vigor la Constitución de 1869 y la Ley de 20 de junio del mismo año. Es decir, las más liberales. La primera, que ha prohibido a leyes y autoridades establecer disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de estos derechos, como vimos en su ya citado artículo 22.

La segunda, que en los párrafos de su preámbulo, también antes citados, afirma «que no se deben adoptar precauciones para la imprenta, cuando ninguna legislación las emplea en los demás casos de la vida... Nada más ya de medidas preventivas». Y que en el artículo 1 dispone que «todos los ciudadanos tienen derecho a emitir libre-

mente sus pensamiento por medio de la imprenta, sin sujeción a censura *ni a ningún otro requisito previo*».

¿Cómo es posible compatibilizar la doble prohibición, constitucional y legal, de requisitos o medidas previas, con la creación de un tipo penal que castiga su puro incumplimiento?

¿No resulta extraño que quienes han atribuido a «hipócrita industria y solemnidad irrisoria» de los antiguos gobernantes la justificación de estas medidas, conviertan su incumplimiento en delito, castigado con privación de libertad, cuando antes era una infracción gubernativa castigada con multa?

Hay que pensar que el legislador del siglo XIX, con menos refinamiento técnico, pero posiblemente con más sentido práctico de la realidad de la vida jurídica, imaginó siempre el impreso clandestino como un ataque a las instituciones políticas. Entre otras cosas porque, en la época de mayor libertad de prensa, no era siquiera presumible que un impreso inocuo llegara a conocimiento de los tribunales de justicia.

Es cierto que un tipo penal tan abierto sirve para castigar conductas que, aunque atenten contra dichas instituciones, no encajan exactamente en ninguno de los delitos previstos por el Código.

No sabemos si fue ésta la idea del legislador, pero lo cierto es que el argumento ya circulaba y fue empleado con fines más amplios en la exposición de motivos del Real Decreto de 31 de diciembre de 1875, al hablar de ciertos abusos que «sin dejar ciertamente de presentar los caracteres necesarios para hacerlos merecedores de corrección» no se amoldaban a las doctrinas y definiciones del Código Penal.

Sea cual fuere la intención del legislador, como argumento histórico nos basta con señalar la contradicción

antedicha. El resto pertenece a la interpretación del texto legal.

Pero en último extremo tenemos a nuestro favor la opinión de un contemporáneo tan autorizado como MARTÍNEZ ALCUBILLA, que, comentando el sistema implantado por la Ley de 1869, decía: «Partidarios de la libertad de imprenta bien entendida y pareciéndonos tan inconveniente como ineficaz el sistema preventivo, merece nuestra sincera aprobación el que hoy rige en todo cuanto por él se establece. Pero debemos ser francos; a pesar del cariño que tenemos y siempre hemos tenido a la institución de la imprenta, quisiéramos ver alguna medida más en la ley, no para prevenir los abusos o delitos, no; sino para que si tienen lugar no queden impunes, para que el impresor en todo caso, y hasta el autor, sean o puedan ser conocidos y juzgados si tuvieran que responder ante la ley. No por eso será menos libre el derecho de imprimir y publicar sus ideas» (28).

Pasar de esto al delito formal, que no lo tuvieron ni las leyes más restrictivas, es un salto demasiado fuerte dentro del mismo criterio legislativo.

b) Razones de tipo técnico.

Más importante que las históricas son las razones técnicas, puesto que ellas han de decidir la interpretación que se debe dar al vigente artículo 165.

La primera es clara. No hay delito sin bien jurídico. No sólo por el estupor que a BETTIOL produjo el intento de prescindir de él, sino también porque se ha impuesto en el pensamiento jurídico del presente, como afirma MAURACH. Y sobre todo porque lo impone nuestro texto legal, como luego veremos.

(28) *Diccionario de la administración española*, t. VI, Madrid, 1879, págs. 574-575.

Claro que no debe confundirse el concepto de delito formal con el de delito de peligro.

El primero, como pura desobediencia, es arbitrario y carece de sentido en cualquier ordenamiento que, además de positivo, pretenda ser justo.

El segundo, que no prescinde del bien jurídico, sino que anticipa su protección y estima consumado el delito antes de que la lesión se produzca, no solamente es justo, sino algunas veces necesario. Una excepción a las normas del *iter criminis*.

Ahora nos estamos refiriendo al delito formal, porque de tal califica gran parte de la doctrina, como hemos visto, al definido en el artículo 165. Del de peligro hablaremos luego.

La segunda razón, que complementa y refuerza a la anterior, nos viene dada por el enunciado del Título II del Libro II del Código, donde el artículo 165 se encuentra clasificado: delitos contra la seguridad interior del Estado.

Si en la parte especial el legislador agrupa los delitos en atención al bien jurídico, los enunciados de los títulos, capítulos y secciones, que son texto legal de la misma validez que el articulado, expresan de forma vinculante cuál es el bien jurídico de todos los tipos en ellos contenidos. Lo incorporan al tipo, cerrando el paso al delito formal.

El mal viene de contemplar los artículos como entidades autónomas y cerradas. Es necesario recordar que el tipo penal muchas veces no se encuentra completo en un determinado artículo del Código. Para evitar repeticiones, o por muy variadas exigencias de la técnica legislativa, tiene que ser completado con los elementos o requisitos extravagantes, producto de la lógica unidad del sistema. De aquí procede la acertada afirmación de PAN-

NAIN: «La parte especial del Derecho penal, desde el punto de vista normativo, está constituida por las normas incriminadoras o constitutivas de figuras criminales y por todas las disposiciones que las completan» (29). Por esta razón, la *Relazione al Re* del Código italiano vigente llama al bien jurídico *elemento sistematico esencial* (30). Mal puede mantenerse un sistema prescindiendo de su elemento esencial.

En conclusión, si las conductas previstas por el artículo 165 no lesionan o ponen en peligro la seguridad interior del Estado, en el sentido más amplio y general que se quiera, no están tipificadas en él.

La tercera y última razón que aducimos se refiere a la estructura del tipo penal que estamos considerando. Aunque no están expresadas en forma verbal, contiene cuatro conductas: crear como autor el contenido, dirigir, editar o imprimir. Las cuatro son completamente lícitas y no proviene de ellas, sino del objeto, la razón de ilicitud. Por eso hay que centrar en ésta la máxima atención. El impreso, que tampoco es suficiente para concretar el injusto, viene acompañado de una cualificación: ha de ser clandestino. Y aquí está el problema. La doctrina se conforma con la llamada a la legislación de prensa e imprenta que el Código hace en el último párrafo y olvida que esta cualificación normativa no excluye la valorativa, que va implícita en la propia palabra clandestino y cuya apreciación, como ocurre siempre en estas cualificaciones, corresponde al tribunal.

En resumen, que la palabra clandestino lleva en este caso una connotación inevitable. La idea principal viene dada por «lo que se hace o se dice secretamente por te-

(29) *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale. T. I, Torino, 1957, pág. 1.

(30) Número 6.

mor a la Ley o para eludirla», el contenido del impreso, que como cualificación valorativa juzga el tribunal, y la accesoria «sin la observancia de los requisitos legales» que como cualificación normativa viene impuesta por la legislación de prensa e imprenta.

En estos casos de llamadas a la legislación extrapenal es frecuente la pretensión de vincular al juez de lo penal a una aplicación mecánica de las mismas. Olvidando que al traer al texto penal uno de estos elementos o requisitos extravagantes hay que contar con los inicialmente pertenecientes a dicho texto, a los que se incorporan y de los que reciben nuevos valores; con la mutación esencial que inevitablemente sufren al convertirse en norma penal y repercutir en ellos todas las disposiciones de la parte general y, por conexión, algunas de la parte especial, y con otras posibles consecuencias que no son del caso.

Conscientes de esta realidad, los tribunales han mantenido siempre celosamente la independencia del juicio penal. Un ejemplo muy claro es la numerosa jurisprudencia sobre la quiebra, que nunca se ha conformado para condenar por este delito con la pura declaración de insolvencia fraudulenta o culpable con arreglo al Código de Comercio, según prescriben los artículos 520 y 521 del Código Penal.

Sin embargo, parece que como en el artículo 165 no se trata de defender esta independencia frente a resoluciones de otros tribunales, que ni pueden ni deben vincular a la justicia penal, sino de normas extrapenales que por una llamada se incorporan al tipo, la cuestión es diferente.

Por eso, muchas sentencias aceptan el criterio teórico de que se trata de un delito formal. Un ejemplo en este sentido es la de 19-I-71, que dice que la impresión clandestina es «un delito de los llamados formales, de policía, de mera desobediencia en suma, por cuanto se perfeccio-

na por la inobservancia de aquellos requisitos administrativos que configuran el derecho de impresión».

Pero cuando nuestro Tribunal Supremo se encuentra con un impreso inocuo, se resiste justamente a esta apreciación. Con rigor científico advierte la Sentencia de 29-XI-68 «que el citado artículo 165 se encuentra en el Libro II, Título 2.º, que comprende los delitos contra la seguridad interior del Estado, lo que obliga a interpretar que el impreso que no se adapte a la Ley de Prensa para ser calificado como penalmente clandestino tiene que carecer de todo medio de identificación y debiendo además tenerse en cuenta que no ataca a las personas ni a las instituciones». Queda claro que clandestino con arreglo a la Ley de Prensa no es sinónimo de penalmente clandestino.

Como en el caso de la quiebra, lo importante no es que resuelva uno u otro tribunal, sino que la ley se aplique en su significación penal, no coincidente con la interpretación mercantil o de prensa. Tan evidente resulta, que incluso quienes aceptan la versión del delito formal reconocen luego que no basta con infringir las disposiciones de prensa, «siempre que resulte que no se ha tratado de eludir la identificación —dice DEVESA—, la omisión ha de reputarse irrelevante» (31).

8.º *Las personas responsables.*

Desde que se establece la libertad de imprenta, la legislación de prensa vincula en cierta forma a los autores, editores e impresores, respecto a la responsabilidad criminal en que puedan incurrir por el abuso de dicha libertad.

(31) *Derecho penal español*. Parte especial. Madrid, 1973, página 641.

El Decreto de 10 de noviembre de 1810, en el artículo III, dice que «los autores e impresores serán responsables, respectivamente, del abuso de esta libertad». Hay que tener en cuenta que, según el artículo VII, bajo el nombre de autor «quedan comprendidos el editor o el que haya facilitado el manuscrito original».

Esta previsión, a través de varias regulaciones por el Derecho positivo, ha dado origen a la que actualmente recibe el nombre de «responsabilidad en cascada», contenida en los artículos 13 y 15 del Código vigente.

Después de establecer el artículo 12 que son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores, los cómplices y los encubridores, el artículo 13 dice: «Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores.»

Indudablemente esta limitación está motivada por el deseo de excluir de responsabilidad a los numerosos cooperadores, puramente materiales, que han de participar en la impresión. Es el argumento de VIADA y VILASECA: «No sería justo tratar como cómplices o encubridores de un delito cometido por medio de la imprenta a los que cooperan a la confección de una obra o de un periódico con su trabajo o modo de vivir, como cajistas, correctores de pruebas, repartidores del periódico o de las entregas de la obra; con lo cual, a más de imponerse una pena absurda y cruel a los que sin conciencia cooperan al hecho, se conseguiría de todo punto la muerte o aniquilamiento de la imprenta» (32).

No parece válido el razonamiento de GROIZARD, repro-

(32) *Código penal reformado de 1870*. Madrid, 1890, pág. 341.

ducido por RODRÍGUEZ MOURULLO: la aplicación de la Ley común a los delitos de imprenta sería «el martirio de los escritores, la muerte de la libertad de escribir, la casi imposibilidad de hacerlo sin correr el riesgo, el que a tanto se atreviese de ver cerrarse tras él la puerta de una prisión» (33). No se trata de evitar este riesgo a los escritores, sino a la inversa: que sean ellos, y sólo ellos, los que respondan. La libertad de escribir no autoriza a cometer delitos.

Resulta discutible hasta qué punto era necesaria esta limitación, ya que todos estos cooperadores quedarían amparados por la eximente 11 del artículo 8.º, puesto que obran en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Igual que quienes lícitamente fabrican o venden el arma del homicidio. En realidad, su colaboración es completamente ajena al contenido, que ni pueden ni deben juzgar quienes manipulan estos medios de comunicación.

Pero el hecho es que la limitación existe y que, por tanto, quedan excluidos de responsabilidad los cómplices y los encubridores.

El problema consiste en determinar a quiénes se podrá incluir en el concepto de autor, dada la nueva limitación que impone el párrafo primero del artículo 15: «Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o stampa publicados o difundidos.»

La doctrina habla de dos posibles interpretaciones: «La expresión *autores reales* es susceptible de ser entendida en dos acepciones. Como comprensiva de todos los sujetos a quienes, conforme al artículo 14, se *consideran*

(33) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, pág. 799.

autores, que serían calificados aquí de *reales*, para contraponerlos a los *fingidos*, que en relación de subsidiariedad menciona seguidamente el propio artículo 15. La segunda entiende por *autores reales* a los autores en sentido estricto (autores individuales o coautores), con exclusión de los inductores y cooperadores necesarios que, pese a ser considerados en el artículo 14 como autores, son, según sabemos ya, partícipes en hecho ajeno» (34).

La primera interpretación carece de sentido. Está claro que el texto pretende limitar el concepto de autor: «Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, solamente se reputarán autores...» En caso contrario sobraba esta salvedad.

Pero el rechazar esta interpretación no nos obliga a aceptar la segunda, a considerar que quedan excluidos los inductores y cooperadores necesarios, como afirman MOURULLO y DEvesa (35).

Hay que tener en cuenta que el legislador no excluye, como pudo hacerlo, por formas de autoría, según están comprendidas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 14. Exige sólo «que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa», excluyendo a los que realmente no lo hayan sido, por haberse reducido a una actividad manipuladora, sin asumir ni crear en ningún momento el contenido del impreso. La mutación del adverbio en adjetivo que se viene empleando en la interpretación de este artículo, convirtiendo «realmente autores» en «autores reales», es totalmente incorrecta y sólo sirve para confundir. Autores reales son todos, puesto que todos tienen «existencia verdadera y efectiva». Pero no todos son real-

(34) CórdoBa RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, pág. 883.

