

Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Profesor Ayudante de Derecho Penal (Sevilla)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. I.A. *Aportación documental*.—I.B. *El Informe objeto del presente estudio*.—I.B.a. Relación entre el Informe anónimo y el emitido por la Universidad de Sevilla.—I.B.b. Relación entre el Informe anónimo y el Código de 1822.—II. ANÁLISIS DEL INFORME.—II.A. *La teoría del delito*.—II.A.a. La definición de delito. Análisis de sus elementos.—II.A.a.1. Delito doloso.—II.A.a.2. Delito culposo.—II.A.b. Autoría y participación.—II.A.c. Los actos preparatorios punibles.—II.B. *La teoría de los fines de la pena*.

I. INTRODUCCION

El movimiento liberal que se impone en Europa con el desarrollo de las "Ideas ilustradas" implica fundamentalmente una nueva actitud del hombre en sociedad afectando, por ello, sensiblemente a la Economía, la Política y el Derecho (1), concretamente al Derecho penal (2). El nacimiento de la "Filosofía penal liberal", en pugna con el sistema del Antiguo Régimen (3), va a determinar un giro coper-

(1) VACHET, André, *La ideología liberal*, tomo I, Madrid 1973, págs. 21 ss., y tomo II, Madrid 1973, págs. 93 ss.

(2) ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en REP 1964, pág. 415; SÁINZ CANTERO, J. A., *El Informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al CP de 1822* en ANUARIO 1967, pág. 511; ALONSO Y ALONSO, J. M., *De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822*, en REP 1946, pág. 4; NÚÑEZ BARBERO, R., *La Reforma penal de 1870*, Salamanca 1969, pág. 10; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, Parte General I, Introducción, Madrid 1976, pág. 107; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Parte General, Madrid 1949, pág. 19 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, Madrid 1976, pág. 831 ss.

(3) Nacimiento que viene marcado por el libro de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, publicado por primera vez en 1764. Entre las más recientes ediciones en lengua castellana se encuentra la versión realizada en 1969, que lleva una introducción de F. TOMÁS Y VALIENTE, Madrid 1969. Sobre el Derecho penal del Antiguo Régimen, ver el libro de TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid 1969. De las influencias operadas sobre BECCARIA, especialmente de MONTESQUIEU, ver págs. 99 ss. De la escasa literatura sobre la historia de nuestro Derecho penal destacan los

nicano en el fundamento y función del Derecho a penar, caracterizándose, además, por una clara vocación legisladora que, poco a poco, va a imponerse. El triunfo de las "Ideas ilustradas" sobre las del Antiguo Régimen, va a presentar en nuestro país una trayectoria peculiar y dificultosa (4), con adelantos y retrocesos, determinados siempre por los vaivenes de la política. De ello dan cuenta los numerosos intentos codificadores de finales del siglo XVIII y principios del XIX (5), cristalizando de manera evidente en los precedentes y en el Proyecto del Código penal de 1822 (6).

Las "Ideas ilustradas" van a hacerse realidad en nuestro país con el restablecimiento, en 1820, de la Constitución liberal de 1812 (Trienio liberal), satisfaciendo deseos gestados desde mucho tiempo atrás. Ello explica la rapidez y el entusiasmo con que responden las Cortes legisladoras y la Sociedad española a la iniciativa codificadora. Del entusiasmo de nuestros legisladores da cuenta la inmediatez con que se cumplimenta el mandato de la Constitución relativo a los Códigos (7). Del entusiasmo de la Sociedad, la unanimidad con que responden las diversas instituciones (Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados y Ateneos) convocadas a dar Informes y Pareceres

trabajos de ORLANDIS, J., *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en AHDE 1945, págs. 112 ss.; del mismo, *Las consecuencias de delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en AHDE 1947, págs. 61 ss.; LÓPEZ-AMO MARÍN, A., *El Derecho penal español en la Baja Edad Media*, en AHDE 1956, págs. 337 ss.

(4) Sobre la transición del Estado Absoluto al Estado liberal, en el Despotismo Ilustrado, ver ELORZA, A., *La ideología liberal en la Ilustración española*, Madrid 1970, págs. 18-41.

(5) Véase DEL ROSAL, *Un supuesto Código penal del siglo XVII*, en RGLJ 1943, págs. 614 ss.; ANTÓN ONECA, *El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en REP 1966, págs. 597 ss.; CASABÓ RUIZ, J. R., *Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en ANUARIO 1969, págs. 313 ss.; CEREZO, *Curso I*, págs. 105 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, Madrid 1976, págs. 83-85; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, tomo I, Madrid 1975, págs. 147 ss.; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español*, Parte General, vol. I, Madrid 1969, págs. 195-196; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires 1950, pág. 570; SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho penal de v. LISZT*, tomo I, 3.ª edic., Madrid sin fecha, págs. 466-467; PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, tomo I, segunda edición, Madrid 1856, págs. XLIV ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Parte General, Madrid 1949, págs. 58-59.

(6) Sobre los precedentes inmediatos del Código de 1822: ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación...*, págs. 3 ss.; ANTÓN ONECA, *Historia del Código penal de 1822*, en ANUARIO 1965, págs. 264-267; SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 511; ANTÓN ONECA, *El Derecho penal de la Ilustración...*, págs. 600 ss.; SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, tomo II, Madrid 1918, págs. 243 ss.; CEREZO, *Curso I*, págs. 107 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte General*, págs. 86 ss.; CUELLO, tomo I, I, pág. 150; DEL ROSAL, *Tratado*, Parte General, vol. I, pág. 196; JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado I*, págs. 572-573; SALDAÑA, *Adiciones*, págs. 473-474; PACHECO, *El Código penal I*, págs. LIII ss.; ANTÓN ONECA, *Parte General*, 1949, pág. 60.

(7) ANTÓN ONECA, *Historia...*, pág. 267; SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 517.

sobre el Proyecto elaborado por la Comisión nombrada al efecto (8).

Entre las Instituciones convocadas por tal iniciativa no podía faltar la Universidad de Sevilla. Sobre las peripecias que sufrió la elaboración del Informe redactado y presentado por nuestra Universidad pasamos a ocuparnos en el epígrafe siguiente.

I.A. APORTACIÓN DOCUMENTAL

Para buscar el Dictamen elaborado por la Universidad de Sevilla acerca del Proyecto de Código penal de 1822, hemos acudido al Archivo Histórico Universitario. Allí hemos podido encontrar una serie de anotaciones que hacen referencia al que después pareció ser el Informe elaborado por la Universidad Hispalense, y al que se alude en varias ocasiones con motivo de la discusión parlamentaria sobre la redacción definitiva del Código:

1. Libro 947. Contiene actas de los Claustros Generales y Particulares celebrados por la Universidad durante los años 1801 a 1822.

En los folios 535 y 536 se encuentra la referencia al Claustro General de la Universidad de 30 de junio de 1821, celebrado al objeto de oír una Real Orden sobre el Código penal. En dicho Claustro se leyó la Real Orden, a la que acompañaba un ejemplar del Proyecto del Código penal, con el fin de que la Universidad se ocupara de su examen y pudiera proponer a las Cortes en su día las "observaciones que le sugiera su ilustración y celo por la perfección de una obra de tanto interés para la Nación...". Para ello la Real Orden fija un término extraordinariamente corto, el 15 de agosto. Si se relaciona dicha fecha con la de celebración del Claustro, 30 de junio, puede observarse que el plazo de dos meses y medio es excesivamente corto para una tarea de tan gran envergadura. Como veremos, la escasez de tiempo va a ser sentida por la Comisión nombrada en la Universidad. Además, ocasionó problemas en la Discusión de las Cortes, pues, muchos de los Informes no llegaron a realizarse, y otros no fueron presentados en el plazo fijado, por cuya razón no se les tuvo en cuenta (9).

En el mismo Claustro, se acordó nombrar una Comisión que realizase el examen y procediese a elaborar las Observaciones sobre el Proyecto de Código. La elección cayó sobre los doctores: don Francisco de PAULA CEREZO, don Diego José MÁRQUEZ, don Manuel de SILES, don Diego FERNÁNDEZ MUÑOZ, don Gabriel RODRÍGUEZ, don Diego de VERA SIMÓN, don Manuel del MÁRMOL y don Fernando

(8) ANTÓN ONECA, *Historia...*, pág. 268; SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 518.

(9) Téngase en cuenta que, por ejemplo, el de Granada se aprobó el día siguiente al cierre del plazo dado por las Cortes, SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 509. El de Sevilla, por su parte, no pudo llegar tampoco antes del 16 de agosto, como se deduce de la anotación recogida en los folios 539 y 541 del libro 947.

GONZÁLEZ BAÑOS ARENZANA, para que “en nombre y representación” del Claustro General, pudiesen elegir a quienes se encargasen de realizar las Observaciones al Proyecto, en cumplimiento de lo ordenado por las Cortes. Finalmente, se establece que, una vez concluidos los trabajos, se presentarían al Claustro General, para proceder a su aprobación.

2. Libro 947. El folio 537 lleva el encabezamiento siguiente: Junta de los señores Compromisarios nombrados por el Claustro próximo antecedente, al efecto que en el mismo se expresa.” La Junta a que dicha Acta hace referencia se reunió en la Universidad el 2 de julio de 1821, y en ella se procedió a nombrar a los cinco “Señores” que habían de hacer las Observaciones sobre el Proyecto de Código penal. Los elegidos fueron: don Manuel María del MÁRMOL, don Manuel ASMÉ, don Diego FERNÁNDEZ MUÑOZ, don Diego SUÁREZ DÍAZ y don Bartolomé GARCÍA ROMERO. Para el caso de que alguno de ellos se viese imposibilitado de asistir, se nombró a don Gabriel RODRÍGUEZ de VERA, como suplente. En dicha reunión, se acordó, asimismo, que las sesiones que al efecto se celebraran, fueran convocadas y presididas por el Rector.

3. Libro 947. Los folios 539 y 541 a 544, contienen el acta del “Claustro General de 16 de agosto de 1821, en el que se oyó una Real Orden, un Oficio de un Sr. Dr. y el Informe de la Universidad sobre el Código penal”. Recuérdese el término fijado por la Real Orden de 30 de junio de 1821, el 15 de agosto. En el folio 541, puede leerse cómo el Secretario dice que presentó al Claustro un Oficio firmado por los doctores que componían la Comisión nombrada para hacer las Observaciones sobre el Proyecto de Código penal, manifestando que no habían perdido tiempo alguno para terminarlo, pese a la urgencia con que habían sido convocados.

4. El Oficio a que hace referencia el acta del Claustro General de 16 de agosto se encuentra en el libro 1.020, que contiene la “Correspondencia General de 1670 a 1823”; pero, aunque afirma: “adjunto hallará V. S. I., el pliego de Observaciones sobre el Proyecto de Código penal presentado a las Cortes...”, dicho pliego no aparece. Más adelante se dice que fue enviado al Jefe Político.

5. Pero volvamos al Libro 947. Después de varias consideraciones sobre el antedicho Claustro General, recogidas en los folios 543 y 544, termina este último con el siguiente párrafo:

“Al propio tiempo se acordó uniformemente dar, y de hecho se dieron en el acto, a los señores que se hallaban presentes y habían formado la indicada Comisión, las gracias que se merecían por el ímprobo trabajo que en tan pocos días habían invertido por honor de esta Corporación en las Observaciones tan prolijas, como profundas y acertadas, que se acababan de leer sobre el citado proyecto del Código penal remitido a este fin a la Universidad. Y que éstas se tuviesen por su Informe en la materia, y remitiesen con Oficio al señor Jefe Político Superior para que por su mano se dirigiesen al

Gobierno; quedando copia a la letra de las mismas en esta Secretaría, donde solamente y para que no padeciesen extravío, se pudiesen poner de manifiesto a cualquier individuo del Claustro u otras personas que quisiesen tomar conocimiento de ellas.”

6. El libro 951 contiene actas de “Juntas de Gobierno 1818-1824”. Los folios 92 a 94 se refieren a la Junta de Gobierno de 27 de agosto de 1821. En el folio 94, puede leerse lo siguiente:

“Luego manifestó el propio señor MÁRMOL que era preciso agasajar a la persona que ha escrito el Informe sobre el Proyecto de Código penal, que se ha remitido por la Universidad al Gobierno y por el borrador y copia en limpio *que ha de parar* (10) el mismo en esta Secretaría como está acordado; y en su inteligencia resolvió uniformemente que, por mí, el Secretario, se entregase a dicha persona por sus trabajos la cantidad de 320 reales, dejando el competente recibo de ella, y que esto se verifique, luego que ponga la mencionada copia en Secretaría.”

7. Sin embargo, el Informe solicitado no aparece en ninguno de los libros y legajos donde verosíblemente habría de hallarse. Así tenemos que no se encuentra en el Libro 1.032, que es el “Copiador de Comunicaciones de 1818 a 1843”, en el que se conservan numerosos Informes, Oficios, Exposiciones y otros Documentos suscritos por la Universidad de Sevilla en ese período de tiempo. Dicho Libro lleva en su portada interna el título: “Libro en que se copian las Representaciones, Informes, Oficios, Cartas y Contestaciones que se practican por la Real Universidad Literaria de Sevilla, que dio principio en 11 de febrero de 1818.” Examinado minuciosamente, no aparece en él el Informe redactado por la Universidad sobre el Proyecto de Código penal.

Asimismo, tampoco aparece en el Libro 174, que contiene las “Ordenanzas literarias expedidas durante el tiempo del Gobierno Constitucional desde 1820 a 1823”. Ni en el Libro 1.020, que recoge la “Correspondencia General desde 1670 a 1823”. Finalmente, en el Libro 1.074 está el Oficio original que se cita en el Claustro de 30 de junio (11), Oficio a que acompañaba el Proyecto de Código, para que la Universidad informase. Pero no el Informe elaborado por ella.

8. De lo visto hasta aquí puede concluirse que el Informe elaborado por la Universidad de Sevilla sobre el Proyecto de Código penal, no se encuentra en el Archivo Universitario Hispalense. Y es de suponer que jamás estuvo. Después de leer las frases que figuran en el Acta del Claustro de 16 de agosto de 1821 (12), relacionadas con la copia del Informe (“quedando copia a la letra en esta

(10) El subrayado es nuestro.

(11) Ver *supra*, I.1,

(12) Ver *supra*, I.3.

Secretaría, donde solamente y para que no pudiese padecer extravío, se pudiesen poner de manifiesto a cualquier individuo del Claustro u otras personas que quisiesen tomar conocimiento de ella”), parece que la palabra *quedando* no quiere decir que ya estuviesen las copias, sino sólo que se acuerda enviar las Observaciones o Informe al Jefe Político, y que se dejaría una copia en Secretaría.

En cuanto a lo dicho en la Junta de Gobierno de 27 de agosto (Libro 951, folio 94 (13): “Que era preciso agasajar a la persona que ha escrito el Informe sobre el Proyecto de Código penal que se ha remitido por la Universidad al Gobierno y por el borrador y copia en limpio que ha de parar del mismo Informe en esta Secretaría como está acordado”, parece que la expresión *que ha de parar*, es de futuro, y que, por lo tanto, en el momento de escribir el Acta, aún no *paraba* (no se encontraba) en Secretaría. Pudiera ser que estuviese hecho, pero no entregada, puesto que se condiciona el pago de 320 reales y la firma del “competente recibo” al depósito de la mencionada copia en Secretaría. Dicha entrega parece que no llegó a realizarse, dada su ausencia del libro copiador de Informes, número 1.032 (14). El libro está foliado de principio a fin, y no le falta ninguna página.

La conclusión antecedente, hace que no podamos tener un conocimiento directo del Informe emitido por la Universidad de Sevilla, Informe que indudablemente existió. Yo me inclino a pensar que la ausencia del documento del Archivo Universitario obedece a alguna irregularidad administrativa, motivada seguramente por la premura de tiempo con que el Gobierno urgió a las Instituciones convocadas para emitir Objeciones sobre el Proyecto de Código que se trataba de elaborar. Lo que sí es cierto, es que dicho Informe fue tenido en cuenta en la Discusión parlamentaria, y que seguramente el mismo Jefe Político lo envió a las Cortes o al Gobierno, olvidando dejar copia en el Libro correspondiente del Archivo Universitario. Los testimonios de que el Informe obró en las Cortes son múltiples. Alusiones al mismo se hacen en diversos momentos de la Discusión parlamentaria. Tanto al principio cuando CALATRAVA hace una exposición del contenido de cada uno de los Informes enviados por las Instituciones que respondieron al llamamiento hecho por la Comisión (15), como posteriormente, dada la costumbre seguida por dicho comisionado de hacer referencia a cada uno de los informantes que se pronunciaron sobre el artículo cuya discusión se iniciaba (16).

(13) Ver *supra*, I.6.

(14) Ver *supra*, I.7.

(15) SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 510.

(16) “La Universidad de Sevilla dice que el Proyecto en su totalidad contiene mucha filosofía; que se ha procurado reunir en él las doctrinas escogidas de los criminalistas más célebres, y que se han tenido presentes los mejores modelos, sin seguir particularmente a ninguno; pero nota que no haya una introducción o plan razonado del Proyecto y quisiera que se hubiera seguido el de Benthan, que llama infalible, clasificando los delitos por una escala rigurosa; y no que se les ha dejado, dice, envueltos y como hacinados en algunos capítulos; que se han omitido algunas clases y no se denominan

I.B. EL INFORME OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

I.B.a. Relación entre el Informe anónimo y el emitido por la Universidad de Sevilla.

De la precaria comparación, dada la falta de más datos, entre las referencias hechas en las Cortes alusivas al Informe de la Universidad de Sevilla y el Informe anónimo que obra en nuestras manos, cabe deducir que no estamos ante el mismo dictamen. pues si es cierto que en algunos puntos sostienen las mismas opiniones, en otros las diferencias son importantes. Del Informe de la Universidad de Sevilla sólo resta decir, que, según parece, tenía grandes aciertos y siempre que se le cita se hace con gran respeto y consideración.

El Informe anónimo que poseo, cuyo hallazgo corresponde al Profesor NAVARRETE, que generosamente me lo ha cedido para su estudio, va firmado con las iniciales D. F. J. R. y bajo el título de "Reparos sobre los capítulos primeros y sobre el estilo del Proyecto de Código penal" está publicado en Sevilla por la "Imprenta Mayor de la Ciudad", con fecha de 1821.

Consta, pues, de dos partes. Una primera que analiza el contenido sustancial de los más importantes artículos de la Parte General del Proyecto de Código penal, llegando hasta el artículo 95; y una segunda en la que se critica el estilo de la obra. Sería interesante un estudio del estilo del Código penal de 1822, cuestión que tanto preocupó a sus autores, pero que no podemos realizar en este trabajo.

También sería de interés una indagación de tipo policial acerca del nombre o nombres a que corresponden las iniciales que firman los "Reparos", aunque con independencia del valor que tenga saber quién fuera el autor material de los mismos, lo entendemos como expresión de las concepciones penales de la Sociedad española de la época (17), en un momento tan trascendente como éste en que se inicia una reforma legislativa de gran envergadura. Si bien es cierto que el conocimiento que el autor manifiesta de las corrientes más modernas procedentes del extranjero, representa el pensamiento de una clase elitista, culta, de formación ilustrada (18); haciendo suponer que se trata de un profesional del Derecho.

otras con más propiedad; y que entre las máximas de Filangeri y Bexon se han salpicado locuciones como las de Matheu y Antonio Gómez. Propone que se separen los delitos semipúblicos y contra sí mismo de los privados y de los públicos; y nota que entre los privados no se hace memoria de los delitos contra la condición. Cree que el que atente contra la existencia, debe sufrir precisamente una pena corporal; el que ataca el honor una pena de opinión; y el que ataca la propiedad una pena pecuniaria; añadiendo que se notan frecuentes descuidos en cuanto a la claridad y concisión y varios defectos de estilo; que no se hace la debida distinción entre los funcionarios públicos que ganan sueldo y los que no lo tienen y que faltan penas sobre armas prohibidas" (Diario de Sesiones de las Cortes, año 1821-1822, tomo II, pág. 922).

(17) SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 510.

(18) Sobre esta cuestión sociológica, SALILLAS, *Evolución Penitenciaria*, II, págs. 278 ss.