(35) *Derecho penal español*. Parte general. Pág. 709. «Creo, por el contrario, que no se puede decir de modo más claro que se excluyen los inductores y los cooperadores necesarios.»

mente autores del escrito: hay que excluir a los manipuladores. En definitiva, se reputarán autores quienes, de cualquiera de las formas previstas en los tres números del artículo 14, «realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa» y no lo son quienes hayan participado solamente en la reproducción mecánica.

Con esta interpretación, que nos parece la más ajustada al texto legal, no caben las «intolerables impunidades» a que alude gran parte de la doctrina, presentándolas como consecuencia inevitable de lo previsto por el artículo 15. Citemos un solo ejemplo, de MOURULLO: «Se explica —aunque con la ley en la mano no se puede justificar— que el Tribunal Supremo en alguna ocasión, para evitar tan lamentables impunidades, aun después de que haya respondido el autor del texto publicado, castigue también, calificándole de cooperador necesario del número 3 del artículo 14, al sujeto que encargó mediante precio y posteriormente publicó y difundió el escrito escandaloso.» Con independencia del razonamiento que la sentencia emplee, nos parece que se puede justificar con la ley en la mano la condena del sujeto en cuestión. Si es lícito reputarle autor con arreglo al número 3 del artículo 14, lo es en cuanto al texto, que ha comprado, y no en cuanto a su manipulación.

Nos queda el problema de la llamada «responsabilidad en cascada», establecida por el artículo 15 del Código: «Si aquéllos —los autores—, no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8.º de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos, se reputarán autores los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal, según

el artículo anteriormente citado, y, en defecto de éstos, los impresores.

Se entiende por impresores, a los efectos de este artículo, los directores o jefes del establecimiento en que se haya impreso, grabado o publicado, por cualquier otro medio, el escrito o estampa criminal.»

No cabe duda de que se trata de una responsabilidad subsidiaria para evitar la impunidad. Lo importante es fijar la naturaleza de esta responsabilidad y sus límites.

Sobre su naturaleza, hay que tener en cuenta que los directores, editores e impresores tienen una obligación de vigilancia sobre los textos que aparecen en la publicación dirigida, o en la que editan o imprimen. Por eso dice acertadamente ANTÓN ONECA que el fundamento sería la negligencia de estos últimos por no haber comprobado la naturaleza delictiva del texto publicado» (36). Se establece, por tanto, una responsabilidad por culpa *in vigilando*. Es contradictorio lo que afirma en este sentido RODRÍGUEZ DEVESA: «Por lo que se refiere a éstos, el Código establece una presunción *iuris et de iure* de connivencia con el que realmente es autor, pues de otro modo estaríamos ante una responsabilidad puramente objetiva por hechos de otros, absolutamente indefendible» (37). Es evidente que si se estableciera esa presunción es cuando estaríamos ante un caso de responsabilidad puramente objetiva. Si, efectivamente, y no por una presunción *iuris et de iure*, esa connivencia existiere, el director, editor o impresor debían ser condenados como autores, y no subsidiariamente.

(36) *Derecho penal*, t. I, Madrid, 1949, pág. 452. En el mismo sentido se manifiesta NUVOLONE en *Il Diritto penale della stampa*, página 118.

(37) *Derecho penal español*. Parte general. Madrid, 1974, página 710.

Respecto a los límites, tiene dos. El impuesto por la condición objetiva de punibilidad, que le exime de su responsabilidad culposa cuando pueda ejercitarse la acción contra el autor; y el general, impuesto por las eximentes del artículo 8. El argumento de ANTÓN ONECA es incontestable: «Que no estamos ante un caso de responsabilidad objetiva, sino que es preciso culpa por parte de esos responsables principales o subsidiarios, se deduce de la alusión a todas las causas de exención del artículo 8.º, entre las que figura el caso fortuito» (38). No tendría sentido establecer una responsabilidad objetiva para los subsidiarios, cuando no se establece para el principal.

Pensando siempre en esta responsabilidad objetiva inexistente, insiste DEVEZA: «Pudiera ocurrir que el director, el editor o el impresor se hallen de vacaciones o enfermos precisamente en el momento en que se publica el texto en que se comete el delito» (39).

Olvida que directores, editores o impresores no se pueden hallar de vacaciones o enfermos, puesto que su sustitución es inmediata.

El artículo 41 de la Ley de Prensa e Imprenta, dice expresamente de los primeros: «En los casos de ausencia, enfermedad, suspensión o cese del Director será sustituido interinamente en las funciones directivas por el Subdirector o, a falta de éste, por la persona que se determine, designados en la misma forma que el Director, en quienes recaerán, durante el periodo de suplencia, las atribuciones y responsabilidades señaladas en la presente Ley para los Directores.»

(38) *Derecho penal*, t. I, Madrid, 1949, pág. 453.

(39) *Derecho penal español*. Parte general. Pág. 710.

En cuanto a los demás, ocurre lo mismo. El editor puede también quedar exento de responsabilidad, conforme al número 3.º del artículo 50 de la misma Ley, cuando las publicaciones unitarias se editen por cuenta del autor y sin pie editorial.



JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho Penal.

Universidad Complutense de Madrid



Consideraciones sobre la última reforma del Código Penal



La Ley 39/1974, de 28 de noviembre, publicada en el *B. O. del Estado* del 30 del mismo mes, ha introducido varias modificaciones en el Código Penal. Contiene cuatro artículos. Eleva el límite mínimo de la multa como pena grave a 10.000 pesetas, la cuantía de todas las penas de multa y las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible (art. 1.º), introduce el concepto de «doble reincidencia», alterando en consonancia la regla 6.ª del artículo 61 (art. 2.º); añade un artículo, 164 bis c), para prevenir la imposición de la inhabilitación especial a quienes cometan alguno de los delitos señalados en los dos artículos precedentes «habiendo prestado el juramento preceptivamente exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones» (art. 3.º); finalmente, sustituye la rúbrica del capítulo II bis, título XIII, libro II («Del robo y hurto de uso de vehículos de motor») por la de «utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos», tratando de endurecer la represión de los delitos previstos en el artículo 516 bis. Una disposición transitoria alude a los problemas de ámbito temporal para los procedimientos en curso, sin permitir rectificaciones, en las sentencias ya ejecutadas, en orden a los antecedentes penales. La reforma afecta a 221 artículos de los 604 de que consta el Código Penal, pero es a todas luces modesta.

Se ofrece en primer lugar un reparo sobresaliente. La reforma no ha prestado atención alguna a las sanciones pecuniarias establecidas en la *legislación penal especial*. La Ley de 26 de julio de 1878 sobre ejercicios peligrosos de menores mantiene multas de 1.000 a 5.000 pesetas (art. 1.º), que en su tiempo fueron penas graves; la de 18 de septiembre de 1896, relativa a la protección de pájaros insectívoros —extrañamente excluida de los actuales repertorios administrativos y penales pese a estar en vigor—, mantiene multas de 20 a 200 pesetas; la de 23 de julio de 1903, sobre mendicidad de menores, las conserva de 125 a 1.250 pesetas (art. 3.º); la Ley electoral de 8 de agosto de 1907 establece multas que en su tiempo fueron penas graves por superar las 125 pesetas, límite fijado en el Código de 1870, y hoy no rebasan en ningún caso las 5.000 pesetas (arts. 65, 67, 71, 73). Y viniendo a tiempos más recientes, tenemos la Ley de pesca fluvial de 20 de febrero de 1942, modificada por la de 4 de mayo de 1948, que coloca el límite de la pena entre los delitos y las faltas en 2.500 pesetas; la Ley penal y procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964, en 5.000 pesetas; la Ley de caza de 4 de abril de 1970 estima pena grave la multa de 5.000 a 50.000 pesetas (art. 42), y lo mismo hace la Ley de emigración de 16 de mayo de 1971 (art. 54), concordante con el Código Penal antes de la Ley de 1974. Con esto llega el lamentable olvido de la legislación penal especial a términos intolerables. Tras la Ley 39/1974 hace presencia, de un lado, la degradación de hechos delictivos a la categoría de faltas, vistos con la óptica del derecho penal común con la que siempre se han contemplado. Y de otro, un espectacular endurecimiento, que con-

trasta con esa descuidada y negligente benignidad, en el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, como resulta, por ejemplo, del artículo 439, 3.ª, donde se castiga con arresto militar de dos meses y un día a seis meses el enajenar prendas de equipo por valor de 25 a 50 pesetas, por no hablar del olvido en que se encuentran las sucesivas variaciones de frontera entre el hurto delito y la falta de hurto, que se mantiene en las 250 pesetas en el artículo 443, a pesar de que el Código Penal la sitúa hoy en las 5.000 pesetas. La concordancia de la legislación penal especial con el derecho común en cuanto a módulos económicos es una exigencia técnica imperiosa y, además, de insoslayable justicia.

II

La introducción de la «doble reincidencia» con la correlativa modificación de la regla 6.ª del artículo 61 ha sido el fruto de una mala inteligencia de la Fiscalía del Tribunal Supremo frente a una nueva jurisprudencia que rectificaba una doctrina casi centenaria, pero errónea y en contra del reo, en cuanto a la apreciación de la segunda reincidencia. Pues no puede haber segunda reincidencia sin una primera reincidencia, y como el concepto de reincidencia exige que el culpable haya sido condenado antes de delinquir por otro delito comprendido en el mismo título del Código, eran y siguen siendo precisas para estimar una primera reincidencia dos sentencias, y para la segunda, tres, siendo la tercera aquella en que la segunda reincidencia se aprecia. La cuestión no era ni es baladí. A partir de la segunda reincidencia era preceptiva la imposición de la pena superior en uno o dos grados, es decir, una pena de seis

meses y un día a seis años puede transformarse, subiendo dos grados, en otra de doce años y un día a veinte años. Aparte de este efecto general, la segunda reincidencia tenía y tiene efectos específicos en determinados delitos en los que obliga a imponer la pena superior en un grado, a saber, en los delitos de hurto (art. 516, 3.º), estafa (art. 530) y apropiación indebida (art. 535).

Haciéndose eco de las repetidas y fundadas críticas contra la vieja doctrina jurisprudencial, a partir de la sentencia de 25 de enero de 1972 reconoció el Tribunal Supremo que la reincidencia precisa «como esencial la referencia temporal de la condena anterior al momento de delinquir el culpable, por lo que si esta exigencia es válida para considerar la primera reincidencia debe serlo igualmente para estimar la segunda y sucesivas, con la importante consecuencia de ser necesario que conste de algún modo dicha primera reincidencia en orden a establecer las siguientes recidivas, cosa que ya *a priori* debe descartarse cuando las anteriores condenas se han fulminado en una sola sentencia o cuando tales condenas previas se den con tal proximidad cronológica que sólo por una presunción contra el reo pueda admitirse que el mismo fue delinquirando cuando ya habían sido pronunciados los fallos precedentes en orden a engendrar la serie de agravantes simples tenidas en cuenta por la Ley para estimar la agravante compleja» (sentencia de 26 de septiembre de 1974; ponente, excelentísimo señor don Fernando DÍAZ PALOS).

La tesis de la Fiscalía del Tribunal Supremo que, sin duda, ha llevado a esta alteración, se contiene en la *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1973* (Madrid, Reus, 1973), por el Fiscal del Tribunal Supremo. Una equivocada opinión criminológica está

en el origen del giro que se ha dado a la segunda reincidencia, transformándola en «doble reincidencia». En la *Memoria* citada, página 229, se declara que «la defensa de la Sociedad contra los delincuentes habituales o profesionales, ha de ser más estricta y su sanción mayor y más grave que la de los delincuentes ocasionales, que sólo una vez han infringido la Ley contraviniendo las normas del ordenamiento jurídico punitivo». El criterio diferencial: delincuente ocasional una condena, delincuente habitual o profesional varias condenas, es falso. Un profesional del delito puede no ser aprehendido y convicto hasta haber cometido un gran número de delitos: el ser delincuente primario a los ojos de la Ley no obsta para que haya de ser clasificado entre los profesionales del delito desde un punto de vista criminológico. Por otra parte, el discutible tipo de «delincuente ocasional» puede acumular varias condenas, sea porque se repiten las crisis o se encuentra ante una crisis prolongada durante algún tiempo, sea porque la tentación que provocan las «ocasiones» se reproduce varias veces. Además, el único estudio serio y reciente de importancia de que disponemos, la tesis doctoral inédita de LONDÍN CARRASCO, leída el 27 de junio de 1974, llega a la conclusión de que «la multirreincidencia no debe actuar como modalidad agravante» (*Revista de la Universidad Complutense*, núm. 94-II, vol. XXIII, nov.-dic. 1974, pág. 244), corroborando así algo obvio desde el punto de vista dogmático, pues hay delitos de estructura semejante que están en distintos títulos, como v. gr., la malversación y la apropiación indebida, y delitos muy desiguales que reúnen bajo un común denominador, como la profanación de cadáveres, el conducir sin permiso y el tráfico de drogas, fundamentando sin base alguna real una «reincidencia» que se niega entre los primeros.