En cuanto a la posibilidad de que las Cortes hubiesen tenido conocimiento de nuestro Informe anónimo, sólo se puede decir, que en un momento de la Discusión parlamentaria se hace referencia a la opinión recogida en un libelo de circulación extraoficial. La opinión a que se alude coincide con la mantenida en ese punto por el Informe anónimo. Lo que importa es que en esa ocasión se trataba de una cuestión de escaso relieve, de un defecto de estilo, siendo así que hay extremos en que aquél hace consideraciones de gran valor, sobre asuntos que fueron muy debatidos, y, sin embargo, no se alude al mismo. Ello obliga a pensar que no obró en las Cortes, o que cuando algún Diputado sostuvo alguna opinión de importancia extraída del mismo, omitió toda referencia a aquél, manifestándola como propia (19).

I.B.b. *Relación entre el Informe anónimo y el Código de 1822*

Hemos procurado hacer el estudio de los problemas analizados por el Informe anónimo en íntima conexión con las vicisitudes del Debate en las Cortes. De esta manera pueden constatarse los paralelismos y las divergencias entre los planteamientos del legislador y la opinión del Informe. El sistema seguido es el de exponer y analizar las opiniones contrapuestas sobre cada uno de los artículos del Proyecto, estando representados ambos extremos de la Discusión por los miembros de la Comisión y los Diputados impugnadores, respectivamente. A continuación se expone la opinión del Informe. Ello permite ver por un lado las razones que llevaron a la redacción del Proyecto (opinión de la Comisión) y explicar las reformas introducidas (opinión de los impugnadores) en la redacción definitiva del Código; y por otro lado, la ecuanimidad de criterio del Informe anónimo. Criterio que pese a estar influido y seguir en muchas ocasiones las doctrinas extranjeras, fundamentalmente las de BECCARIA, BENTHAM y del Código penal francés, revela una gran dosis de personalidad, siendo guiado en uno y otro caso por los dictados del sentido común.

Se ha especulado mucho sobre las influencias que en el Código penal de 1822 tuvieron tanto las Ideas ilustradas foráneas, como las

(19) "En cuanto al primer reparo del Sr. Zapata, la comisión, que no se ha propuesto disputar sobre palabras, convendría desde luego en variar las que quiere S. S. sí, conociendo el motivo de la objeción, no creyese que debía darse por entendida sobre él. Esta idea no es del Sr. Zapata, sino que debe haberle hecho impresión lo que acerca de esto se dice en cierto papel, cuyo autor, conocido de S. S., censura el uso de algunas palabras de que se trata, empeñándose, no sé por qué, en hacer una alusión que no debe expresarse en este lugar. La comisión se considera dispensada de contestar a semejantes argumentos; pero no puede menos de decir, para satisfacer al Sr. Zapata, que cualquiera que sea la acepción que por un capricho quiera dar ese escritor a las palabras, las que se usan en el artículo son muy castellanas y muy propias, y no hay motivo para que hagamos caso de lo que no lo merece" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1466).

legislaciones que le precedieron, sobre todo el Código penal francés (20); pero a mi manera de ver, y creo que está justificada, obra en nuestras manos, hay que concluir que la característica fundamental en la gestación del Código de 1822 es el buen sentido de sus autores, que les lleva a aceptar las ideas foráneas cuando se estiman adecuadas a los problemas planteados, y a rechazarlas en caso contrario. Por eso se puede hablar de *influencias*, pero sin llegar a afirmar que éstas hayan sido *determinantes* de nuestro proceso legislativo (21).

En el Código de 1822 inciden dos tendencias, representadas respectivamente por las Ideas penales de nuestro Derecho histórico (Partidas, Novísima Recopilación) y por la Filosofía de la época (Ilustración) (22). Esta pugna puede apreciarse en los mismos comisionados, pues como el propio CALATRAVA confiesa, pese a que tanto él como los restantes miembros de la Comisión son partidarios de las nuevas Ideas, sin embargo, manifiesta que su posición en la redacción del Proyecto les obligaba a mantener una actitud de equilibrio entre dichas Ideas y las concepciones tradicionalistas que la Sociedad española seguía manteniendo (23). Si en general podemos decir, que las nuevas Ideas introducen un sentido humanitario en el tratamiento del delincuente, frente a la dureza característica del sistema penal del Antiguo Régimen (24), los autores del Proyecto se van a ver obligados, a veces, a defender la causa de la severidad en la incriminación de los delitos (25). El conflicto entre las dos tendencias a que se ha aludido cristaliza en torno al principio de la prevención general. Aquí puede verse cómo la Comisión, en su afán de evitar el delito, va extender la responsabilidad a supuestos, cuya gravedad no se corresponde con la dureza de las penas que se le imponen, infringiendo claramente las exigencias del principio de proporciona-

(20) ANTÓN ONECA, *Historia...*, págs. 270-271.

(21) "Exageraba Salillas, no obstante su benevolencia para los redactores, al decir que aquellas obras legales eran la única base de su conocimiento. Más bien se advierte el esfuerzo por combinarlas con el espíritu del siglo, tantas veces invocado por los diputados." ANTÓN ONECA, *Historia...*, pág. 270. En el mismo sentido, SÁINZ CANTERO: "Es obligado sacar en conclusión, por tanto, que las ideas reformistas, revolucionarias y utilitarias, se habían abierto paso ya cuando se discute nuestro primer Código penal, que en ese año, y algún tiempo atrás, la mentalidad española sobre determinados temas penales era distinta a la imperante en los comienzos del siglo." SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 517.

(22) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires 1950, págs. 572-573.

(23) Esta indecisión es nota común a nuestros legisladores de esta época. Lo mismo, el no decidirse terminantemente por las nuevas Ideas, ocurre con LARDIZÁBAL (ARTOLA, *La Ideología Liberal...*, págs. 93 ss.).

(24) La contraposición entre las injusticias y los abusos del Antiguo Régimen en materia penal y las ideas que BECCARIA quiere imponer, se encuentra recogida en la Introducción de TOMÁS Y VALIENTE al libro de aquél. *De los delitos...*, págs. 23-28.

(25) DSC, II, pág. 1414-1415.

lidad entre delito y pena. De esta cuestión hablaremos más detenidamente en el apartado II.B.

II. ANALISIS DEL INFORME

II.A. LA TEORÍA DEL DELITO

II.A.a. *La definición de delito. Análisis de sus elementos*

El Debate en el seno de las Cortes sobre la redacción definitiva del artículo primero va a girar en torno a la elección de una de las definiciones de delito: la proporcionada por la Tradición de nuestras Partidas o la recogida en el reciente Código penal francés. No obstante, conviene advertir desde el principio que cuando ambos cuerpos legales determinan que una acción es merecedora de un castigo, piensan en una acción que ha de reunir determinadas características, entre las que destaca la de "voluntariedad", como muestra de superación de una primera fase de responsabilidad objetiva o por el resultado, y en la que se confunden responsabilidad penal y civil (26).

La disparidad de criterio en las Cortes va a referirse, en primer lugar, a la oportunidad de que el Código contenga una definición abstracta (*metafísica*) de delito, según el principio de Legislación de que la misión de la Ley no es definir conductas, sino regularlas. En este punto no vamos a detenernos, sólo vamos a transcribir la opinión del Informe anónimo, que sigue el sistema francés, cuyo Código no contiene una definición de delito.

"Este método de dar principio por definiciones generales, que aun en las ciencias está ya desacreditado, es muy ajeno de un Código legal, lo primero: por que nada debe contenerse en él, que no sea la expresión de la voluntad, y que no penda por lo tanto de la voluntad del legislador. Cuando éste manda, nadie puede oponérsele, por más que pueda examinar el fundamento de sus mandatos; pero cuando se pone a discutir, y convierte en un aula de enseñanza el sagrario inaccesible de la ley, pierde su poder e inviolabilidad, y cualquiera puede disputar con él y contrariar sus decisiones. Quien mostrare que las palabras *delito* y *culpa* están explicadas en un sentido erróneo, atendido el uso general de ellas, destruiría los dos artículos primeros, sin que pudiera con toda su autoridad sostenerlas el legislador. Lo segundo: por que esas definiciones, formadas de ideas abstractas o generales, saben a escuela, frecuentísima causa de errores en su aplicación individual, y

(26) En la Monarquía Absoluta está ya prácticamente superada la confusión entre responsabilidad penal y civil: "Los casos de responsabilidad por el resultado o por otros actos no humanos y los de responsabilidad colectiva son poco frecuentes." TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pág. 295.

nada enseñan en la práctica... Pero más inútiles serán en un Código, que no sólo debe ser leído y entendido por los jueces, sino por todo el pueblo, que necesita de explicaciones más fáciles y perceptibles.”

II.A.a.1. Delito doloso

Mayor importancia tiene la discusión en torno a las características que, según la definición propuesta por la Comisión, han de acompañar a la acción para que sea delictiva. Por lo que se refiere al carácter de *voluntariedad*, y como decíamos al principio del comentario, nadie va a oponerse a su inclusión. Cuestión distinta es la del alcance de su significado. La misma aceptación va a tener la nota: *con violación de la ley*. Los puntos más polémicos, en cambio, van a ser los dos restantes: *a sabiendas* y *con mala intención* (27).

CALATRAVA, al introducir a la Asamblea en la discusión del tema, hace una síntesis sobre la necesidad de las cuatro características que han de acompañar a la acción delictiva. Para la Comisión, es necesario distinguir entre *voluntariedad* y *a sabiendas*, ya que una acción puede ser voluntaria y, sin embargo, no ser merecedora de un castigo. La Comisión posee un concepto amplio de la voluntariedad a la que identifica con el actuar “libre y espontáneamente”, incluyendo el “obrar por error de entendimiento, por descuido o imprudencia... lo cual, no es incompatible con lo voluntario y libre de la acción”, “en un niño que tiene ya algún uso de razón hay actos voluntarios”. Sin embargo, para que haya algún responsable, es necesario, no sólo que obre con *voluntariedad*, sino que, además, aquélla ha de ir acompañada de otras características, cuales son las de *mala intención* y *a sabiendas*.

El *a sabiendas* es un añadido a la *voluntariedad* que implica el saber referido al hecho concreto que se realiza (28). “Porque puede cometerla una persona que, aunque obre voluntariamente, no sepa en el acto lo que se hace, o no conoce el fin o las circunstancias de la acción” (conocimiento necesario al dolo). Se trata de un querer realizar el acto más específico que la simple *voluntariedad* del requisito primero.