Aún ha de agregarse algo más a este propósito. La reforma muestra en este punto idéntica ligereza a la que traduce en general la Ley a que estoy aludiendo. Ha consistido en añadir a la circunstancia decimoquinta del artículo 10 un segundo párrafo que reza así: «Existe *doble reincidencia* cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en *una* o varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título de este Código», modificando correlativamente la regla 6.^a del artículo 61 para sustituir la «segunda reincidencia» con la que operaba por la «doble reincidencia» que se inventa. Pero ha olvidado por completo los demás pasajes del Código en que se toma en consideración la segunda reincidencia para cualificar los delitos de hurto, estafa y apropiación indebida. De esta inconsciente manera se ha acentuado uno de los más notorios defectos de la Ley a partir de la reforma de 1944, a saber, que allí donde tradicionalmente se pensaba que la segunda reincidencia requería un trato más severo es objeto de una mayor benevolencia, ya que no se puede aumentar la pena uno o dos grados, como sucede para los restantes delitos por aplicación de la regla 6.^a, sino solamente un grado, porque los razonamientos aducidos en la sentencia 26 de septiembre de 1974 continúan conservando su validez para el hurto, la estafa y la apropiación indebida donde se habla de que el sujeto «fuere dos veces reincidente» (lo que requiere al menos una tercera sentencia, como antes quedó dicho) y no de «doble reincidencia».

La Fiscalía del Tribunal Supremo se percató de tal descuido y en una Circular de 27 de diciembre de 1974, «a fin de evitar un criterio interpretativo múltiple que estaría en desacuerdo con el principio de unidad que caracteriza las actuaciones del Ministerio Fiscal», mani-

fiesta que «aun cuando en su literalidad la Ley no menciona otros supuestos de multirreincidencia específica (artículos 516, 3.º, y 530), deben resultar aplicables, en lo que proceda, las declaraciones generales de los artículos 10, 15.ª, y 61, 6.ª». Lamento no poder compartir el criterio de la Circular. En ella hay un expreso reconocimiento de que la «literalidad» de la ley se opone a la interpretación que propugna, auténticamente analógica. Frente a una letra inequívoca, contradice las reglas más elementales de hermenéutica una interpretación que lleva a resultados en contra del reo.

III

El *artículo 164 bis, c)*, de nuevo cuño, tiene antecedentes complicados. El Proyecto de 6 de junio de 1974 pretendía introducir un artículo con el número 324 bis dentro del título de las falsedades, que habría de radicarse en un capítulo VIII, bajo la rúbrica: «Del quebrantamiento del juramento.» La redacción inicial estaba concebida en estos términos: «Los que por actos u omisiones quebrantaren el juramento exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones, como asimismo el que haya de producir efectos ante autoridades de cualquier orden o jurisdicción, a través de documentos de carácter administrativo, fiscal o de otra clase, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa en cuantía de 10.000 a 250.000 pesetas.» La fundamentación se limitaba, sin ulteriores razonamientos, a dar por sentado que había que prestar protección penal al juramento en estos casos.

Fue el tema más debatido en las Cortes. Se presentaron ocho enmiendas. Las más radical, del señor LACLE-

TA PABLO (enmienda 19), pidió la erradicación del artículo, por opuesto al principio de legalidad al carecer de «las indispensables puntualizaciones» para que se pudiera afirmar «que, propiamente, se ofrece un tipo de delito». El señor HENRÍQUEZ HERNÁNDEZ (enmienda 22) reforzó el argumento, añadiendo que incluso era imposible la tipificación y que el perjurio no debe acarrear sanciones jurídicas, sino morales. También se pronunciaron en contra los señores GARCÍA CARRERO (enmienda 1) y ESPERABÉ DE ARTEAGA (enmienda 10). Otras enmiendas notaban la heterogeneidad de las conductas asimiladas en el artículo 324 bis del Proyecto, solicitando su desglose, sea para llevar a las falsedades documentales las declaraciones juradas falsas (enmienda 13, del señor SANCHO ROF), sea para reducir el precepto a un quebrantamiento de la «ética profesional» (enmienda 14, del señor ZARAGOZA CORTÉS), interesar que se separaran netamente los dos puntos sobre los que versaba el Proyecto (enmienda 15, del señor MAZÓN VERDEJO) o que se redujese la inhabilitación especial a los casos en que la multa fuera superior a 50.000 pesetas (enmienda 7, del señor YAGUA Yus). Al fin se admitió la idea del señor SANCHO ROF de crear un artículo 164 bis c) —el enmendante proponía que llevase el número 164 tris (*sic*)—, referido a los delitos comprendidos en la misma sección (no a todos los delitos previstos en las secciones anteriores como en la enmienda número 13) y consignando sólo la pena adicional de inhabilitación para quienes siendo culpables de los delitos sancionados en los artículos 164 bis a) y 164 bis b) hayan prestado «el juramento preceptivamente exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones». Es notable que en el debate ante la Comisión de Justicia nadie defendió el Proyecto tal y como estaba concebido, ni siquiera la

Ponencia (*Diario de Sesiones de las Comisiones, X Legislatura*, número 367, páginas 22 y siguientes).

IV

Respecto al uso indebido de vehículos de motor, el propósito del Proyecto era cambiar la rúbrica del capítulo II bis del título XIII, libro II, que rezaba: «Del robo y hurto de uso de vehículos de motor», por la de «utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos» y añadir un último párrafo imponiendo en todo caso la pena de privación del permiso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años. La tensión emocional que provocan esta clase de hechos dio una extraordinaria animación al debate, cuya tónica fue la severidad. Nada menos que once enmendantes atacaron al artículo 516 bis con el afán de mejorarlo. La cifra negra en estos delitos es sumamente elevada: alrededor del 90 por 100. La mayoría de los vehículos sustraídos son recuperados a los pocos días, como resulta de las investigaciones practicadas por SERRANO GÓMEZ. Los esfuerzos reformistas se han desplegado en cuatro direcciones.

a) Modificación del párrafo primero del artículo 516 bis para especificar que es indiferente la «clase, potencia o cilindrada» del vehículo de motor ajeno indebidamente utilizado. La adición proviene de la enmienda del señor DE OÑA IRIBARNE (enmienda 4), quien la fundamentó en la necesidad de poner fin a las dudas que ocasiona la cuestión controvertida de si los ciclomotores han de considerarse o no vehículos de motor. Sucede, sin embargo, que una cosa es la *mens legislatoris* y otra la *mens legis*. Cualesquiera que sean las espe-

cificaciones siguen estando referidas a los vehículos de motor. Y, por consiguiente, el problema continúa exactamente como antes y consiste en determinar si los ciclomotores son vehículos de motor. La Circular número 6, de 27 de diciembre de 1974, antes citada, entiende, con razón, que la situación sigue siendo idéntica a la anterior a la reforma y recomienda atenerse a la Circular 2, de 26 de febrero de 1973, y sentencias de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973 del Tribunal Supremo, donde se abordó esta dificultad interpretativa.

La Circular 2/1973 de la Fiscalía del Tribunal Supremo (*Memoria* de 1974, páginas 242 y siguientes) analiza exhaustiva y documentadamente la naturaleza jurídica de los ciclomotores, expresión «desconocida en nuestro ordenamiento penal y administrativo antes del Decreto de 27 de enero de 1956», designando hoy «un vehículo intermedio (*tertium genus*) entre el motociclo y el velocípedo, respondiendo su estructura a la de una bicicleta con pedales practicables en todo momento, pero dotada de un motor auxiliar de potencia determinada» (*Memoria* de 1974, pág. 246). La Circular llega a la conclusión de que «en la definición legal de ciclomotor lo que prima, en definitiva, es su condición de ciclo o bicicleta, si conserva todas las características recogidas en la ley referentes a potencia del motor auxiliar, límite de velocidad a desarrollar, pedales practicables, peso y disponibilidad de la transmisión del esfuerzo humano a través de los pedales con independencia del motor» (*Memoria* citada, pág. 255).

b) Sustitución de la alternativa «restituir o abandonar dentro de las veinticuatro horas» por la exigencia de que el vehículo indebidamente utilizado se restituya «directa o indirectamente» en el mismo plazo. La novedad se produjo en el seno de la Comisión de Justicia

(*Diario de Sesiones*, páginas 33 a 36). Tomó la iniciativa el señor DE OÑA IRIBARNE: «Pediría a la Ponencia —dijo— sustituir la palabra «abandonar» por la de «restituir» o «reintegrar» directa o indirectamente, ya que el abandono es una palabra antigua, y a veces tal abandono se hace forzosamente porque se han quedado sin gasolina. De lo que se trata es de que si se deja transcurrir este plazo se considera que la intención no es de uso, sino de apropiación del vehículo, y lo que se produce es un hurto o robo, según las circunstancias que hayan concurrido». Tras vacilaciones de la Ponencia y algunas digresiones sobre la conveniencia o no de elevar el plazo de veinticuatro horas provocadas por una intervención del señor RIVAS GUADILLA, la Ponencia cedió ante las palabras del señor UTRERA: «Tal vez —opinó— lo que aquí sea perturbador es la palabra 'abandonar', que es la que crea un problema probatorio, un problema de presunciones; realmente va a crear dificultad en las pruebas para saber si se abandonó y cuándo se abandonó.» La Ponencia, que tuvo un momento de clarividencia («Complicaríamos el asunto, creo yo —dijo el señor PÉREZ-SERRABONA— variando el texto tradicional que tenemos»), sucumbió al clímax y aceptó la petición del señor OÑA, que se aprobó por unanimidad.

La Circular 6/1974 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, antes mencionada, advierte las dudas que suscita la nueva redacción. Ciertamente es que la ley ofrecía antes dificultades para concretar el «abandono», y que «con la expresión 'restitución indirecta' se ha buscado una mayor certeza; pero no parece todavía suficientemente clara hasta el punto de que no vayan a plantearse dificultades interpretativas. En general, por 'restitución indirecta' deben entenderse todos los supuestos en que el

vehículo se ponga a disposición de su dueño sin que sea material y directamente entregado; en particular, puede entenderse por restitución indirecta la información al propietario, a la autoridad o a sus agentes, por cualquier medio, del lugar en que se halla el vehículo; o bien el empleo de otros medios que permitan la recuperación del vehículo dentro del plazo que señala la ley». La *ratio legis* es, según la Circular, «favorecer la recuperación del vehículo dentro de las veinticuatro horas desde que el dueño fue desposeído del mismo». Se trata, empleando la terminología de la Circular, de una «atenuación de la pena», y para que se produzca «es preciso la restitución directa o que el culpable emplee los medios necesarios para la recuperación en el referido plazo», guardando semejanza con el sistema seguido para «el peculado de uso del artículo 396, párrafo segundo».

Por consiguiente, se ha perdido de vista la diversa estructura del tipo en el hurto de uso y el hurto propiamente dicho. La nota característica del hurto de uso es la falta de intención de apropiarse la cosa, y así se subraya en el párrafo primero del artículo 516 bis: «sin ánimo de haberlo como propio». La restitución (o abandono, como antes se decía) no afecta a esta nota esencial del uso indebido. La no restitución, en realidad, es una cualificación (una «agravante» con la terminología de la Circular), no una causa de atenuación. Cualificación porque determina un trato más severo de un hecho que sigue siendo conceptualmente un hurto de uso o uso indebido de un vehículo de motor. En realidad, sigue latente la vieja y desprestigiada doctrina que identificaba el ánimo de lucro con el ánimo de apropiarse de la cosa, desconociendo que no puede hablarse de ánimo de apropiarse «transitoriamente» porque

sería una *contraditio in terminis*, ya que apropiarse es subrogarse en el lugar del propietario y no sólo en el *ius utendi*, que es una de las facultades, entre otras muchas, que comporta el derecho de propiedad. La restitución directa o indirecta dentro de las veinticuatro horas, bajo la amenaza de un trato más riguroso, es, en definitiva, una manifestación del arrepentimiento espontáneo, una contribución a reparar el mal causado por el delito, sin variar la naturaleza de éste. La reforma ha desconocido, al acentuar tan considerablemente la exigencia de un comportamiento activo por parte del autor del delito, la verdadera índole de las figuras previstas en el artículo 516 bis, hasta el punto de darles un tratamiento más severo que a genuinos delitos de robo o de hurto del vehículo como se verá a continuación.

c) La reforma afecta también a la pena que señala la ley para el caso de que no se restituya directa o indirectamente el vehículo en el término de veinticuatro horas. Ahora será la de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, a no ser que resulte de mayor gravedad la que procedería imponer aplicando los artículos 505 ó 515, en cuyo caso se acude a la señalada para el hurto o el robo genuinos. Antes había que imponer, si no se restituía o abandonaba el vehículo, la pena señalada para el hurto o el robo ordinario, y si por la cuantía el hecho hubiera constituido falta y no estaba por ello comprendido en la referencia expresa que se hacía a los artículos 505 y 515, imponer la pena prevista en el párrafo primero para el título básico.

La modificación proviene de la enmienda número 1 de don MELITINO GARCÍA CARRERO, que la Ponencia hizo suya y no fue objeto de discusión, sin duda, porque nadie se percató de su alcance, es decir, de que se casti-

gaba más severamente el tomar el vehículo sin ánimo de haberlo como propio que si hubiera mediado una intención de hacer suyo el vehículo en cuestión. Sin advertir tampoco que esta injusta regulación, injusta porque trata más severamente hechos de menor gravedad, queda reservada exclusivamente a los torpes o ingenuos, pues basta con declarar que tenían intención de haber el vehículo como propio para que el artículo 516 bis quede fuera del juego.

d) Finalmente, el párrafo último del artículo 516 bis ha quedado redactado así: «En todos los casos comprendidos en este artículo se impondrá, además, la pena de privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años o la de obtenerlo en el mismo plazo.» Sustancialmente recoge las enmiendas de los señores MAZÓN VERDEJO (enmienda 6) y DE LLERA LÓPEZ (enmienda 8), que pensaron que era oportuno recoger de modo expreso el supuesto en que el sujeto que utilizó indebidamente el vehículo carecía de permiso de conducción. Se aprobó sin discutir, salvo un tímido conato del señor LADERA VIVAS para que se elevara el mínimo de la privación del permiso que no tuvo aceptación.

La aclaración me parece peligrosa, porque pudiera dar lugar a pensar que cuando no se declara expresamente la privación del permiso de conducción como pena no afecta nada más que a aquellos que se hallan en posesión del permiso, no a los que carecen de él. Es una cuestión que revierte sobre el alcance del párrafo último del artículo 42, donde se especifican los efectos de la pena de privación del permiso de conducir diciendo que «inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia». El derecho aludido no es el derecho a obtener un permiso,

sino el derecho a conducir vehículos de motor. Gramaticalmente no hay duda alguna. La aclaración era innecesaria. Y es conveniente retrotraerse a los antecedentes históricos de ella, a los motivos que llevaron a consignar el supuesto de carencia de permiso para no dejar lugar a una interpretación contraria, para no inferir la errónea consecuencia de que cuando no se consigna —cosa que sucede en todos los demás casos en que se impone esta pena— no abarca a quienes no tienen permiso de conducción. Hubiera sido preferible que se hubiera mantenido la redacción inicial del Proyecto.

V

La estrechez de miras de la Ley 39, de 28 de noviembre de 1974, es un distintivo común a las catorce reformas del texto refundido de 1944 que la han precedido. El Código de 1944 sigue siendo el antecedente siempre presente en el Código actual, que es el de 1963 con las modificaciones de 1971 y 1974. Basta referir la fecha de su aprobación por el Decreto de 23 de diciembre de 1944 para marcarlo como un Código de posguerra, elaborado bajo el signo de concepciones sumamente duras, sobre un sistema de organización política que no se había concluido de perfilar, pendiente una guerra mundial en la que mantuvimos la neutralidad sin ocultar la simpatía por las potencias del Eje, prolongadas las tensiones de la guerra civil con la carga emocional de un futuro que a muchos parecía incierto, despobladas las cátedras de figuras que se consideraban eminentes, sin que los profesores que quedaban y los que habían cubierto las vacantes hubieran tomado conciencia de los

términos en que quedaba planteado el problema penal ni les fuera accesible por no disponer de los datos necesarios a causa de estar sustraídos muchos hechos a la jurisdicción ordinaria. El Código de 1944, que no aspiró a ser otra cosa que una refundición de un copioso número de leyes especiales que vagaban dispersas en el «Nuevo Estado», fue redactado con apresuramiento, método que parece consuetudinario entre nosotros. Ninguna de las numerosas leyes que han modificado el Código de 1944 ha abordado viejos problemas, que continúan abiertos, ni tampoco los que la reforma de 1944 planteó. No solamente no se ha hecho una revisión a fondo, sino que se han multiplicado las relaciones de alternatividad, es decir, las repeticiones totales o parciales de preceptos ya existentes. Sin tener tampoco en cuenta que hay zonas necesitadas de una reconsideración global. Algunos ejemplos tomados de la llamada Parte especial corroborarán lo que acabo de decir. Tampoco se ha osado tocar las bases de la determinación de las penas, cada vez más dislocadas en su nomenclatura y efectiva ejecución por una normativa de tipo administrativo que tiende a dinamitar el arcaísmo imperante en el Código.

Entre los viejos problemas que perduran, me limitaré a mencionar dos. La violación de sepulturas y profanación de cadáveres se halla colocada en el título V del libro II, al lado de los delitos contra la seguridad del tráfico, v. gr., conducir sin permiso por una vía pública, y de los delitos contra la salud pública, como el tráfico de drogas. El defecto sistemático proviene de la reforma de 1870 y fue acusado inmediatamente por los comentaristas y la doctrina. El lugar que les corresponde es el de los delitos contra la religión o, mejor, el de un título de delitos contra los sentimientos religiosos. Otro caso: las lesiones menos graves inferidas a

maestros (art. 423) se castigan con la pena de prisión menor, mientras que las lesiones graves a las mismas personas, si no hubieran producido otro resultado que enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días se sancionan con arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas. Dicho con otras palabras: si se hiere a un maestro causándole lesiones que le produzcan incapacidad para el trabajo por más de quince días y menos de treinta, la pena puede llegar a seis años de privación de libertad, pero si las lesiones van de treinta a noventa días no puede exceder de seis meses (y multa). El defecto proviene nada menos que del Código de 1848, atravesando, sin ser advertido, todas las reformas ocurridas desde entonces.

El texto refundido de 1944 provocó una serie de desarreglos valorativos al seguir como norma el criterio de imponer penas de la escala general en toda su extensión a cada delito. Prescindiendo ahora de que técnicamente no se consiguió este propósito para todas las figuras de delito, las consecuencias han sido, en algunos supuestos, extravagantes, por no calificarlas de otra manera. El caso más notable, por su frecuencia en la práctica, es la inversión de las relaciones valorativas entre el hurto y el robo. Un delito de robo, cualquiera que sea la cuantía de lo robado, si media violencia o intimidación en las personas, se castiga —salvo que concurra alguna cualificación de las previstas en el artículo 501— con la pena de presidio menor; si se comete un hurto por cuantía superior a 200.000 pesetas, la pena es presidio mayor. Es decir, si el ladrón tiene la «precaución» de administrar algún golpe a su víctima la pena no puede exceder de seis años, si no lo hace y se vale simplemente de la astucia, la pena puede llegar a doce años de privación de libertad. Aquí el reparo ha sido repetidas ve-

ces señalado, sin que el legislador haya prestado nunca atención alguna a su remedio.

Las repeticiones entre el Código y la legislación penal especial han sido siempre relativamente frecuentes. Mencionaré la traición, muchas de cuyas figuras se hallan duplicadas en el Código de Justicia Militar; y la piratería, que está prevista en el Código Penal común, artículos 138 y 139, pero que nunca ha encontrado aplicación por ser preferente la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante de 1955 en estos hechos de los que conoce la jurisdicción militar con completa exclusión de la ley común. Pero no acostumbraban a darse dentro del Código en los términos en que se vienen produciendo desde 1944. Así, los delitos de estragos han perdido completamente su razón de ser con la incorporación al Código de los delitos de terrorismo, que, además, se duplican a partir de la ley de 15 de noviembre de 1971 en el Código de Justicia Militar. Ciertamente, a primera vista, podrían marcarse diferencias: los estragos no perseguirían fines contrarios a la seguridad interior, el terrorismo organizado quedaría reservado a la justicia militar, en el terrorismo de derecho común habría de insertarse siempre un elemento subjetivo del injusto: la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público. Mas la amplitud con la que se conciben la seguridad del Estado o el orden público excluye o hace prácticamente imposible unos estragos que no constituyan el delito de terrorismo, castigado, generalmente, con penas más graves. En cualquier caso, se impone una delimitación más precisa que la actual.

Hay también zonas necesitadas de una reconsideración global. Por ejemplo, la relativa a la política crimi-

nal seguida con los anticonceptivos o procedimientos para «evitar la procreación» (art. 416), hoy absolutamente obsoleta. También la política seguida en los delitos de estupro. La edad de veintitrés años que se toma como frontera en la tutela de la mujer frente al engaño sexual es por completo irrazonable. Claro está que una reforma penal debería ir acompañada de una atenuación de las reglas para la investigación de la paternidad, pues es notablemente injusto que sea la mujer la única que soporte el peso de la concepción fuera de legítimo matrimonio y luego no pueda reclamar asistencia para ella y el hijo habido de quien lo engendró. En los delitos relativos a la prostitución es asombroso que sean más graves las penas en el caso de que las víctimas sean mayores de veintitrés años que si son menores. Y entre los delitos contra la propiedad habría que atender a una doble dirección, de un lado, reducir drásticamente la magnitud de muchas penas que son enteramente desproporcionadas a la gravedad que hoy tienen estos delitos, y de otro, atender a un remodelado de los que BINDING llamó «delitos de explotación», sobre los que gravitan las condiciones económicas en que se desenvuelve el mundo moderno, haciendo posible fabulosas depredaciones. *Et sic de coetera.*

Es notable que mientras el Código sigue aferrado a una vieja dosimetría penal, formalista, mecanicista, con reformas epidérmicas que no encuentran la vía adecuada para hallar una efectiva resonancia práctica, como la obligación de tomar en cuenta la personalidad del delincuente que preceptúa la regla 4.^a del artículo 61, la Administración penitenciaria esté llena de inquietudes y animada de un espíritu progresivo que ha conducido incluso a que desaparezca la palabra «prisión» de la nomenclatura penitenciaria. La primera de las cuatro es-

calas graduales en que se agrupan las penas ha perdido por ello su sentido, pues lo único en que se diferencia de la segunda es en que contiene las penas de presidio, desaparecidas las cadenas que hasta 1932 figuraban también en la primera escala. Es obvio que las escalas deberían ser reducidas a tres. Y la misma evidencia tiene el que la variopinta terminología de las reclusiones y prisiones no responde a diferencias de contenido, pues lo que decide el establecimiento en que ha de cumplirse la pena no es la índole de ésta, sino la del delincuente, previo un período de observación y clasificación. Igualmente parece que debería retornarse a la clasificación tripartita en delitos graves, menos graves y faltas, abandonando la bipartita, que se instauró en 1932 por razones puramente teoréticas, porque la división de los delitos en función de la gravedad de las penas está al servicio de la índole del procedimiento que ha de seguirse para su comprobación y castigo; la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha venido a restablecer ya la tripartición sin correlato en el derecho sustantivo, por ahora. No quiero dejar de aludir en este somero recuento de algunos problemas que esperan normas más adecuadas, el tema de la inflación penal: las penas hoy tienen una duración real que no corresponde con su valor fiscal. La consecuencia es que los tribunales no saben exactamente qué pena imponen, sustraída como está su ejecución a cualquier influencia por su parte. Tampoco debe omitirse una referencia a la cuestión del perdón judicial: la lentitud en la tramitación de los indultos hace que sean inoperantes cuando las penas son de muy corta duración, con lo que las infracciones de menor gravedad son tratadas, desde este punto de vista, más duramente.

VI

Paréceme que hay que dedicar algunas líneas en particular a la más importante de nuestras leyes penales especiales al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Tampoco ha quedado inmune a las injurias del tiempo. En su momento fue una obra considerable, cuyo mérito principal, la unificación de las leyes penales por las que han de regirse las Fuerzas Armadas, debe ser reconocido. Pero la fecha de su aparición denota que ha envejecido. La disciplina es y seguirá siendo un interés jurídico digno de la mayor atención por parte del Estado. Mas los medios punitivos para mantenerla han sido profundamente innovados después de la segunda guerra mundial. Las penas y correctivos de nuestra ley penal militar no están ya en línea con las concepciones actuales, ni con la experiencia aportada por las contiendas bélicas en los últimos decenios. Algunas instituciones, como la remisión condicional de la pena deberían hallar cabida en los delitos militares. El régimen de las prisiones militares debería modernizarse. Habría que pensar en una reducción grande de los delitos castigados con la pena de muerte como única pena, e incluso en su supresión o considerable reducción para hechos cometidos en tiempo de paz. Y reconsiderar, como ya antes quedó apuntado, las relaciones de alternatividad con el derecho común, así como las cuantías, hoy completamente desfasadas, en infracciones contra la propiedad.

La idea de una reforma de la legislación penal y procesal militar está viva y ha plasmado en proyectos no publicados. Ha de coordinarse con la necesaria reforma de la legislación común para evitar que se reproduzcan las discordancias que surgieron entre el texto refun-

dido de 1944 y el Código de Justicia Militar de 1945, parte de las cuales subsisten. Y para poner fin de una vez al retardo con el que las leyes penales militares siguen, aunque con constancia, las innovaciones de la legislación ordinaria.



GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

**Catedrático de Derecho Penal en la
Universidad Autónoma de Madrid**



**Naturaleza de los conceptos jurídicos
y límites de la individualización penal**



Desde la fundamental aportación de Rickert en torno a la formación conceptual en las ciencias históricas, suele admitirse que los *procedimientos conceptuales generalizadores* son los propios de las ciencias de la naturaleza, en tanto los *procedimientos conceptuales individualizadores* son los característicos de las ciencias históricas. Según Rickert, la «irrepetible realidad», en su individualidad concreta, señala un límite infranqueable al procedimiento conceptual generalizador de las ciencias naturales (1). Para captar esa «realidad irrepetible» no nos sirven los procedimientos *nomotéticos*, y necesitamos recurrir a una formación conceptual de carácter *idiográfico*. Como la misión de las ciencias históricas es captar esa «realidad irrepetible», se deduce que su método propio es el conceptual individualizador.

De esta premisa se derivó la creencia de que toda ciencia que no fuese *nomotética* no podría utilizar el método de formación conceptual generalizador. Este método sería *privativo* de las ciencias naturales. Una segunda conclusión, que nos afecta ya más de cerca, fue la de estimar que toda vez que el Derecho no es una ciencia *nomotética*, el método jurídico no puede ser, en ningún caso,

(1) Cfr. RICKERT, H.: *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 5.^a Aufg (Tübingen, 1929), pág. 200.

el conceptual generalizador. Así razonará Bettiol: Si el Derecho «no es una ciencia de la naturaleza, quiere decir que debe repudiarse el método nomotético, esto es, aquel método que estudia los fenómenos según leyes generales, y culmina en la elaboración de un sistema con estructura lógico-formal» (2). Y continúa: «Es justamente esta individualidad la que hace la historia. No existe historia fuera de la personalidad moral del hombre, y cuando hablamos de historia pretendemos referirnos a toda actividad que presuponga en el hombre la cualidad de persona, es decir, a toda actividad que entre en el campo de investigación de las ciencias morales, incluida la jurídica. César, Carlomagno, Napoleón, pueden ser considerados bajo el aspecto de sus funciones orgánicas, el largo de su nariz, por los alimentos de que se nutrían, pero no será esta consideración la que acierte a dar en la diana, a iluminar el significado histórico de la personalidad de esos hombres. Esa personalidad se encuentra en la individualidad moral y en la impronta que supieron dar a su tiempo» (3).

Resulta curioso destacar cómo Bettiol maneja ejemplos similares a los que ofreció Rickert. Donde Rickert decía Goethe, ahora Bettiol dice César, Carlomagno y Napoleón. Si transformamos a Goethe —había advertido Rickert— en ejemplar de un concepto genérico, caeremos en la cuenta de que lo que hemos obtenido ya no es Goethe (4).