Finalmente, *con mala intención*, en el sentido de violación de la

(27) “*Voluntario y con violación de ley*. En esto nunca ha habido duda ni disputa. Esta debe recaer sobre las palabras *a sabiendas* y *con mala intención*”, Sr. TRAYER, DSC, II, pág. 965.

(28) “Cuatro circunstancias principales son las que cree la Comisión que constituyen delito... Tercera: a la acción u omisión voluntaria y contraria a la ley debe acompañar otra circunstancia, que en concepto de la Comisión no es menos esencial para construir el delito, a saber: que la acción u omisión sea sometida con conocimiento o a sabiendas ... de que se comete u omite aquel acto, esto es, que aquel acto contrario a la ley sea cometido u omitido por quien sepa lo que se hace, por quien obra con conocimiento de que obra” (CALATRAVA, DSC, II, pág. 963).

ley o perjuicio de terceros (conocimiento de la antijuricidad (29). La diferencia con las otras dos características está, según CALATRAVA, en que mientras el *a sabiendas* parece estar referido a la pura materialidad del acto (conocimiento de las circunstancias específicas del acto) la *mala intención* parece trascender dicho límite y abarcar el fin (violar la ley) o las consecuencias (hacer daño a alguien). En mi opinión, el conocimiento implícito en la *mala intención* se identifica con el conocimiento inherente al juicio de antijuricidad, siendo fórmulas rudimentarias de lo que después se daría en llamar “valoración paralela en la esfera de lo profano”, con lo que se expresa el conocimiento del Derecho exigible al infractor de la norma penal (30).

Para los autores del Proyecto de la inclusión del término *a sabiendas* cumple una finalidad muy específica, precisar el elemento *voluntario*; pues, siendo éste tan amplio como para abarcar en su seno la acción de un inimputable, excluyendo, solamente, los supuestos en que ni siquiera puede hablarse de acción, la inclusión de tal característica es la de permitir excluir las conductas delictivas de los inimputables (31).

(29) “La cuarta y última circunstancia, y a caso la más esencial de todas, es que se obre con mala intención. Llámese a esto voluntad de violar la ley, llámese dolo, fraude, voluntad de hacer daño...” (CALATRAVA, DSC, II, página 963). La definición de delito doloso en el Proyecto era la siguiente: “Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención y con violación de la ley.”

(30) CASABÓ es de nuestra misma opinión: “Para algunos autores malicia es equivalente a dañosa intención considerada desde el punto de vista ético; malicia es dolo malo. / Si bien nos inclinamos a admitir que cabe encontrar datos en apoyo de tal interpretación, bien desde el punto de vista histórico o, incluso aún, en las discusiones del Código, creemos, sin embargo, que el elemento valorativo viene referido al conocimiento de la antijuricidad” (CASABÓ RUIZ, *El Código penal de 1822*, Tesis doctoral mecanografiada, sin fecha, pág. 280). No estoy de acuerdo con CEREZO en afirmar que en el Código de 1822, en el término *mala intención*, no se albergaba la conciencia de antijuricidad: “El Código utiliza para designar el dolo el término malicia como sinónimo de mala intención, en lo que se advierte la influencia del concepto romano del dolo (“*dolus malus*”), que había hallado eco en las Partidas. El concepto de dolo en el Derecho romano comprendía la conciencia de la antijuricidad y, según BINDIG, la presencia de móviles viles. Esta concepción ética del dolo se encuentra ya, sin duda, en el Derecho canónico y en los prácticos del siglo XVI al XVIII. Al declararse en el artículo 10 del Código penal de 1822 la irrelevancia del error de Derecho, la malicia, la mala intención no comprendía la conciencia de la antijuricidad de la conducta, sino que implicaba únicamente la presencia de móviles viles” (CEREZO, *Curso I*, páginas 109-110). Quizá tenga razón CEREZO en su caracterización del dolo malo, pero en el sentido causalista de la inclusión del dolo en la culpabilidad, y sin que, por supuesto, tenga que ver con la inexistencia del requisito de conocimiento de la antijuricidad, exigencia no desconocida por los autores del Proyecto. Más acorde con esta interpretación histórica es el criterio de CÓRDOBA: “Distinta a la ‘intención’ y ‘propósito’ es la ‘malicia’. La misma está integrada no sólo por la voluntad dirigida al hecho típico, sino, además, por la representación de la antijuricidad del mismo. Tan sólo cuando el sujeto haya querido realizar el tipo objetivo a sabiendas de su contrariedad a Derecho, cabrá hablar de ‘malicia’” (CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Barcelona 1972, pág. 18).

(31) DSC, II, pág. 969.

Como decíamos antes, la polémica va a surgir sobre los términos *a sabiendas* y *con mala intención*, si bien es cierto, que en muchas ocasiones las diferencias de criterio no van a ser sino aparentes, debido a la falta de acuerdo sobre el significado atribuido a los términos, llamando a lo mismo de distinta manera. La impugnación más fuerte que se hizo al término *a sabiendas* estribaba en que el mismo parece referido al conocimiento de que se viola la Ley, pugnando con el artículo 10 del Proyecto, según el cual, la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento. Y por lo que se refiere al *con mala intención*, en que parece amparar, excluir, aquellas conductas en que se obra guiado por móviles de naturaleza política o religiosa (delinquentes por convicción).

Así tenemos que CORTÉS rechaza el término *con mala intención*, pues éste está incluido en la *voluntariedad*, ya que la voluntad ha de ser *mala* en el sentido de dirigida a un fin ilícito, pues es una potencia activa que siempre pretende alcanzar algo, en este caso la realización del delito. La *mala intención*, pues, aparece absorbida en la *voluntariedad*. Por lo que se refiere al término *a sabiendas*, niega su inclusión, ya que lo entiende referido al conocimiento específico de la ley que se viola, lo que choca con el artículo 10 del mismo Proyecto, según el cual, la ignorancia de la Ley no exime de la pena. Como puede observarse, este Diputado sostiene un entendimiento de los términos distinto al de la Comisión. Su oposición, sin embargo, determinó la supresión del término *a sabiendas* de la definición propuesta.

En la misma línea se encuentra CALDERÓN, para quien la voluntad es una potencia guiada por el entendimiento; y para que esa voluntad sea malintencionada es necesario saber que se va a hacer daño. Al no saber el menor que va a causar un daño con su comportamiento, por falta de entendimiento, aquél no puede ser responsable, pues la responsabilidad requiere una voluntad *racional* de la que carece. Por la misma razón el error *de opinión* ha de determinar la imposición de una pena menos grave (32). Al igual que ocurría con la opinión de CORTÉS, el Diputado CALDERÓN sostiene un concepto de *voluntariedad* distinto, más específico, que el de la Comisión, abarcando en su seno características que, por la simpleza de la utilizada por aquélla, necesitaba de otros términos que la precisaran. En el mismo sentido se expresa ROMERO ALPUENTE, que interviene después de que la Comisión haya suprimido el *a sabiendas*, para decir que la definición sigue siendo incorrecta, pues, al entender que no

(32) "Aún yo veo más, y es que ninguna de las dos es necesaria: para que la definición sea más exacta con menos palabras, bastaría poner *acción u omisión voluntaria de una cosa prohibida o mandada por la ley penal*, porque la voluntad no se decide sin que obre en ella el entendimiento... Puede haber, y efectivamente hay, acciones voluntarias que dimanen del error de opinión...; verdad es que a proporción de que el error sea mayor o menor, y más o menos vencible, deberá imponerse mayor o menor pena...", DSC, II, pág. 971.

puede haber voluntariedad sin conocimiento la *mala intención* sobra (33).

CALATRAVA, como portavoz de la Comisión responde a las opiniones que anteceden en el mismo sentido que ya lo hizo otras veces, es decir, desistiendo de toda referencia al término *a sabiendas* que ya ha sido suprimido de la definición, volviendo a afirmar que una acción *voluntaria* no tiene por qué ser *maliciosa*, y añade que ese es el único criterio para distinguir el delito de la culpa (34).

Resta, finalmente, un grupo de opiniones que van a plantear la no apreciación de la *intencionalidad*. Se trata del problema de la culpabilidad, o sea, la idoneidad del sujeto sobre quien ha de recaer el juicio de reproche propio de aquélla. En las Cortes sostuvo este criterio el Diputado TRAVER. Para él, la intención de los hombres sólo cabe apreciarla en los actos exteriores, pues considera un grave atentado contra la libertad indagar las intenciones. Basa su impugnación en dos problemas que la apreciación de la intencionalidad conlleva: la posibilidad de burlar la Ley en aquellos delitos especialmente graves en que se podría invocar la ausencia de intención si el delincuente actúa pensando que hace un bien a la sociedad (se refiere al delincuente político y al fanático de la Religión); y la dificultad, en virtud de la presunción legal de la intencionalidad, de la prueba de su ausencia por parte del reo (35).

En la misma línea se manifiesta el autor del Informe que analizamos. Para él las acciones punibles suponen “siempre el conocimiento de la ley y la voluntad libre de quebrarla”. “La intención de quien la comete es buscar siempre un placer”. “No hay nadie que quebrante la ley por el simple hecho de quebrantarla y, aunque ello fuese así, los hombres no pueden apreciar ese tipo de perversiones. No es eso lo que motiva el castigo, sino las obras, pues, en éstas hay, generalmente, sobrados estímulos de conocida utilidad para motivarlas, sin apelar a esos misterios de perversión”. El autor se pregunta por la relevancia jurídica de esas intenciones, y la niega, ya que afectan

(33) “La definición con la adición viene a quedar como estaba antes, pues aun cuando se quita el *a sabiendas*, quedan el *voluntariamente* y con *mala intención* y subsiste el vicio radical, que está en unir el *voluntariamente* con la *mala intención*: porque el voluntariamente significa cuanto se necesita, pues no puede haber voluntad sin conocimiento, que es lo que se llama intención”, DSC, II, pág. 994.

(34) “Creo que no habrá uno que no lo conozca así, porque no basta la infracción sola de la ley: es menester que la acción sea además cometida voluntaria y maliciosamente, pues lo malicioso no entra siempre en lo voluntario. De otro modo, no podremos distinguir la culpa del delito, el error del fraude, la inadvertencia del dolo”. DSC, II, pág. 995.