García Máynez puso muy claramente al descubierto la inexactitud que encierra esta premisa metodológica. García Máynez admite que los métodos de conceptualización en el orden científico son sólo dos: el generalizador y el indi-

(2) BETTIOL, G.: *Il problema penale*, 2.^a ed. (Palermo, 1948), página 78.

(3) BETTIOL, G.: *Il problema*, cit., pág. 79-80.

(4) RICKERT, H.: *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, cit., pág. 230.

vidualizador o idiográfico. Entre ellos —subraya García Máynez— no hay un tercer camino. Hasta aquí el acuerdo con la tesis de Rickert es pleno. Pero a continuación añade García Máynez: «Lo que no podemos admitir es que los conceptos formados de acuerdo con el método generalizador, necesariamente hayan de considerarse como científico-naturales, o que la concepción generalizadora sea exclusiva del primer grupo de ciencias (de la naturaleza), o aplicable sólo a los fenómenos físicos» (5). Para plantear el problema en relación inmediata con el método empleado por los juristas, García Máynez se apoya en observaciones de Coing y Recaséns Siches.

De acuerdo con Coing (6), García Máynez recordará (7) que: «Tres momentos lógicos caracterizan toda ciencia del Derecho: el atender a un orden jurídico concreto e históricamente único, es decir, a una concreción irrepetible e individual en el marco del infinito proceso social; se trata, por tanto, de una disciplina *idiográfica* en el sentido de la clasificación rickertiana; en segundo lugar, el ser *dogmática*, en cuanto se limita a exponer el contenido significativo —o mejor, el contenido imperativo y coactivo— del citado orden jurídico en su conexión sistemática; en esto la jurisprudencia se parece a la teología, que realiza lo mismo respecto de una determinada revelación religiosa, y esta analogía ha sido repetidamente subrayada, tanto desde un punto de vista crítico como desde un punto de vista analítico; por último, es una ciencia *práctica, aplicada*.»

De este modo reconoce García Máynez que, efectiva-

(5) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto jurídico* (Méjico, 1959), pág. 46.

(6) COING, H.: *Fundamentos de filosofía del Derecho* (trad. de J. M. Mauri) (Barcelona, 1961), pág. 21.

(7) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 53, nota 92

mente, bajo el aspecto del primer momento lógico expuesto por Coing no se puede poner en tela de juicio que «tanto los sistemas jurídicos como las instituciones que los forman, a veces son materia de investigaciones históricas, y que éstas, si quieren conservar tal carácter, necesariamente han de adoptar el método propio de la historia» (8). Pero con esto no se prejuzga la solución en referencia con los otros momentos (principalmente el dogmático) que caracteriza a la ciencia jurídica.

Del pensamiento filosófico de Recaséns Siches, García Máynez recogerá la idea de que: «Para el Derecho no viene en cuestión la integridad de mi persona humana, sino solamente algunos de sus actos; además, hay que advertir que aquella parte de mi comportamiento de la cual el Derecho toma cuenta y razón no es lo que yo tengo de individuo, no es mi *persona real, auténtica*, ni siquiera aspectos de mi conducta en tanto que verdadero individuo, en tanto que persona humana concreta, sino dimensiones genéricas, comunes, mostrencas e intercambiables con otros sujetos. O lo que es igual, expresado de otro modo: ser persona en Derecho, o ser persona de Derecho, no es lo mismo que ser hombre individual, que ser persona en sentido radical y primario, es decir, que ser individuo. Ser individuo es ser yo y no otro; es ser una existencia única, intransferible, incanjeable, irreductible a cualquier otra... La dimensión del hombre que en el Derecho funciona es la dimensión que éste tiene de común con los demás sujetos jurídicos, por consiguiente, no su radical individualidad... En cambio, mi auténtica personalidad, mi vida radicalmente individual, propia y exclusiva, única e intransferible, ésa se

(8) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 53.

halla siempre ausente, fuera de las relaciones jurídicas» (9).

Con estos antecedentes trata de precisar García Máynez cuál es el verdadero carácter del método de conceptualización del que se sirven los juristas. Para ello comienza por fijarse en la tarea que corresponde cumplir a los órganos legislativos, por un lado, y por otro a los órganos judiciales encargados de decidir sobre el caso concreto.

En el primer sentido, destaca García Máynez que «los preceptos emanados de la actividad legislativa son reglas hipotéticas de carácter abstracto, que enlazan a la realización de su supuesto determinadas consecuencias válidas para todos los casos a que se refiere el mismo supuesto. Las dos partes de la norma legal, a saber, la hipótesis y la disposición, ostentan el atributo de *generalidad* propio de las reglas que no valen para un caso único, sino *para todos los de cierta clase*» (10). Todos los casos en que se den las notas comunes que figuran en la regla hipotética «quedarán comprendidos en la hipótesis y deberán ser resueltos de igual manera; *pero cada uno tiene infinidad de particularidades que el supuesto jurídico no recoge* y que permiten distinguirlo de todos los otros de la misma clase» (11). Todo ello viene a corroborar —expone García Máynez— la «tesis de que el método de conceptualización empleado por el legislador no es nunca el individualizador de las disciplinas históricas, sino el generalizador que Rickert declara exclusivo y característico de las ciencias de la naturaleza».

Pero cabe preguntarse si la existencia de las que Kelsen llama *normas individualizadas* no supone, acaso, el em-

(9) RECASENS SICHES, L.: *Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la filosofía del Derecho*, 3.^a edic. (Méjico, 1952), pág. 231.

(10) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 47.

(11) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 47.

pleo de un método de conceptualización radicalmente diverso (12). A este respecto contesta García Máynez: «Es obvio que las nociones que integran el fallo del juez no son universales; pero entre ellas y las de carácter idiógráfico que el historiador emplea media una diferencia esencial, pues aun cuando las primeras se refieren a objetos singulares, *no los consideran en su individualidad irreductible*, es decir, en lo que tienen de irrepetible y único. El concepto «el deudor Juan Pérez» está referido a una persona concreta, a quien *designa* por su nombre, pero la considera exclusivamente en su carácter de miembro de la clase de deudores, de igual manera que el concepto «el acreedor Pedro Sánchez» considera a éste no como individuo humano, sino como miembro de la clase designada por el concepto jurídico mutante» (13).

Todavía García Máynez se formula una ulterior pregunta: ¿Cabe decir lo mismo cuando una norma penal concede arbitrio al juez para que individualice la sanción atendiendo a las peculiaridades del hecho y del autor?

Piénsese, por ejemplo, en la regla 4.^a del artículo 61 de nuestro Código Penal: «Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado que estimen conveniente.» De acuerdo con esta regla, está fuera de toda duda que deben de tomarse en cuenta una serie de peculiaridades del hecho concretamente enjuiciado que no son las que éste tiene en común con todos los demás de su clase, pertenecientes a la misma figura legal de delito. Parece, pues, que, al menos en hipótesis como éstas —observa García Máynez—, «el método de conceptualización que los jueces penales deben

(12) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 49.

(13) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 50.

emplear cuando aplican normas genéricas a situaciones concretas no es ya el generalizador de que se sirven los órganos legislativos, sino el idiográfico de que hacen uso los cultivadores de las disciplinas históricas» (14).

Sin embargo, la apariencia es engañosa: «Aun cuando el juez toma en cuenta, al juzgar los hechos de que conoce, peculiaridades que no fueron consideradas por el autor de la ley, no por ello procede *idiográficamente*, pues su propósito no es describir el hecho en su *individualidad irreductible*, sino referirlo a una serie de normas genéricas y, por tanto, convertirlo en *caso de aplicación de éstas*» (15).

Frente a nuestra regla 4.^a del artículo 61, el Tribunal penal no trata de agotar la *individualidad* del supuesto, sino de convertirlo en «caso de aplicación» de esa norma general. Poco adelantaría investigándolo agotadoramente en sus características idiográficas si luego está obligado a imponer al autor no la sanción que probablemente requeriría su *personalidad* histórica, única e irrepetible, sino una *sanción genérica*, que se mueve entre un mínimo y un máximo penal *abstractamente* previstos para el delito de que se trate.

Por eso, cuando se habla de que el Derecho penal procede a una formación conceptual de carácter idiográfico, o cuando se insiste en exigencias de *individualización* (por ejemplo, de la pena), las expresiones hay que entenderlas *cum grano salis*.

Todo proceso de individualización en Derecho penal encuentra siempre un límite en las disposiciones jurídicas de clase, en el plano normativo, y en los *conceptos de clase* en el plano científico. El límite viene impuesto por la propia esencia del Derecho, que por mucho que quiera

(14) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 55-56.

(15) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 56.

no puede dejar de ser norma *general*, y por mucho que se esfuerce no puede establecer una sanción específica para cada personalidad histórico-individual que vive bajo su imperio.

Oigamos, por ejemplo, a Marc Ancel, a propósito de la individualización de la pena: «Pero ésta se desenvuelve no ya en abstracto, frente a un crimen separado de todos sus factores reales o frente a un individuo contemplado como representante de una categoría especial de delincuente definido desde puntos de vista genéricos. Pretende realizarse *in concreto*, porque la sola realidad concreta es el individuo, sobre aquella precisa manifestación de su personalidad, que tanto jurídica como científicamente debe conservar su carácter individual» (16).

¿Quién podría, con sana conciencia, oponerse al movimiento de individualización de la pena? Pero esto no nos puede hacer perder de vista que la individualización de la pena ha de encontrar su límite, queramos o no, en una determinada *clase* de delincuentes. Es deseable que esta *clase* sea lo más restringida posible, para que abarque el mayor número imaginable de características de la personalidad individual auténtica. Sin embargo, es sencillamente utópico pensar que la ejecución de la pena debe adaptarse a la personalidad que *in concreto* posee el individuo, como tal individuo histórico, porque ello equivaldría, sin más, a postular la necesidad de tantos regímenes penitenciarios como individuos condenados.

Por la misma razón que no hay preceptos ni sanciones que se adecúen exhaustivamente a la plenitud y radicalidad histórica de las vidas individuales de cada uno de los miembros de la comunidad, no hay tampoco en el plano jurídico-científico conceptos idiográficos

(16) ANCEL, M.: *Tendencias actuales de la individualización de la pena*. (Trad. A. Torio) (Valladolid, 1956), pág. 41.

El método jurídico de concepción no es, por tanto, el idiográfico, sino el generalizador. Con esto no se les atribuye, sin embargo, a los conceptos jurídicos idéntico carácter a los elaborados por los cultivadores de las ciencias de la naturaleza. Media en todo caso —como expone García Máynez— una importante diferencia: «Mientras los conceptos y principios generales elaborados por la ciencia natural no están referidos a valores (sino que, en todo caso, son ajenos a cualquier valoración), los que el jurista elabora tienen siempre carácter normativo, bien porque se trata de conceptos que fungen como elementos de ciertas normas, bien porque están constituidos por reglas normativas, lo que en ambas hipótesis presupone una referencia axiológica» (17).

Para expresar la naturaleza característica de los conceptos jurídicos, propone García Máynez la designación de *conceptos de clase*, ya que están referidos a ciertas clases, o a los objetos que forman parte de ellas. «Incluso las nociones jurídicas singulares —escribe— no tienen la finalidad de transmitir el conocimiento de lo que en los objetos hay de individual e irreductible, sino simplemente la de incluirlos dentro de un concepto, o la de presentarlos como *casos de aplicación* de un principio general, en la misma medida en que tienen en común una serie de notas con los demás de su especie, o en que realizan la hipótesis del precepto genérico que los rige.» En el concepto de *caso* —concluye García Máynez— está siempre implícita «la referencia de un hecho a un principio general, dentro del cual queda comprendido. Precisamente por ello se dice que aquél es una aplicación de éste» (18).

(17) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 59.

(18) GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del concepto*, cit., pág. 59.



ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho Penal.

Universidad de La Laguna



El «error iuris».

Perspectivas materiales y sistemáticas



I

La declaración del artículo 6, 1, del Código Civil: «el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen», equivale a proclamar que carecerá de eficacia *praeter legem* o en virtud de analogía. La materia se encuentra actualmente bajo el dominio del principio de legalidad, sin que sea posible su reconstrucción teórica, atendiendo sólo a las exigencias dimanantes del principio «no hay pena sin culpabilidad», es decir, libremente, o en el sentido de una vinculación relativa al derecho positivo, no impedida anteriormente por la regla *nullum crimen sine lege*, puesto que al incluir la conciencia de la antijuricidad entre los elementos del delito, se restringen los presupuestos de punición. La legalidad de los efectos del error crea ahora dificultades en el derecho positivo a las teorías limitadas del dolo y de la culpabilidad, pues sus declaraciones esenciales están en función del método analógico y de perspectivas político-criminales no reconocidas formalmente por él.

La nueva regulación del *error iuris* no es una ley de bases, ni presenta el fenómeno de la delegación legislativa, ni es tampoco una norma en blanco que deba ser

colmada posteriormente en cada ámbito jurídico particular. El artículo 6, 1, contiene, por el contrario, una regla vinculante, cuyo sentido primordial es distinguir entre inesencial ignorancia de la ley y error de prohibición relevante, aunque sin determinar los efectos de éste de forma general. Estos han de ser establecidos en cada sector jurídico específico *intra legem*, por vía interpretativa o dogmática, no bastando para ello acudir a principios jurídicos materiales que no hayan encontrado reflejo legal. La doctrina clásica ha encontrado en las referencias legales al dolo, base para incluir la conciencia de la antijuricidad entre los presupuestos de la pena, en concordancia con el postulado «no hay pena sin culpabilidad». Dicha dirección no se ha limitado, por tanto, a proyectar sobre el derecho positivo, sin examinar previamente su contenido, dicho postulado, sino que ha analizado las posibilidades existentes en él en favor de una exigencia ético cultural indeclinable.