(35) “La intención de los hombres no se juzga más que por los actos exteriores, que son sólo los que se sujetan al juicio del magistrado, y de lo que aquí se trata...; ¿la intención cómo y por dónde se probaría? Porque este es un acto puramente de entendimiento interno, que no se puede descubrir, porque no está sujeto a la investigación de los testigos, ni puede sujetarse a prueba porque esta prueba es intelectual, y no puede sujetarse al juicio material de prueba de testigos que no saben lo que en mi interior pasaba”, DSC, II, págs. 965-966.

al hombre en su interior, pues, "la legislación va dirigida a moderar las obras, se limita al exterior del hombre". Sin embargo, ¿quiere ello decir que no excluyen de responsabilidad al inimputable? Nada de eso. Veamos cómo argumenta. Como él mismo había dicho, no hay otra medida de las transgresiones que el daño a la sociedad". Ahora bien, ¿cómo se produce ese *daño*? Nos responde con un ejemplo: "Uno en estado de demencia ejecuta un asesinato otro en su juicio cabal causa alguna herida o lesión. ¿Quién de ellos, se dirá, debe ser calificado y penado más gravemente? ¿A cuenta de qué es mayor el mal producido por el primero, descargará todo el rigor de la ley sobre quien no supo lo que hizo? Nada menos; no es cierto que sea mayor el daño causado a *la sociedad* por el demente, es más grave, sin duda, el efecto inmediato de su acción sobre el individuo; pero es infinitamente menor que en el segundo caso, es ninguno o casi ninguno el mal que de aquella acción se deriva a la comunidad... De la impunidad del segundo resultaría un peligro común a todos; porque, quitado el freno de la ley todos quedan abandonados a la fuerza, y pueden ser libremente apaleados o acuchillados; resultará además, un sobresalto general, porque todos temerán igual maltratamiento... Ninguna de estas consecuencias se sigue de la impunidad del demente. Con el ejemplo de ella ninguno se moverá a imitarle; ni los cuerdos, porque no la gozarían; ni los locos, porque, siendo incapaces de hacer comparaciones exactas, no se deciden a obrar por ejemplos (36).

Por lo que se refiere a la objeción del delincuente *por convicción*, CALATRAVA, en nombre de la Comisión, va a hacer hincapié en señalar cómo su *buen intención* no está pugnada con la *intención* exigida en la comisión del delito. El delincuente *político* obra con la intención requerida, pues es sabedor de que su conducta quebranta

(36) Es muy interesante de señalar cómo el autor del Informe anónimo se plantea en este caso el problema de la culpabilidad, basándose en principios de Política criminal, al igual que ocurre en la más reciente doctrina, representada por ROXIN: "Con respecto a la imputabilidad y al error de prohibición invencible ya ha expuesto GIMBERNAT en este tomo que la exclusión de la responsabilidad se puede explicar exactamente igual por la falta de necesidad de *prevención jurídico penal* que desde el punto de vista de falta de culpabilidad. La no motivabilidad por la norma y la exclusión de necesidades de prevención general hacen que resulte adecuada la renuncia a sanciones jurídico penales con total independencia de si se atribuye o no al hombre por principio la capacidad de actuar de otro modo. A este respecto, el hecho socio-psicológico de la experiencia humana de la culpabilidad penetra directamente dentro de los componentes preventivo-generales de la responsabilidad. Si los hombres dicen del sujeto inimputable *El no puede hacer nada al respecto*, por eso mismo desaparece ya todo efecto ejemplar potencial del hecho. La imposibilidad de una individualización extrema y el hecho de que sea inevitable una cierta generalización normativa y orientada por las exigencias del orden jurídico hacen que incluso resulte más adecuado un modelo de explicación de tipo preventivo. En este sentido la polémica en torno al libre albedrío es en cualquier caso irrelevante." ROXIN, *Culpabilidad y responsabilidad*, como categorías sistemáticas jurídico-penales, en *Problemas básicos del Derecho penal* (Traducción de LUZÓN PEÑA, D.), Madrid 1976, pág. 214.

la Ley. El fin implícito en sus actos es violar la Ley. Por eso se le castiga. El *motivo* sí puede ser bienintencionado, en cuyo caso se podrá echar mano de una circunstancia atenuatoria de la penalidad.

Ciertamente que en esta fase de la evolución de nuestro Derecho penal no estaban decantadas aún categorías tan fundamentales de nuestra disciplina como las de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Pero lo que es indudable, y cabe deducir de la exposición realizada, es que los planteamientos de quienes tomaron parte en la elaboración de la que después sería definición de delito del primer Código penal español, eran bastantes acertados, afectando a puntos fundamentales de la teoría del delito, como lo muestra la naturaleza de los problemas que defensores e impugnadores plantearon (37).

II.A.a.2. Delito culposo

El sistema instaurado en el Código del 22, a diferencia del francés, se va a caracterizar por una clasificación bímembre de las infracciones criminales. La diferencia, además, no se va a hacer depender de la gravedad de la pena (consecuencia jurídica), sino del grado de intención con que se realice la conducta delictiva (premisa). Un mismo comportamiento exterior puede ser un delito o una imprudencia, dependiendo de que concurren o no todos los requisitos exigidos por la definición de delito. Sistema erróneo, ya que la caracterización de la culpa va a depender de la del delito, perdiendo su fisonomía propia, olvidando que al delito culposo no se le puede conocer señalando sólo las características diferenciales respecto del delito doloso, sino que requiere un análisis de su propia estructura.

A la hora de determinar el concepto de culpa, la Ley exige que al autor de la misma le falte la *mala intención*, que la Comisión identifica con el *dolo*; conducta que, por otra parte, ha de estar castigada por la Ley penal. Es un error de la Comisión identificar *mala intención* y *dolo* (38). Al discutir la definición de delito, la *oposición* se:

(37) Es de lamentar que no se haya procedido a un análisis del contenido del Código de 1822, pese al interés que ofrece el hecho de que se conserven todos los materiales de la discusión parlamentaria. CASABÓ es, en este sentido, la única excepción. Nuestro trabajo pretende ser una modesta aportación a ello. Al final de la discusión, la definición de delito doloso quedó así: "Comete delito doloso el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omitió lo que la ley prohíbe o anda bajo alguna pena" (art. 1.º CP).

(38) La ausencia del requisito *a sabiendas* en la definición del delito "doloso" llevó quizá a descargar la función de concreción del dolo en la *malicia*, modificando el significado original de este término, que era el de aludir al conocimiento de la antijuricidad, o contrariedad a Derecho. De ahí pasó al Código penal de 1848, explicando la interpretación posterior por la doctrina del término *malicia*. CEREZO, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en REP 1964, págs. 451 ss. La definición de la Imprudencia en el Proyecto era: "Es culpa todo acto que con violación de la ley, aunque sin mala intención, se comete u omite por alguna causa que el autor puede y debe evitar, o con conocimiento de exponerse a violar la ley" (art. 2.º del Proyecto).

percató de ello, provocando una interpretación distinta y mucho más idónea, pues identificaba *mala intención* y conocimiento de la anti-juricidad, percepción que no ocurrió en la *culpa* ya que los Diputados no opusieron resistencia a la proposición de la Comisión, admitiendo un concepto de culpa bastante imperfecto.

La ausencia de toda referencia a los elementos *a sabiendas* y *voluntariamente*, hay que interpretarla en relación con la caracterización de la culpa de la siguiente manera: “*por alguna causa que puede y debe evitar*. En estas últimas palabras hay que notar una alusión rudimentaria a la *infracción de la norma de cuidado*, elemento fundamental actualmente en la atribución de un resultado producido *imprudentemente* por su autor. Lamentablemente, no se cuestionó este punto que tan interesante pudo ser, para ver como se confrontaron los redactores de nuestro primer Código con elemento tan esencial de la dogmática de la imprudencia.

Por lo que se refiere al *voluntariamente*, se sobreentiende que la acción culpable ha de ser *voluntaria*, es decir, no compeliada externamente. Libre, en una palabra. También tiene “fácil explicación la omisión de la característica *a sabiendas* de la definición de delito, ya que implicando la misma un conocer más preciso de las circunstancias que acompañan a la acción productora del resultado (conocimiento necesario al dolo), y peculiar a la definición del delito doloso, ha de faltar en la culpa, caracterizada en este sentido por la producción de un resultado sin la intención de ocasionarlo, es decir, desconociendo que la acción era idónea para la producción del mismo.

En las Cortes, VADILLO, respondiendo a reproches, entre los que se encuentra el Informe anónimo, sobre la existencia en el Proyecto de un concepto de *crimen culposae*, expone el parecer de la Comisión sobre la imprudencia, caracterizándola de una manera bastante correcta: “...no hay artículo en que para la imposición de penas no se proceda con la distinción de lo que es delito y lo que es culpa; y hay una diferencia tan sustancial en dictamen de la Comisión, que no puede haber delito sin intención de cometer el acto que lo constituye, y la culpa puede ser toda violación de la ley a que falte la intención dañada” (39).

Con posterioridad, CALATRAVA (40) justifica el empleo de una bipartición, distinta a la tripartición francesa, en la Tradición de nuestro

(39) VADILLO, DSC, II, pág. 999. La ausencia en el Código de 1822 de un precepto como el que actualmente regula la imprudencia (art. 565) impide alegar el argumento de CEREZO contrario a la idea de inducir el conocimiento de la anti-juricidad en el término *con malicia* (CEREZO, La conciencia..., páginas 456 ss.). En definitiva, puede decirse que el Proyecto de Código de 1822 pretendía establecer una definición de delito que incluyera de manera expresa todos los elementos necesarios para que una conducta fuese castigada, sin necesidad de buscarlos en argumentos o exigencias ajenos a la estricta letra del artículo primero del Código. Al malograrse esa pretensión se inauguró una tradición en nuestro legislador de no recoger y regular problemáticas tan importantes como el error. La definición del delito culposo quedó así en el Código: “Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar (art. 2.º CP).

(40) CALATRAVA, DSC, II, pág. 1001.

Derecho histórico. Tradición que arranca del Derecho romano, de donde la toman nuestras Partidas, siendo mantenida por Cortes ordinarias y extraordinarias, por lo que ha sido recogida en la Constitución. En cuando a la tripartición francesa, su razón de ser no es otra sino el deseo de Napoleón de evitar que determinadas materias quedasen sometidas al juicio de los Jurados y poder reservarlas para los Tribunales correccionales, creados por él. Intromisión en la independencia de los Jueces a que, según CALATRAVA, debe oponerse un sistema liberal como el que ellos pretendían construir.

II.A.b. *Autoría y participación*

En materia de autoría y participación las posturas se van a polarizar en dos extremos representados por la Comisión y por un grupo de Diputados. Las diferencias no van a ser tanto conceptuales (qué entienden respectivamente por autores, cómplices, auxiliadores y receptadores), como en cuanto a la medida de la pena. La polémica determinó que el texto definitivo castigase las conductas de participación con una pena inferior a la de autoría.

El artículo 13 que definía y castigaba la autoría fue fácilmente aprobado. Sin embargo, al hacer lo mismo con la complicidad, surgieron problemas, de los que destaca, como hemos dicho, el de la determinación de la pena, equiparando a cómplices y autores. Contra la pena impuesta a los cómplices se levantaron varios Diputados, incluso hay un Informe contrario (41). Los argumentos principales esgrimidos en contra son los de falta de proporcionalidad entre la conducta y la sanción (42), la dificultad de probar lo decisivo del consejo en la comisión del delito (art. 15, núm. 3) (43) y, sobre todo, el efecto pernicioso que pueden tener de fomentar el crimen. Ello se evitaría si el autor principal sufriera una pena mayor, lo que es más consecuente con el principio de prevención general (44).

(41) "El de Madrid (el Colegio de Abogados) opina que este artículo es conforme al Código francés, y que los cómplices deben sufrir menos pena porque es el medio para que rehúsen a ejecutar el delito, añadiendo que sólo cuando al ejecutor de éste se le dé una recompensa particular es cuando aquéllos deben ser castigados con igual pena que los autores", DSC, II, página 1092.

(42) "... los cómplices no han de ser castigados con la pena misma impuesta a los autores, sino en el caso o casos particulares que lo determinen las leyes: así se ajustará la ley a los principios de proporción y clasificación que la justicia exige, y se precaverá o dificultará con una semejanza a beneficio de la sociedad y la humanidad la consumación de delitos atroces" (DOLAREA, DSC, II, pág. 1092).

(43) "Se me dirá acaso que sólo se castiga al "cómplice" con la misma pena que al "autor", cuando se ha cometido el delito de resultas de los consejos o sugerencias; pero es muy difícil, y quizá imposible, el probar que la perpetración de un delito ha sido hija de tal influjo o sugestión" (MARTÍNEZ DE LA ROSA, DSC, II, pág. 1095).

(44) "Sin más que consultar al corazón humano se verá que un Código en que se imponga igual pena a los cómplices que a los autores principales de los delitos, favorece la perpetración de crímenes" (MARTÍNEZ DE LA ROSA, DSC, II, pág. 1096).

Por lo que se refiere a los auxiliares y fautores, receptadores y encubridores, no vamos a entrar en detalles de su discusión, pues, el exceso de casuismo determinó una enorme polémica.

El Informe anónimo dedica una gran extensión a los problemas de la participación. Así como en el Debate legislativo no se discute acerca de las definiciones de cómplice, encubridor y receptador, el autor del Informe resalta cómo algunas conductas consideradas por el Proyecto de auxilio, son realmente de complicidad: "Dos son las situaciones cardinales, en que puede ser favorecido el delincuente: una antes, otra después de la ejecución del delito. Y no puede haber otra tercera, porque no hay medio entre estar o no ejecutando una cosa". "Más el empeño de aumentarlas con una nueva clasificación ha obligado a discurrir casos, que, o tal vez, no parecen punibles, o se reducen a las otras clases; o bien, a figurar circunstancias, que o son nulas y contradictorias, o en nada alteran la complicidad".

En principio, existe un criterio claro y objetivo en el Proyecto para regular esta materia, aunque a veces, debido al excesivo casuismo, sea difícil determinar el límite donde una conducta deja de ser de autoría o complicidad y comienza el auxilio o la receptación.

Para el Proyecto es cómplice quien con su conducta material o su influencia psicológica contribuye a que se cometa el delito o toma parte en su ejecución, llegando, a veces, a determinarlo, como ocurre en el apartado cuarto del artículo 14 (45), conducta que hoy sería de inducción. A la complicidad material pertenecen los supuestos recogidos en los apartados primero y segundo del artículo 14 del Proyecto. A la complicidad psicológica, los recogidos en el tercero y el cuarto. Por esa razón, son de auxilio las conductas recogidas en el artículo 16, ya que no determinan mediante el consejo o la influencia moral, la comisión del delito, en el caso de los apartados 2.º, 3.º, 5.º y 6.º (46). O bien los sujetos no están presentes en la ejecución,

(45) El Código de 1822 inaugura una tradición "objetivista" en la estimación de la conducta de complicidad, tradición que se mantiene hasta el momento actual. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, págs. 205-211.

(46) Art. 14: "Son cómplices: Primero: los que libre y voluntariamente y á sabiendas ayudan ó cooperan á la ejecución de la culpa ó del delito en el acto de cometerlo. Segundo: los que, aunque no ayuden ó cooperen á la ejecución de la culpa ó del delito en el acto de cometerlo, suministran ó proporcionen voluntariamente las armas, instrumentos ó medios para ejecutarlo, sabiendo que han de servir par este fin. Tercero: los que á sabiendas y voluntariamente por sus discursos, sugerencias, consejos ó instrucciones provocan ó incitan directamente á cometer una culpa ó delito, ó enseñan ó facilitan los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometa la culpa ó delito de resulta de dichos recursos, sugerencias, consejos ó instrucciones. Cuarto: el que libre y voluntariamente y á sabiendas por soborno ó cohecho, con dádivas ó promesas, ó por órdenes ó amenazas, ó por medio de artificios culpables hace cometer el delito ó culpa que de otra manera no se cometería. En las promesas que constituyen el soborno ó el cohecho se comprenden las esperanzas de mejor fortuna ofrecidas por el sobornador al sobornado."

Art. 15: "Los cómplices que voluntariamente y á sabiendas ayuden y cooperen á la ejecución de la culpa ó delito en el acto de cometerlo, serán castigados con la misma pena impuesta por la ley á los autores del delito ó culpa.

apartados 1.º y 4.º. Sin la concurrencia de estos sujetos el delito se habría ejecutado igualmente. La gravedad de estos comportamientos, mirando, sobre todo, al principio preventivo, es menor, y merecerán

A los demás cómplices se les rebajará de la cuarta á la tercera parte de la expresada pena, salvas en ambos casos las disposiciones particulares de la ley cuando determine otra cosa, y observándose además en ellos lo prescrito en los artículos 92, 93 y 100; pero si la complicidad proviene de soborno ó cohecho en delito que un funcionario público cometiere como tal en el ejercicio de sus funciones, no se impondrá al sobornador más que la pena que se impondría a cualquier persona particular que cometiere el delito del funcionario con dicha rebaja de la cuarta á la tercera parte."

Art. 16: "Son auxiliares y fautores: Primero: los que voluntariamente y á sabiendas conciertan entre sí la ejecución de una culpa ó delito que llega á tener efecto; pero que no cooperan ni ayudan á su perpetración en el acto de cometerlo, ni lo causan por ninguno de los medios expresados en el artículo 14. Segundo: los que sin noticia ni concierto previo acerca de la culpa ó delito, y sin ayudar ni cooperar para su ejecución acompañan en ella voluntariamente y á sabiendas al que lo comete, y le ayudan después de cometido para ocultarle, ó encubrir el delito, ó se aprovechan de sus consecuencias con el reo principal. Tercero: los que habiendo ordenado, sugerido, aconsejado, enseñado ó facilitado voluntariamente y á sabiendas la ejecución de un delito, ó sobornado, amenazado ó provocado para ello, son causa de que en vez de aquel delito se cometa otro mayor ó diferente por consecuencia ó efecto inmediato de la orden, consejo o instrucción dada, ó de la sugestión, soborno, amenaza ó provocación hecha. Cuarto: los que voluntariamente y á sabiendas por sus discursos, sugestiones, consejos, instrucciones, órdenes, amenazas, ú otros artificios culpables, aunque no provoquen directamente á cometer el delito ó culpa, contribuyen principalmente á que se cometa. Quinto: los que voluntariamente conciertan con alguno de los reos principales ó cómplices, antes de cometerse el delito, y conocimiento de éste, que receptarán ú ocultarán la persona de alguno de ellos, ó las armas, instrumentos ó utensilios de la ejecución, ó alguno de los efectos en que consiste el delito, ó que los comprarán, esponderán ó distribuirán en todo ó en parte. Sexto: los que voluntariamente y á sabiendas sirven de espías ó centinelas, ó hacen espaldas á los delincuentes para la ejecución de un delito, ó les prestan para ello algún abrigo, noticia ó auxilio, no llegando á incurrir en ninguno de los casos del artículo 14, ó les faciliten los medios de reunirse, ó les ofrezcan antes de la ejecución y con conocimiento de ella protección, defensa, ó cualquier otra ayuda para salvarlos ó encubrir el delito. Los auxiliares y fautores serán castigados con la mitad á las dos terceras partes de la pena señalada por la Ley contra los autores del delito ó culpa, á no ser que la misma ley disponga espresamente otra cosa; observándose además lo prescrito en los artículos 92, 93 y 100".

Art. 17: "Son receptadores y encubridores: Primero: los que voluntariamente, sin concierto ni conocimiento anterior á la perpetración del delito, receptan ó encubren después la persona de alguno de los autores, cómplices ó auxiliares, ó la protegen ó defienden, ó le dan auxilios ó noticias para que se precava o fuge, sabiendo que ha delinquido; ú ocultan alguna de sus armas, o alguno de los instrumentos ó utensilios con que se cometió el delito, ó alguno de los efectos en que éste consista; ó compran, espenden, distribuyen o negocian alguno de ellos, sabiendo que aquellas armas, instrumentos ó utensilios han servido para el delito, ó que de él han provenido dichos efectos. Segundo: los que voluntariamente, aunque sin conocimiento del delito determinado que se haya cometido, acogen, receptan, protegen ó encubren á los malhechores, sabiendo que lo son, ó les facilitan los medios de reunirse, ó les suministran auxilios ó noticias para que se guarden, precavan ó salven. Los receptadores y encubridores serán castigados con la cuarta parte á la mitad de la pena que la ley prescriba contra los autores del delito respectivo,

penas menos graves. En la misma situación se encuentran las diversas modalidades de receptación.