En sentido semejante, habrá de procederse ante la nueva regulación. Para que el error despliegue su función, no son precisas normas generales ulteriores, aunque tampoco bastan postulados históricos, culturales, etcétera, ni preferencias político-criminales como las que se albergan en las llamadas teorías del dolo o de la culpabilidad. Lo que sí es imprescindible es una tarea interpretativa cumplida sobre el derecho vigente, a cuyo través se verifique la procedencia de una u otra concepción.

El sistema acogido por el artículo 6, 1, C. c., se caracteriza por rehuir una declaración general o axiomática, encaminada a propagarse en la totalidad del ordenamiento jurídico, sobre las consecuencias del error. Estas consecuencias están llamadas a producirse de forma relativa. En el Derecho civil no tienen por qué ser, por

ejemplo, iguales que en el Derecho penal, pues sus exigencias de seguridad jurídica pueden hacer preciso mantener los efectos del acto o negocio, incluso en hipótesis de error inevitable. En el derecho administrativo, por otra parte, los principios directivos tampoco tienen que ser necesariamente iguales que en el Derecho penal.

Esta relativización de los problemas que suscita el error de prohibición no constituye ninguna novedad. La dogmática alemana ofrece ejemplos de tal consideración diferenciada. ARTHUR KAUFMANN sostiene, por ejemplo, que en el Derecho penal criminal es procedente atenerse a la teoría de la culpabilidad, en tanto que en el Derecho penal administrativo, donde falta una firme conexión de los mandatos y prohibiciones con la conciencia ético-social, es aconsejable la adopción de la teoría estricta del dolo. No es difícil observar que de lo que se trata entonces es de una posición metodológica intermedia entre un punto de vista axiomático y otro tópico.

La distinción legislativa entre *ignorantia legis* y *error iuris* que practica la nueva disposición elimina las vacilaciones anteriores sobre su procedencia, a las que no han sido ajenos algunos autores ni la práctica de los Tribunales de Justicia. El viejo artículo 2 del Código Civil ha dado base siempre para tal confusión. Si bien es cierto que la regla *ignorantia legis non excussat* nunca ha regido históricamente con toda integridad —como enseña BINDING, en el Derecho canónico medieval y en la doctrina de la época del Derecho común encontró siempre mitigaciones el rigor de su funcionamiento—, en virtud del influjo del Código Civil francés se constituyó en uno de los principios capitales del proceso codificador. Su reconocimiento y virtualidad ilimitados están en relación directa con las representaciones ideológicas del estado formal de Derecho, de su orientación

a la seguridad jurídica y del desplazamiento a plano más secundario de la adecuación a fin y a la justicia material. La supremacía de la Ley, en cuanto expresión de la *volonté générale*, no puede depender de las representaciones defectuosas del ciudadano. La identificación entre Derecho y Ley conduce lógicamente a que el error sobre uno u otra no pueda ser objeto de diferenciación: *error iuris nocet, ignorantia legis non excussat, nemine licet ignorare ius*.

La reacción de finales del siglo XIX, de que da testimonio fundamental la obra de BINDING, contiene de forma latente, pese al positivismo del autor, las bases de un desenvolvimiento futuro en que dialécticamente cabe apreciar numerosos matices, pero cuyo signo común es trascender la visión formal de los conceptos penales. La lucha de la dogmática alemana en favor de la conciencia de la antijuricidad contra el *Reichsgericht* o la petición de que surta efectos el denominado «error de Derecho penal» indican ya que se ha producido un desplazamiento entre derecho y legalidad. El conocimiento de lo injusto y el de la ilegalidad son realidades diferentes, y éste no será reclamado por la doctrina. En dirección semejante se hallan los esfuerzos de LISTZ en favor de la antijuricidad material, y décadas después los planteamientos de la dirección teleológico-valorativa. El fondo genérico de ello es el propósito de superar la visión formal de los conceptos jurídicos, surgido de la ilustración, y la integración de la seguridad jurídica con perspectivas teleológicas (adecuación a fin) y axiológicas (justicia material).

Desde tales perspectivas, el curso histórico dogmático de los diversos elementos de la teoría del delito es de sobra conocido, por lo que puede prescindirse de su exposición. En lo concerniente al problema de la con-

ciencia de la antijuricidad, la célebre sentencia del *Bundesgerichtshof* de 18 de marzo de 1952, donde definitivamente se abandona la posición tradicional del *Reichsgericht*, es resultado de tendencias histórico-jurídicas anteriores, que se abren trabajosamente camino en un proceso dialéctico presente ya en las décadas finales del siglo XIX, apreciable en los grandes representantes de la dogmática que no serían bien entendidos situándolos unilateralmente en el dilema formalismo-finalismo, puesto que el progreso jurídico, más que cortes o escisiones radicales, presenta tendencias dominantes.

En la Filosofía y la Dogmática jurídica de la posguerra se confirma diáfananamente la distinción entre Derecho y Ley. El Derecho no se verifica agotadoramente en la Ley. El Derecho precede a la Ley. Es posible una distorsión entre Derecho y Ley en el sentido de un injusto legal. La lucha contra el positivismo jurídico conduce a un descrédito progresivo de la regla *nemine licet ignorare ius* en todos los países. En Francia, en Italia y en España se sugiere que la inexcusabilidad de la ignorancia de la Ley es compatible con la relevancia del error de prohibición, lo que sólo es posible si previamente, de modo más o menos consciente, se ha negado la plena identidad entre sus objetos respectivos.

La reforma del artículo 6, 1, C. c., no parece responder a tan elevadas preocupaciones. Es consecuencia de declaraciones existentes entre los privatistas, efectuadas con base en el propio Derecho positivo. La reforma parece recoger legislativamente apreciaciones de los autores, principalmente de DE CASTRO, reveladoras de que la declaración del precedente artículo 2 C. c. está sometido a excepciones, pues en preceptos específicos se otorga al *error iuris* significación. La opinión de los civilistas deja margen a la duda de si en verdad se está

distinguiendo entre ignorancia de la Ley y error de Derecho, o si, por el contrario, se trata de relacionarlos como regla general y excepción.

En la dogmática penal, la materia del error de prohibición ha sido estudiada previo un paso metodológico negativo. En primer término, se ha despejado el tema de que el artículo 2 C.c. no se refería anteriormente al mismo problema. El artículo 2 C.c., según ANTÓN ONECA, alude a la obligatoriedad de las leyes de modo general, lo que es compatible con los efectos jurídicos del error en algunos casos, como sucede en Derecho civil; en el penal, la excepción está impuesta por la exigencia del dolo o de la culpa para la existencia del delito y la contradicción evidente del error de Derecho con el dolo. Es fácil observar aquí la repercusión del punto de vista propio de la dogmática civil antes mencionado. Para JIMÉNEZ DE ASÚA «el Código Civil no rige en la materia penal», siendo inexacto que «tenga vigencia en todas las restantes ramas del Derecho». Este autor dice además que «el conocimiento o la ignorancia de la Ley es distinto del conocimiento o ignorancia de la antijuricidad o del deber de respetar la norma», con lo que no se trata sólo «de que el Código Civil no tiene vigencia en el Derecho penal», sino de que «aunque la tuviera en abstracto, no puede en concreto anular uno de los elementos intelectuales de la culpabilidad, el más decisivo para poder construir su concepción normativa de reproche». Según CÓRDOBA RODA, el anterior artículo 2 del Código Civil, si bien indicaba la inexcusabilidad de la ignorancia de la Ley, «no declara y, por ser un precepto no susceptible de interpretación extensiva no debe entenderse, que la ignorancia de lo antijurídico no tiene eficacia excusante, pues aunque el principio sea de aplicación general, su redacción manifiesta que «el

legislador no ha sabido prescindir de los conceptos propios del Derecho privado», siendo conceptos distintos los de ignorancia de la Ley e ignorancia de lo contrario a Derecho o de lo prohibido, ya que mientras el conocimiento de aquél tan sólo es poseído por un corto número de personas de la colectividad, la conciencia de lo contrario a Derecho es patrimonio de la sociedad. RODRÍGUEZ DEVESA advierte, por último, que condicionar la aplicación de la Ley a su conocimiento implicaría tanto como dejarla sin vigencia, pero esto es distinto de que quien cree erróneamente que está realizando un acto permitido por las leyes sea responsable de él a título de dolo, sin conceder error alguno al error en que se encontraba. La situación precedente se complica, a su juicio, con el nuevo artículo 6, 1, C.c., inclinándose a pensar que se están equiparando «error de derecho» e «ignorantia legis», lo que no afectaría, dice, a su posición.

En realidad, el problema se reduce a que *ignorantia legis* y *error iuris* recaen sobre objetos que no son, en principio, coincidentes. La opinión de que el título preliminar del Código Civil no afecta al Derecho penal desconoce que la posición de la norma en el sistema nada decide sobre su función ni sobre su naturaleza. La falta de proyección general de dicho título sobre el ordenamiento general está en contradicción con la opinión mayoritaria. Decidir estas cuestiones según el número de personas que posean conocimiento de lo injusto o de la Ley no proporciona ningún criterio decisivo para su tratamiento práctico. La identificación entre *error iuris* e *ignorantia legis* lleva a que, salvo declaración concreta legal, carezcan de eficacia: hace intercambiables las reglas *ignorantia legis no excussat* y *error iuris nocet* dentro del artículo 6, 1, del Código Civil.

Las numerosas declaraciones existentes a este respecto hacen más aconsejable proseguir la investigación en el sentido sugerido, es decir, en el de que la delimitación entre Derecho y Ley conduce a un planteamiento sencillo y coherente del problema y a una solución más precisa de él. La multitud de contribuciones de la teoría general y la filosofía del Derecho sobre las relaciones entre Derecho y Ley, aconseja un tratamiento indicativo, no exento, sin embargo, de significado material.

La delimitación entre *ignorantia legis* y *error iuris* reproduce la existente entre Ley y norma de Derecho. La norma es, según BINDING, un principio superior de Derecho público diverso de la Ley penal. Para MAX ERNST MAYER las normas de cultura preceden a la Ley penal, que las reconoce en los preceptos legales. La Ley es un *posterius* frente a la norma. Esta es una regla directiva de la conducta humana, cuya infracción amenaza la Ley con la imposición de una pena criminal. Frente a la norma, como precepto de Derecho público o principio cultural rector del comportamiento, la Ley penal proporciona los elementos específicos de punición. La Ley penal es, pues, una realidad estructuralmente compleja. Contiene la hipótesis de un acto humano (precepto primario), previniendo para el supuesto de que tenga lugar una consecuencia jurídica (precepto secundario). La Ley consta de dos elementos que, sin embargo, forman unidad: el *praeceptum* y la *sanctio legis*. Puede añadirse, en fin, que la Ley penal es un objeto específico del Derecho punitivo, mientras que la anti-juricidad es noción propia del ordenamiento jurídico general.

Es evidente, de acuerdo con esto, que el autor puede obrar conociendo la antijuricidad e ignorando qué Ley regula su comportamiento. En el ejemplo de HIPPEL del

usurero a quien antes le han sido anulados varios préstamos en vía civil no falta la conciencia de antijuricidad. Esto es compatible con el desconocimiento de que la nueva ocasión fundamenta la habitualidad que hace punible el préstamo usurario. Igual sucede si el autor sabe que no está permitido utilizar un vehículo de motor ajeno, pero piensa erróneamente que el *furtum usus*, es siempre impune. En ambas hipótesis se desconoce uno de los momentos esenciales de la Ley penal, careciéndose de información sobre la *sanctio legis* aplicable a la conducta. En el sentido del Código Civil, se trata de una auténtica ignorancia de la Ley, como unidad constituida por el precepto y la sanción, según enseña la teoría general del Derecho, inexcusable de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 6, 1: *ignorantia legis (poenalis) non excussat*.

Pero, simultáneamente, no falta en dichas hipótesis la conciencia de la antijuricidad, suficiente para que la responsabilidad esté fundamentada. La culpabilidad, como predicado final de la acción que la eleva a delito, depende sólo de que el sujeto pudiese elevar el imperativo jurídico —la prohibición de realizar préstamos usurarios o de quebrantar el estado posesorio preexistente— a motivo del comportamiento. En el desnivel entre automotivación personal y heteromotivación normativa radica el momento esencial de la culpabilidad. La pena criminal no está en función, como se ha pretendido históricamente en la literatura, principalmente por FEUERBACH y los epígonos de la teoría general preventiva de la coacción psicológica, de la conciencia de la punibilidad.

En sentido inverso, es posible también la ejecución de la acción con conocimiento de que está cubierta por el Derecho escrito y, sin embargo, no estar ausente la

conciencia de la antijuricidad. Evidentemente, es preciso para ello que antes se haya negado la coincidencia entre Derecho y Ley. La situación se presenta en hipótesis caracterizables como injusto legal (*legales Unrecht*), como la aludida por RUDOLPHI de la sentencia de 20 de enero de 1952 del *Bundesgerichtshof*, sobre el desplazamiento al Este de personas judías, parte de las cuales nunca regresó. En los fundamentos de la sentencia alude el Tribunal Federal a que la libertad del Estado para determinar en su ámbito lo que es justo e injusto no tiene carácter ilimitado, de forma que las medidas puestas en práctica por los acusados, en sí mismas contrarias a los pensamientos esenciales de la Justicia y de la Humanidad, son signo cierto para determinar que procedieron con conocimiento de la antijuricidad, frente a su alegación de haber dado cumplimiento a la legislación entonces vigente y de no haber sido conscientes de proceder contra el Derecho.

La ignorancia de la Ley y el error de prohibición sólo pueden ser plenamente coincidentes dentro de una imagen positivista del Derecho. La disposición del artículo 6, 1, abre a la investigación filosófico-jurídica perspectivas de consideración. En sentido dogmático indica que el desconocimiento de la Ley penal carece de eficacia, o lo que es igual que el conocimiento de la punibilidad no forma parte de los presupuestos de pena, mientras que el error de prohibición posee una función positiva dentro del ordenamiento, a condición de que se fundamente *intra legem* su viabilidad.

La referencia legislativa al «error de Derecho» priva finalmente de significado a representaciones valorativas diversas influyentes en la conducta del autor. Para la fundamentación de la culpabilidad, o su exclusión, es indiferente que hayan actuado como elementos motiva-

dores principios religiosos, éticos, etc. Convicciones apoyadas en estas instancias normativas únicamente pesan en la medición judicial de la pena, aunque deba de prevenirse sobre que, en situaciones especiales, estas representaciones pueden dar testimonio de la existencia de una Ley injusta.

II

El principio de legalidad de los efectos del error ha repercutido seriamente sobre la situación dogmática precedente a la reforma. En esta situación podían distinguirse dos niveles diferentes. En sentido metodológico, las concepciones existentes se distinguían según que derivasen del Derecho positivo la exigencia de la conciencia de la antijuricidad o que se atuvieran al procedimiento analógico. Materialmente, por el destino del error evitable de prohibición, pues que la pena del dolo en toda su extensión requiere la conciencia actual de la antijuricidad y que en el error inevitable hay que absolver, ha existido siempre coincidencia.

Los autores que décadas atrás se ocuparon de estos problemas, afirmaban que el dolo supone la conciencia de la antijuricidad, pero no solían pronunciarse formalmente sobre los efectos de error inexcusable o evitable de valoración. Esto ha podido motivar la suspicacia o el recelo de que el acto era entonces impune. Si además se tiene en cuenta que la sombra del artículo 2 C. c. nunca fue alejada del todo —por falta de fundamentación suficiente y precisa— del ámbito de estos problemas, no es extraño que la jurisprudencia durante largos años continuase proclamando que el llamado «error de Derecho penal» carecía de virtualidad.

En la doctrina más moderna ha predominado el criterio de que el error inexcusable engendra un delito culposo. En el sentido de la teoría estricta del dolo, dice RODRÍGUEZ DEvesa que la regla de que el error esencial vencible excluye el dolo, pero no la culpa, es aplicable lo mismo al error de tipo que al de prohibición.

CÓRDOBA RODA manifiesta que el Derecho Penal contiene una regulación peculiar, que no puede subsumirse ni en la teoría del dolo ni en la de la culpabilidad. En el artículo 565 tienen entrada tanto la imprudencia de hecho como la de derecho... Si el sujeto tiene conocimiento actual de la antijuricidad, al concurrir la malicia, compuesta de la intención referida al resultado y la voluntad contraria a la norma, se inculpará la conducta por el respectivo tipo de delito... Por el contrario, si el sujeto no se ha representado la ilicitud de la conducta habrá que distinguir dos supuestos, según que la situación de ignorancia se deba a la actitud imprudente del sujeto, en cuyo caso la conducta se regulará por el artículo 565, o que esta actitud espiritual defectuosa no se pueda atribuir a esta voluntad imprudente, hipótesis en que resultará excluida la voluntariedad reclamada en el artículo 1 C. p., con la consiguiente falta de culpabilidad. El error evitable de prohibición da lugar, por tanto, a una culpa de derecho, comprendida, al igual que la culpa de hecho, en el artículo 565 del Código Penal.

La teoría limitada del dolo tiene como representante a JIMÉNEZ DE ASÚA. Los casos de ceguera jurídica pertenecen al ámbito del dolo. En cuanto al error evitable de prohibición, en tanto que de *lege ferenda* no se establezca en el sistema la culpa de derecho, ha de ser sancionado como delito culposo, con preferencia a la atenuación especial de la pena del delito doloso, si la fi-

gura del delito es susceptible de ejecución por culpa, procediendo en caso contrario la impunidad.

En las posiciones expuestas hay, pues, coincidencia en que el error evitable de prohibición se declare incluido en el artículo 565 del Código Penal.

Un camino diverso sigue CEREZO MIR, quien ha patrocinado en la literatura penal española la teoría estricta de la culpabilidad. El dolo es elemento del tipo de lo injusto. No forma parte de él la conciencia de la antijuricidad. El error inevitable de prohibición despliega en el sistema penal iguales efectos que le atribuye en Alemania la teoría finalista. Excluye la culpabilidad al no poder el autor, mediante el exigible esfuerzo de conciencia, actualizar el carácter injusto de su obrar. En el error evitable, la pena del delito doloso ha de atenuarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 66, paralelamente a lo que los finalistas declaraban en Alemania en atención al anterior párrafo 51, pues la materia del error de prohibición es analógica con la de la imputabilidad. El autor que carece de capacidad para comprender lo injusto de su comportamiento, o el que tiene esta capacidad disminuida, proporcionan una base valorativa coincidente con la de quien, en la situación concreta, no pudo comprender de ningún modo que efectuaba algo prohibido o no llegó a actualizarlo por error evitable. Analógicamente, han de ser aplicados al error de prohibición las reglas sobre la inimputabilidad del artículo 8, 1.ª —enajenación completa—, o de la imputabilidad disminuida, como eximente incompleta del artículo 66 del Código Penal.

La dogmática anterior a la reforma del título preliminar hacía posible, por tanto, un tratamiento de *error iuris* que facilitaba la actuación matizada de la práctica y eliminaba el temor inveterado de que su recono-

cimiento diera lugar a excesivas absoluciones. La tesis de CEREZO MIR, además de poseer sólido fundamento metódico, determinaba que en delitos amenazados, por ejemplo, con la pena de reclusión menor —como formas desvaloradas al nivel del homicidio— o de prisión menor —como el aborto—, el Tribunal pudiera imponer, de mediar error evitable, en virtud del artículo 66, sanciones que respectivamente se extendían desde prisión menor a prisión mayor, o en su caso, de multa en toda la extensión a arresto mayor. La suspicacia de los Tribunales sobre que la admisión del *error iuris* frustrase las finalidades del Derecho Penal, haciéndole capitular frente al argumento de que el autor no pudo reconocer la injusticia de su obrar, carecía, según dicha tesis, de todo fundamento.

La reforma ha operado, como se ha dicho en pasajes anteriores, desde perspectivas jurídico privadas, sin conciencia de los problemas que engendra el *error iuris* en las distintas disciplinas jurídicas, acudiendo a argumentos banales, nunca profundos, reveladores del modo de legislar propio de la época. En tal sentido, puede decirse que el propósito de otorgar al *error iuris* un puesto independiente, pero sólo *intra legem*, de la ignorancia de la ley no dejará de engendrar en derecho penal —hay que suponer que también en otros sectores jurídicos— difíciles problemas interpretativos y de originar dificultades para el desenvolvimiento sucesivo del principio de culpabilidad.

III

El principio de legalidad de los efectos del error priva de viabilidad en el Código a la teoría estricta de la culpabilidad. El dolo no forma parte, según este crite-

rio, de la culpabilidad, sino del tipo de lo injusto. El dolo decide sobre la tipicidad del comportamiento y ésta no puede ser revocada por mediar un error de prohibición. La destrucción del embrión causada dolosamente, sin existir una causa de exclusión de la antijuricidad, proporciona los predicados tipicidad y antijuricidad de la conducta. El dolo es una realidad natural, no normativa, es decir, la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo —la destrucción del feto—, independiente de si se estimó la acción como prohibida o permitida. Y puesto que, al igual que en el ordenamiento alemán —antes de la reforma reciente— faltaban en el Código preceptos relativos al error de prohibición, la teoría estricta de la culpabilidad practicó su reconstrucción dogmática mediante recurso a la analogía no prohibida *in bonam partem*. CEREZO MIR afirma expresamente que en el Código Penal «falta toda la regulación del error de prohibición, siendo posible deducir analógicamente una regla de atenuación de la pena de lo dispuesto en el número 1 del artículo 9 y en el artículo 66 en relación con la eximente de enajenación», para lo que no habría obstáculo en el sistema, pese a lo dispuesto en el artículo 2 del Código Penal, en lo que se halla de acuerdo —la verdad es que sin fundamentación definitiva— la doctrina dominante.

La teoría estricta de la culpabilidad ha sido condenada inconscientemente por el nuevo artículo 6, 1, del Código Civil. Es paradójico que una reforma que posee sentido subjetivo ampliatorio de la eficacia del error, produzca el efecto de ocluir el despliegue variado de la investigación dogmática, desempeñando la función de aniquilar investigaciones dignas de consideración.

El problema es dogmáticamente más grave todavía. Olvidando la experiencia de que las teorías generales

del delito —relación de causalidad, causas de justificación, concepto normativo de la culpabilidad, inexigibilidad, etcétera— se han desplegado de forma relativamente libre frente al Derecho escrito, como hace años indicaba HIPPEL, la nueva norma sobre el error crea obstáculos difícilmente superables al «nuevo sistema» de la teoría del delito, cuya declaración fundamental es la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, incompatible con la admisión de una culpa de Derecho en hipótesis de error evitable de prohibición. Es ésta una fuente de perjuicios teóricos para la renovación de los estudios penales surgida de las aportaciones de los escritores alineados en el «nuevo sistema del Derecho Penal». De la misma forma, la nueva disposición sobre el error cierra el paso a la teoría limitada del dolo, pues la reconducción a éste del concepto de «ceguera jurídica» carece de base en el Código Penal.

IV

De no quererse sostener que la conciencia de la anti-juricidad ha sido eliminada por la reforma como presupuesto de la pena, lo expuesto obliga especialmente a investigar las posibilidades que el derecho escrito proporciona para determinar los efectos de esta clase de error. Descartadas las teorías de la culpabilidad y la limitada del dolo, pues en sus núcleos característicos se nutren de la analogía, el problema se centra, por exclusión, en la teoría estricta del dolo. En orden a esto, procede indicar que en el Código Penal no es posible admitir con CÓRDOBA RODA, que al encontrarse referido el artículo 565 a todas las conductas del Código Penal, la remisión del error evitable de prohibición, como verda-

dera culpa jurídica, al artículo 565, no engendra las lagunas que la utilización de la teoría estricta del dolo hace surgir en el sistema penal alemán. En el Código Penal falta todo fundamento para que el error evitable de tipo y el de prohibición puedan ser objeto de distinto tratamiento. La culpa de hecho (*Tatfahrlässigkeit*) y la de derecho (*Rechtsfahrlässigkeit*) tienen en el sistema igual radio de acción, de forma que ni ésta puede entenderse como cláusula general, sobre la sanción de la culpa jurídica, ni aquélla como correlativa cláusula general sobre la punición del error evitable de tipo. La posición doctrinal mencionada, previa la matización de que el artículo 565 se refiere homogéneamente al error evitable de tipo y de prohibición —no cabe, por tanto, que la sanción de éste se extienda a mayor número de delitos que la de aquél, ni a la inversa—, pone de manifiesto que coincide con la teoría estricta del dolo. La punición del evitable error de prohibición es procedente sólo, según esto, si de conformidad con un correcto proceso interpretativo, puede afirmarse que el Código Penal no incrimina sólo la realización dolosa, sino también la culpa de hecho (*rectius*, la culpa de tipo), y, por *consequente*, la culpa de derecho (*rectius*, la culpa de prohibición). En la doctrina dominante, la noción *malicia* contenida en el artículo 565, es identificada con el dolo, como voluntad valorada o antinormativa, comprensivo de la conciencia de la antijuricidad. Es éste el punto de apoyo evidente que *dentro* del derecho positivo, es decir, *intra legem*, permite asignar relevancia al error de prohibición. Para caracterizar diáfanoamente la situación del Código Penal, cabría evocar la terminología sugerida hace años por HIPPEL, y distinguir junto a un dolo de Derecho (*Rechtsvorsatz*), una culpa de Derecho (*Rechtsfahrlässigkeit*) e incluso un caso fortuito

de Derecho (*Rechtszufall*), según que el autor se representase, pudiera representarse o no pudiera obtener conciencia de la antijuricidad.

La situación a que lleva la reforma del Código Civil —procedencia de la teoría estricta del dolo como solución única que respeta el principio de legalidad de las consecuencias del error— cuenta desde BINDING con el beneplácito de amplios sectores de la doctrina. Al margen de las contraposiciones de las teorías del dolo y de la culpabilidad —prefiguradas por el álgebra del tipo—, BAUMANN, KAUFMANN y otros escritores ven en la teoría estricta del dolo un correctivo o contrapeso a la expansión incesante del Derecho Penal administrativo. El hecho de que esta concepción obligue a absolver si no está inculpada la ejecución culposa, no debe estimarse gravemente perjudicial, dada la hipertrofia del Derecho Penal de orden y su distanciamiento creciente de la ética social.

La transposición de estos argumentos al sistema penal español pecaría de precipitada. El problema del Derecho Penal administrativo se plantea en él de forma diversa que en Alemania, Italia, Bélgica o Suiza, donde la reducción del Derecho Penal ha tenido que ser practicada mediante leyes especiales (*deppenalizzazione*, *Entkriminalisierung*), en tanto que en España constituye el punto de partida en virtud de lo que dispone el artículo 26, 3.º, del Código. El estudio detallado de estas cuestiones no puede ser proseguido aquí. Tiene que ser relegado a un estudio independiente, cuya conclusión primordial es que, mientras en el Derecho Penal (criminal, o de justicia, y administrativo, o de orden) procede dogmáticamente la solución unitaria del problema del error de prohibición en el sentido de la teoría estricta del dolo, en el Derecho administrativo repre-

sivo hay que adoptar, por el contrario, una posición próxima a las teorías de culpabilidad.

En el Derecho administrativo (penal), por seguir utilizando la terminología propuesta por ANTÓN ONECA, la participación en las ventajas de un sector, exige que los interesados actualicen escrupulosamente los mandatos y prohibiciones correspondientes. En el Derecho administrativo de tráfico, por ejemplo, no tiene sentido declarar impune, en general, la realización de la materia de prohibición siempre que medie error evitable de valoración por parte del sujeto. Igual sucede respecto a las infracciones urbanísticas, disciplina de mercado, etcétera. Inexistente en el Derecho administrativo una cláusula como la del artículo 565 del Código, la teoría estricta del dolo olvidaría las necesidades prácticas existentes en el sector. En él un punto de vista que se aproxime a las teorías de la culpabilidad —el problema del error sobre los presupuestos reales de las causas de justificación no puede abordarse aquí— garantiza que el sujeto no será alcanzado por la sanción en hipótesis de error inevitable, y al mismo tiempo, que el error evitable da lugar solamente a la atenuación de responsabilidad.