Según el criterio argüido por el Proyecto, es imposible asimilar a la complicidad ninguna de las conductas de receptación, ya que el receptor no influye ni psicológica ni materialmente, de una manera directa, en la comisión del delito. Por ello, será una conducta menos grave que la del cómplice (47).

II.A.c. *Los actos preparatorios punibles*

El tema de la conjuración, dio lugar a una polémica que giró en torno a dos cuestiones fundamentales: la terminológica y la posibilidad de incriminar o no conductas que no trascienden al exterior.

La confusión en cuanto a la terminología obedece a que la conducta que el Código define como conjuración se considera por el Diccionario de mera conspiración, reservando la conjuración para la conspiración referida a delitos contra el Estado, Príncipe u otro Superior. La Comisión, prefiere entender la conjuración no como ese delito específico, sino como el general concierto o confabulación de individuos para cometer un delito, cualquiera que éste sea (48). Además, obligar al vínculo del juramento para estimar la conjuración,

escepto cuando la misma ley disponga espresamente otra cosa, observándose además lo prescrito en los artículos 92, 93 y 100."

Art. 18: "Sin embargo de lo prevenido en los cuatro artículos últimos, los que voluntariamente y á sabiendas ayuden ó cooperen con sus padres ú otro ascendiente en línea recta á la ejecución de un delito en el acto de cometerlo alguno de éstos, ó les suministren ó proporcionen las armas, instrumentos ó medios para ejecutarlo, no serán castigados como cómplices, sino como auxiliares y fautores. Lo propio se observará con la mujer que en iguales casos ayude á su marido ó coopere con él."

(47) Los artículos que regulaban la participación fueron aprobados en la forma que establecía el Proyecto. Tan sólo se introdujo una rebaja de la pena proporcional a la gravedad de las distintas conductas.

(48) "Es verdad que en el uso común se entiende por conjuración la conspiración contra el Estado ó el Gobierno; más la comisión cree que no debe entenderse así precisamente, porque la conjuración puede ser para trastornar el Estado, para quitar la vida á un hombre, para cometer un robo, etc. No ve la conjuración sólo en ese delito específico, sino generalmente en el concierto, en la confabulación de los individuos; en el arreglo que hacen para cometer un delito; y cualquiera que éste sea, siempre que dos ó más se conjuren para cometerlo, hay conjuración y no puede menos de haberla" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1008). Art. 4 CP: "La conjuración para un delito consiste en la resolución tomada entre dos ó más personas para cometerlo. No hay conjuración en la mera proposición para cometer un delito, que alguna persona haga á otra ú otras cuando no es aceptada por éstas." Art. 6: La proposición hecha y no aceptada para cometer un delito, y la conjuración en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en que la ley lo determine espresamente." Art. 9: "El pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar ó empezar la ejecución del delito, no están sujetas á pena alguna; salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley."

determinaría la no consideración como tal de concierto entre varias personas para atentar contra el Estado, siempre que no hubiese habido juramento, quedando impune tal conducta (49). La importancia de esta aclaración se acentúa si tenemos en cuenta que los únicos delitos en que se pena la conjuración son los de rebelión y sedición, de evidente carácter público (50).

Por lo que se refiere a la incriminación de estas conductas, lo primero que se cuestiona es la necesidad de su castigo. Entre los impugnadores se sostuvieron ambas opiniones. Para unos, es insostenible el hecho de que se castigue, pese a no haber aun comienzo de ejecución (51). La Comisión contesta que así es, en principio, pues, la punición sólo tiene lugar en aquellos casos extraordinarios en que se atenta contra la seguridad del Estado (52).

Por otra parte, se afirma, la simple proposición no puede distinguirse de la tentativa, siendo un principio de ella. Por eso debe ser castigada siempre (53). A ello se añade que la proposición debe ser también castigada en los casos en que no ha sido aceptada. Pero, como sostuvo la Comisión, a diferencia de la tentativa, en la proposición del delito no hay aún resolución de delinquir, ya que el agente va buscando un apoyo o colaboración sin cuya presencia es probable que no llegue a incidir en la comisión del delito. Además, la mera proposición es impune, ya que con el castigo del delincuente no se atiende sólo a la mala intención manifestada, sino que se miran también los resultados externos, y estos no existen en la mera pro-

(49) "Pero si atendemos á la acepción legal que tiene desde el tiempo de los romanos, de cuya lengua la tomamos, no se refiere á delitos para cuya perpetración se ligan varias personas previo juramento, sino á los delitos en que muchas personas convinieron sin necesidad de juramento" (VADILLO, DSC, II, pág. 1009).

(50) "Yo le suplico otra vez que me diga si en todo el Proyecto ha visto que se trata de castigar la conjuración en más casos que los de conspiración y traición, comprendidos en los cuatro primeros capítulos de la parte primera, ó en los casos de rebelión y sedición contenidos en la misma parte" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1011).

(51) "El Sr. Puchet ha dicho que la proposición hecha y no aceptada es más que conjuración, que es tentativa, y en mi concepto ni designio llega a ser; porque el designio de cometer un delito es lo mismo que la resolución tomada irrevocablemente de ejecutarlo, y la proposición hecha no supone una resolución más que condicional. Por consiguiente, ni es resolución ni es designio, y mucho menos conjuración ó tentativa" (REY, DSC, II, pág. 1024).

(52) "También aquí cree la comisión que no habiendo todavía resultado daño alguno a la sociedad, ni pasado esta resolución del ánimo de los concertados, ni empezándose ni preparándose con acto alguno exterior la ejecución del delito, no hay necesidad de imponer pena sino en aquellos casos graves en que lo exija la seguridad del Estado" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1023).

(53) "Acaso será esto porque es un punto indivisible que no se puede comprender, aquél en que el hombre acaba de resolver, y aquél en que empieza a obrar; pero sea por lo que fuere, cuando un hombre, v. g., se ha resuelto á cometer un delito de los que exigen cómplices, ¿no será el primer acto exterior para cometerlo el proporcionarse estos cómplices para la ejecución? Y, ¿cómo se los proporciona? Haciéndoles primero la propuesta y después, si es necesario, persuadiéndolos. Luego la simple proposición es una verdadera tentativa" (PUCHET, DSC, II, pág. 1024).

posición, ni aun en la conspiración. Por eso no se castigan siempre, como ocurre con la tentativa (54).

Un segundo aspecto de este mismo problema es el de la posible contradicción entre los artículos 6.º y 9.º, ya que mientras el artículo 9.º establece el principio de que los pensamientos no se penan, el 6.º, al castigar la conspiración y la proposición, sanciona los pensamientos en que aquéllas consisten. La Comisión defiende los artículos, volviéndose a apoyar en el carácter excepcional de la incriminación de tales conductas. El argumento aducido en contra tendría sentido si el artículo 6.º castigase siempre esas conductas, pero al no ser así, el principio establecido en el artículo 9.º no se desvirtúa (55). Tampoco hay contradicción entre los dos párrafos del artículo 9.º, pues, mientras las conductas a que se refiere el artículo 6.º determinan la imposición de una pena, los pensamientos del artículo 9.º sólo son objeto de mera vigilancia, lo que en terminología moderna llamaríamos "medidas de seguridad" (56).

En su Comentario a estos artículos, el autor del Informe anónimo señala tres problemas, de los cuales dos coinciden con el criterio de la oposición.

Con la oposición coincide en la conveniencia de sustituir el tér-

(54) "El Sr. Puchet ha dicho que la proposición hecha y no aceptada es más que juración, que es tentativa... Ha dicho S. S. que si la proposición hecha y no aceptada es delito, también lo será la aceptada, porque se aceptó no se acepte, la misma malicia hay de parte del que la ha hecho. Yo digo que hay mucha diferencia entre uno y otro caso; porque el Sr. Gil de Linares sabe muy bien que los delitos, no hablo de los morales sino de los civiles, no se miden por las malicias solamente; se atiende á otras bases, cuales son los daños que causan, el escándalo, el trastorno del orden público, etc." (REY, DSC, II, pág. 1024).

(55) "Tampoco hallo la contradicción que se ha dicho entre este artículo y el 9.º... Dice el Sr. Puchet que con esta salvedad vendrá á castigarse en algún caso el pensamiento de delinquir y que esto es contradictorio con lo que se dice aquí de que la proposición hecha y no aceptada no será castigada generalmente. Si la comisión dijese absolutamente que la proposición no aceptada nunca se castigaría, entonces vendría el caso de esta objeción; pero la comisión dice que en ciertos casos se castigará, y quizá con penas muy graves. Así que yo no veo que haya contradicción entre estos artículos" (REY, DSC, II, pág. 1025).

(56) "La impugnación del Sr. La Llave vendría bien cuando la comisión propusiese en alguna parte que se aplicará esta pena al pensamiento ó á la resolución de delinquir; pero he dicho, y S. S. convendrá conmigo en esto, que la comisión no propone en ningún artículo que se castigue el pensamiento ó la resolución de delinquir con la pena de sujeción a la vigilancia de las autoridades; lo único que propone es que quede a salvo esta sujeción en los casos que determine la ley. He dicho también la razón por qué la comisión cree utilísimo que se deje esa salvedad; porque en otros reglamentos que hay que reformar todavía, tal vez convendrá establecer que una resolución de delinquir siendo ya conocida, se vigile por las autoridades, para evitar que aquel individuo se precipite a cometer el delito. Considerada la cosa como corresponde, no se me podrá negar que es un bien para la sociedad y para el mismo individuo el que sí la autoridad conoce que está resuelto a delinquir le ponga con su vigilancia un freno saludable para que no se pierda; pero repito que la comisión no ha llegado a usar de este freno en ningún artículo de su proyecto" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1045).

mino *conjuración* por el más adecuado de *conspiración*: “conjugación (se dice en el artículo 3.º, y mejor se diría *conspiración*)”.

También está de acuerdo con ella en estimar una contradicción entre los artículos 6.º y 9.º: “...por el artículo 6.º se previene que esta conjuración..., en algunos casos, será castigada... Pues ¿cómo se aviene esta determinación con el artículo 9.º, en que se declara sabiamente, que la resolución de delinquir, mientras no se ejecuta ningún acto para ello, no está sujeta a pena alguna?”.