El destino unitario del error de tipo y de prohibición en el propio Derecho Penal hace que resulten oscurecidas las distinciones, relevantes para las teorías de la culpabilidad, entre error directo, o sobre la norma general prohibitiva, e indirecto de prohibición. Dentro de éste la teoría estricta de la culpabilidad no sólo sitúa el que versa sobre la existencia o el alcance de las causas de justificación, sino el que recae sobre sus elementos reales constitutivos, estimado por la teoría limitada como error de tipo. La reforma del título preliminar, artículo 6, 1, C. c., obliga hoy a conceder, prescindiendo

de matices que guardan relación con la doctrina de los elementos negativos del tipo, que todas las hipótesis son subsumibles en el artículo 565 del Código Penal.

En sentido político criminal, la reforma se presta a graves objeciones. En tanto que las hipótesis graves de *error iuris* pueden incluirse en el artículo 565, párrafo primero (culpa grave de Derecho), las menos graves han de ser tratadas como falta, pues la imprudencia simple antirreglamentaria equivale a la culpa de hecho, ya que los reglamentos se infringen mediante acciones. Estos supuestos han de incluirse en los artículos 586, 3.º, y 600. Los tipos de estas disposiciones circunscriben ataques culposos a las personas —vida e integridad personal— y al patrimonio —daños—, siendo impune, en principio, la lesión imprudente de cualquier otro bien protegido en el libro III del Código. Esto conduce a que la culpa leve de Derecho sea normalmente impune, salvo en los tipos de las faltas mencionados. En general, según esto, la punibilidad del error de prohibición depende de dos requisitos. En primer término, de que mediante interpretación se establezca que el delito es susceptible de ejecución culposa, y, además de esto, de que el error sea gravemente reprochable. Ante esta consecuencia cabría esgrimir argumentos contrapuestos, que sólo pueden indicarse aquí. La reducción de las reacciones jurídico penales tiene en su favor que la pena privativa de libertad no debe depender, en lo posible, de una mínima reprochabilidad personal de la acción. Mas contra dicha solución habla el pensamiento de que con ello queda debilitada la esperanza de una actitud jurídica más escrupulosa y atenta a las exigencias que plantea la vida comunitaria.

En lo relativo a la necesidad de que el delito permita la comisión culposa para que la culpa de derecho

pueda inculparse, no puede pasar desapercibida su tensión con la culpa de hecho. En tanto que es preciso reducir los delitos que admiten tal forma de ejecución —la jurisprudencia ha llegado a sancionar una apropiación indebida por imprudencia—, la culpa jurídica reclama una propagación no dependiente del tipo delictivo, es decir, un módulo general de responsabilidad informado por el principio de culpabilidad. En relación con esto, la reforma del Código Civil no deja de prestarse a repercusiones peligrosas en el Derecho Penal. La regulación unitaria del error de tipo y de prohibición en el artículo 565 da lugar a una tensión característica. La imprudencia de hecho, de conformidad con la tradición histórica, ha de ser inculpada en un grupo limitado de delitos; la de Derecho suscita el problema del destino general del error evitable de prohibición en el ordenamiento. La primera ha de ser objeto de utilización restrictiva, mientras que la segunda, conforme a su naturaleza, propende a una propagación general. Tales tensiones pueden contribuir en mayor medida a deteriorar en la práctica el problema de la culpa, en el que cualquier observador puede verificar que el 565 ha dejado de ser un tipo de garantía, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*, para convertirse en una cláusula general cuyos presupuestos adolecen de alto grado de indeterminación, y en el que la decisión sobre la presencia de la temeridad o de la simple imprudencia antirreglamentaria constituye con frecuencia, más que un problema valorativo, una cuestión de azar.

Desde el plano sistemático, que la conciencia de la antijuricidad y el error de prohibición respondan a la teoría estricta del dolo proporciona un argumento más en favor del sistema clásico del Derecho Penal. Es digna de recordarse la célebre afirmación de SCHRÖDER de que la teoría del error debe de reproducir como en un espejo la relación entre las doctrinas del tipo y de la antijuricidad. La distinción entre error de tipo y de prohibición es, lógicamente, paralela a la que se practique entre estos elementos del delito.

Sobre dicha relación sólo cabe recordar lo imprescindible aquí. Si se prescinde de puntos de vista menos difundidos, la dogmática presenta dos concepciones fundamentales. El tipo y la antijuricidad constituyen para numerosos escritores una realidad unitaria. El tipo, es un tipo general de lo injusto (*Gesamtstatbestand*). El delito, más que acción típica y antijurídica, es acción típicamente antijurídica. La distinción entre tipo y antijuricidad —se dice— no corresponde a diferencias de fondo, sino que posee solamente carácter técnico. Es indiferente, en realidad, que el sujeto no haya realizado el contenido del tipo a que lo haya cumplido, concurriendo una causa de justificación.

Para la concepción opuesta, patrocinada en la literatura moderna por los autores finalistas, tipo y antijuricidad son elementos no coincidentes. El tipo delimita valorativamente los objetos relevantes para el Derecho Penal. La realización del tipo no es axiológicamente neutra, sino que engendra un juicio desvalorativo autónomo, que pervive aunque concurra una causa de justificación. Jurídicamente, no es idéntico no matar que matar mediando una causa de justificación. La ejecución

del tipo comporta un desvalor específico: tipicidad y antijuricidad son predicados negativos diversos de la acción. El tipo proporciona la imagen (*Leitbildstatbestand*) de la antijuricidad, pero no es la antijuricidad misma.

Las repercusiones de ambos criterios tienen lugar en la esfera del error. La indistinción entre tipicidad y antijuricidad impide, obviamente, asignar efectos divergentes al error sobre cada una de ellas. En realidad, un error sobre el «tipo general de lo injusto» recae sobre materia unitaria, produciendo, lógicamente, consecuencias unitarias. El error evitable, sea de tipo o de prohibición, conduce a regular la acción por las disposiciones de los delitos culposos. La teoría del tipo se refleja directamente en la doctrina del error.

La situación es lógicamente paralela en el seno del finalismo. La separación entre tipo y antijuricidad permite ulteriormente un tratamiento autónomo del error de tipo y de prohibición. El error evitable de tipo da lugar a responsabilidad por imprudencia. El de prohibición no puede influir retroactivamente, por el contrario, sobre la previamente definida tipicidad de la acción. Esta se decide preclusiva e inderogablemente en su propio ámbito mediante sus elementos constituyentes —desvalor del resultado como menoscabo del bien jurídico; desvalor de acción como voluntad típica en los delitos dolosos—, sin que el contenido de culpabilidad pueda cumplir *ex post* ninguna función derogatoria. La declaración «delito doloso» no resulta alterada por existir un error de prohibición inevitable: el *dolo típico* es incompatible con la *culpa jurídica*. La teoría del *error* está también así mediatizada por la doctrina de lo injusto.

La declaración de SCHRÖDER es reversible. No sólo

la teoría del error ha de reproducir como en un espejo la doctrina del tipo, sino que ésta no puede ser elaborada dogmáticamente prescindiendo del destino del error. Entre ambas existe una articulación conceptual recíproca. En principio no cabría renunciar a la coherencia entre los elementos del sistema (aunque esto no supone que tenga que emprenderse a todo trance la salvación del sistema, tanto del viejo como del nuevo sistema, como pretendía hace algunos años la dogmática), de forma que si entre las concepciones del tipo y del error se aprecian discordancias, ha de entenderse esto como síntoma de que la solución adoptada precisa una revisión o, al menos, una justificación especial.

En la doctrina española, la concepción finalista ha sido desenvuelta por CEREZO MIR, antes de la reforma del Código Civil, con absoluta coherencia. El dolo del hecho se estimaba, por motivos dogmáticos, elemento integrante del tipo; el error evitable de tipo daba lugar a responsabilidad por culpa. El de prohibición se enjuiciaba como delito doloso atenuado, con arreglo al artículo 66. Pero esta tesis está ahora en contradicción con el artículo 6, 1, del Código Civil, que proscribe el recurso a la analogía.

La reforma lleva más lejos aún. Puesto que obliga a adoptar la teoría estricta del dolo, origina dificultades adicionales a la recepción del sistema finalista. No es posible afirmar, simultáneamente, que el dolo es el elemento subjetivo más característico del tipo y que el error evitable ha de subsumirse en el artículo 565 como culpa de Derecho. El precio de esa doble declaración no podría ser más alto: la admisión de una culpa jurídica implica que el dolo comporta la conciencia de la antijuricidad —con lo que todo finalismo se volatiliza—; por otro lado, como ROXIN ha puesto ocasional-

mente de manifiesto, la inclusión del dolo en el tipo hace preceptivo pronunciarse en favor de las teorías de la culpabilidad.

VI

La situación expuesta aporta un argumento considerable en favor del sistema penal neoclásico, susceptible de perfeccionamiento mediante las numerosas aportaciones de la teoría finalista. En sentido técnico, el tipo ha de ser concebido, sin embargo, de forma primordialmente causal. Ni el dolo es en el Código Penal elemento suyo permanente o indispensable, ni el error de prohibición puede dejar de subsumirse en el artículo 565.

La investigación de la situación surgida de la reforma del Código Civil ha de ser proseguida para verificar la función del error de prohibición en los delitos imprudentes, en los que el conocimiento potencial del injusto es elemento imprescindible. Constituiría una grave perversión valorativa que la aceptada producción del resultado llevase consigo la absolución si el sujeto no pudo representarse lo prohibido de su obrar, y que con idéntica incomprensión normativa fuera alcanzado por la pena criminal si el resultado sobrevino por imprudencia. El error de prohibición debe desplegar su eficacia en toda clase de delitos.

Esto demuestra que la conciencia de la antijuricidad no es un problema exclusivo de los delitos dolosos, sino la cuestión esencial de la culpabilidad jurídico penal, con significado mayor del que, en principio, sugieren las denominadas «teorías del dolo». En relación con ello, no cabe desconocer que, como advertía ARMIN KAUFMANN, en el delito culposos se encuentra, sencillamente, el dominio del error de prohibición.



Conclusiones

Las conclusiones de las «III Jornadas de los Catedráticos y Profesores Agregados de Derecho Penal», celebradas en Santiago de Compostela los días 28 a 30 de mayo, constan de los siguientes puntos:

1.^a Es necesario replantear, en nuestro país, los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, dada la excesiva extensión de la potestad sancionadora de la Administración.

2.^a En las infracciones administrativas muy graves y graves deben aplicarse los principios de culpabilidad, de legalidad, de irretroactividad (salvo en las leyes favorables), *ne bis in idem*, y se debe prever la posibilidad de interponer un recurso suspensivo ante los órganos de la jurisdicción criminal.

3.^a Se impone reducir el ámbito de prohibición de las normas penales a aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro valores fundamentales necesarios para una convivencia libre y pacífica. Deben desincriminarse, en consecuencia, aquellos hechos que no perjudican esa convivencia.

4.^a El Derecho Penal español debe introducir el sistema de *días-multa*.

5.^a La normativa concreta de algunas sanciones pecuniarias administrativas está en oposición con lo establecido en las Leyes Fundamentales.

6.^a Las multas administrativas, en supuestos de impa-

go, nunca deben dar lugar a responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad.

7.^a Deben abolirse las penas privativas de libertad de duración inferior a un año (salvo en casos muy especiales a determinar). Asimismo, debe establecerse legislativamente que ninguna pena privativa de libertad tendrá una duración superior a veinte años.

8.^a Manifestar el profundo desagrado por no haber sido tenidas en cuenta las conclusiones adoptadas en las II Jornadas celebradas en la Universidad de Barcelona, en mayo de 1974, en las cuales se acordó lo siguiente:

«1. Propugnamos el absoluto respeto del «principio de legalidad» no sólo en su aspecto sustantivo, sino también en el procesal y penitenciario. La redacción de figuras delictivas sin precisar exactamente las conductas que se pretende castigar, los márgenes excesivamente amplios en la determinación de la pena y admisión de medidas de seguridad predelictivas conculcan los indeclinables postulados de la certeza y la seguridad jurídicas.

2. Al principio de culpabilidad ha de concedérsele vigencia absoluta como informador de nuestra legislación penal.

3. Entendemos que debe desaparecer la pluralidad de jurisdicciones penales no sólo en razón del peligro que representa respecto al diverso enjuiciamiento y sanción de hechos iguales, sino también porque puede favorecer la mediatización de la función judicial.

Estimamos, asimismo, que la Administración no debe imponer penas privativas de libertad, tal como sucede actualmente en la Ley de Contrabando, Ley de Orden Público y otras similares.

4. Propugnamos que nuestro ordenamiento jurídico-penal respete de manera absoluta los principios humanitarios y de justicia que son hoy patrimonio común de

los pueblos de nuestra cultura. Estos principios han de informar todas las fases en las que se desarrolla la justicia penal, desde la detención del presunto delincuente hasta el cumplimiento de la pena.

De forma particular, se propone la abolición de la pena de muerte.

5. El Derecho Penal no debe ser utilizado como un mero instrumento de poder; ha de estar siempre, por el contrario, al servicio de los valores comunitarios e individuales. Se guardará en todo caso la debida proporción entre la sanción penal y la gravedad del hecho como exigencia indeclinable de la justicia y de la dignidad de la persona humana.

6. Una vez más llamamos la atención sobre la necesidad de acometer la reforma a fondo que necesita nuestro ordenamiento penal, de acuerdo con los postulados mínimos enunciados.

Una reforma de este carácter no puede llevarse a cabo sin recabar la colaboración de las Facultades de Derecho —y, asimismo, de los demás estamentos interesados en la administración de la justicia penal—, como es uso en los países de nuestro mundo cultural.»