El último problema que analiza el autor anónimo es el de la posibilidad de que se castigue con la misma pena al proponente de la conjuración que a quien se limita a asentir a la propuesta hecha por otro. Del tenor literal del artículo sólo se deduce que ambos serán castigados, pero no se dice nada sobre la determinación de la pena. Por tratarse de una disposición preliminar, es necesario ver la sanción específica de cada delito en particular. Y así vemos que, al tratar de la rebelión y la sedición, se establece una clasificación de los partícipes en el delito. Allí puede observarse que no se castiga de la misma manera a los inspiradores y a los meros partícipes. Cuando en las disposiciones comunes a ambos delitos se hace referencia a la conjuración y a la proposición, no se distingue entre el proponente y el aceptante. Pero de la clasificación anterior cabe deducir que el Juez se verá obligado a distinguir entre estas dos categorías, matizando la sanción de uno y de otro en la medida que lo permite la ley; entre seis meses y cuatro años de reclusión o prisión en la sedición; o entre cuatro y dieciocho en la rebelión. Además, el hecho de que la proposición sin conjuración pueda ser castigada, en los casos que indica la ley, es otra muestra de que para el Proyecto no merecen la misma pena el proponente y el mero aceptante (57).

II.B. LA TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA

No vamos a acometer un estudio global de los fines de la pena en el Código de 1822 o en la Filosofía de la Ilustración, pues ello escapa a nuestras posibilidades (58). Ahora sólo tratamos de ver cómo aquellos trascienden en los artículos, del Proyecto, que hemos estudiado.

Preguntarse por los fines de la pena es preguntarse por el fundamento del Derecho penal. Es un hecho incontrovertible que la bús-

(57) Sobre las diferencias entre la regulación de esta materia en el Código de 1822 y el vigente, ver mi artículo, “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos preparatorios punibles: conspiración, proposición y provocación”, nota (60), en ANUARIO, 1976, fasc. III.

(58) Es de resaltar en este extremo la tarea llevada a cabo por ANTON ONECA que con sus ya citados artículos (“Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, en REP año 1964, págs. 415 y ss.; “Historia del Código penal de 1822”, en ANUARIO año 1965, págs. 263 y ss.; “El Derecho penal de la Ilustración”, en REP año 1966, págs. 597 y ss.) ha contribuido en gran manera a conocer el Derecho penal de esta época tan apasionante de nuestra Historia.

queda de dicho fundamento es siempre una reflexión "a posteriori". Nadie pone en duda la necesidad que toda sociedad organizada tiene de un sistema de penas con las que incriminar conductas que, en los esquemas de esa sociedad, se consideran peligrosas para la convivencia. El fundamento de la pena, o del Derecho penal es, por tanto, la necesidad de asegurar la convivencia (59).

El inicio del proceso codificador en nuestra patria se produce en el momento de que triunfan, aunque sea en un corto período de tiempo, las ideas Ilustradas, implantándose un sistema político de cuño liberal. Así, pues, las ideas liberales impulsan el movimiento codificador. Sin embargo, la permanencia de ideas y la alternancia con momentos políticos de marcado carácter reaccionario, van a determinar de una manera peculiar aquel proceso. Este especial fenómeno va a teñir de matices la imposición en nuestro país de las ideas del nuevo sistema de pensamiento, constituyendo factor diferencial de reformas semejantes ocurridas en el resto de Europa. Por lo que hace al Derecho penal pocos de sus sectores son tan sensibles a percibir tales vaivenes como el de la teoría de los fines de la pena. Vemos algunos casos donde este fenómeno se evidencia.

En relación con la teoría de los fines de la pena la idea fundamental de los autores del Proyecto de Código penal de 1822 es la prevención general. Precisamente en la discusión del artículo 28, que regula la responsabilidad patrimonial de quienes tienen a su cargo a determinadas personas, dice CALATRAVA: "... lo que debe tener presente el legislador, observando la máxima de que vale más prevenir los delitos que castigarlos, y la otra igualmente cierta de que uno de los medios más eficaces y seguros de prevenir los delitos es el aumentar el número de personas responsables" (60).

La imposición de una pena no va a encontrar su justificación en la idea de expiación por el delito cometido; expiación deseada, en primer lugar, por el reo, ya que le va a permitir su reconciliación con Dios, consigo mismo y con la Sociedad. Por el contrario, la Filosofía del Contrato Social incorpora la idea de que a la sociedad le interesa sólo la parte de libertad que el hombre ha depuesto en ella para permitir una vida de relación pacífica con los demás hombres (61). Una manifestación del abandono de dicha concepción retribucionista nos la ofrece el mismo CALATRAVA al hablar de la fuga: "Jamás creeremos que debe castigarse a quien nada más hace que huir. Su delito empieza desde que emplea para conseguirlo medios criminales que las leyes deben determinar."

Depurada la pena de esos caracteres que la acompañaban en una

(59) Véase por todos, WELZEL, H., *Derecho penal, Parte General*, Trad. FONTÁN BALESTRA, Buenos Aires, 1956, págs. 233 ss.

(60) CALATRAVA, *DSC*, II, pág. 1321.

(61) *Sobre la importancia de la Filosofía del Contrato Social en las ideas reformistas*, de BECCARIA, véase ANTÓN ANECA, *Los fines de la pena...*, páginas 419-421.

época anterior, su finalidad se ha de hacer depender de nuevos principios, derivados directamente de la Filosofía del Contrato Social. El fin principal de la pena, como se dijo explícitamente en las Cortes, es el de la prevención general: “No todas las penas tienen por objeto la enmienda del delincuente, ni éste es el principal de las penas que le tienen por objeto. Digo que no todas las penas tienen por objeto la enmienda del delincuente, por que de lo contrario no podría imponerse la pena de muerte; y digo que tampoco es el objeto principal la enmienda del delincuente, sino el escarmiento de los demás y el precaver los delitos” (62).

Esta “declaración programática” sirve de punto de partida para el análisis del juego de los Principios. Si nos limitamos a los de naturaleza material, que son los de prevención general, prevención especial y principio de proporcionalidad entre delito y pena, podemos decir que el Principio de prevención general va a implicar grandes atentados contra los otros dos, de prevención especial y proporcionalidad.

Por lo que se refiere a la infracción del Principio de prevención especial, resulta palmaria en las penas de muerte e infamia, en las que, evidentemente, no se persigue una finalidad correccional. La finalidad de la pena en estos casos es única y exclusivamente el “escarmiento de terceros”, en definitiva, la prevención general (63).

La pervivencia de estas pena, como asimismo las características que acompañan a la ejecución de las mismas (64) implican despojar al hombre de la dignidad que las nuevas Ideas habían logrado atri-

(62) REY, DSC, II, pág. 1337.

(63) Sobre la importancia de la prevención general en los penalistas de la Ilustración, véase ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena...*, págs. 420-424

(64) De los numerosos artículos en que puede observarse la crueldad y atención a criterios prevencionistas del Proyecto de Código de 1822 (32, 35, 40, 41, 44, 45, etc.) reproducimos sólo los arts. 39 y 40. Art. 39: “La ejecución será siempre pública, entre once y doce de la mañana; y no podrá verificarse nunca en domingo ni día feriado, ni en fiesta nacional, ni en el día de regocijo de todo el pueblo. La pena se ejecutará sobre un cadalso de madera o mampostería, pintado de negro, sin adorno ni colgadura alguna en ningún caso, y colocada fuera de la población; pero en sitio inmediato a ella, y proporcionado para muchos espectadores”. Art. 40: “El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos y en un mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiere impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta la cabeza, y será conducido por un jumento en los términos espresados. Sin embargo el condenado á muerte por traidor llevará atadas las manos á la espalda, descubierta y sin cabello la cabeza, y una soga de esparto al cuello. El asesino llevará la túnica blanca con soga de esparto al cuello. El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos á la espalda y con una cadena de hierro al cuello, llevando un extremo de ésta al ejecutor de la justicia, que deberá preceder cabalgando en una mula. Los reos sacerdotes que no hubieren sido previamente degradados llevarán siempre cubierta la corona con un gorro negro.”

buirle. El delincuente, en algunos casos, deja de ser considerado como persona. CALATRAVA, refiriéndose al parricidio llega a decir: El reo que merezca esta pena es peor para mí que un esclavo, y peor que un irracional. En mi concepto debería llevársela al cadalso con todas las apariencias mismas que si se condujera a un tigre” (65).

En este punto se ponen de manifiesto las contradicciones de la Comisión, que tantas muestras de liberalismo había dado. Siendo, por ello, muy criticada por los impugnadores. Para CALATRAVA, la ejecución forma parte de la pena, porque a ésta se la acompaña de ciertas formas y circunstancias, que, según él, van a tener una eficacia preventiva fundamental. El rapado de cabeza, la soga al cuello y la no ejecución hasta pasadas cuarenta y ocho horas de la notificación de la condena a muerte, son circunstancias que rodean a la pena de un terror de positiva influencia sobre terceros (66). La principal objeción, por parte de los impugnadores, es que la ejecución se lleva a tales extremos de crueldad que no produce los efectos de terror que se proponen los redactores del Proyecto, sino el sarcasmo y la ridiculez, innecesarios. El Diputado PUIGBLANCH estimó que tales “formas” sólo provocan efectos contrarios a los pretendidos (67). Al tratar de la soga al cuello, afirma: “...pena que no puede tener lugar, ...bajo un sistema de legislación que ha restablecido al hombre en su dignidad, cual es el constitucional. No debe, pues, adoptarse este signo contrario al espíritu de la Constitución” (68).

El autor del Informe anónimo es también partidario de suprimir tales “formalidades”, en base al criterio práctico, de prevención general, de su falta de utilidad: “La ridiculez disminuye el terror”. También invoca criterios de humanidad y respeto a la dignidad del delincuente: “En un Código donde brillan tantas muestras de humanidad, no debiera fijarse cuarenta y ocho horas de anticipación para notificar la sentencia de muerte.”

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, sólo vamos a detenernos en un ejemplo de los muchos que el Proyecto ofrece, en que sus exigencias son conculcadas. Y ello en favor de la idea de prevención general. Concretamente hablamos de la autoría y la participación. Como veíamos en la redacción original del Proyecto, la conducta de complicidad aparecía penalmente equiparada a la de autor, siendo así que aquélla parece menos grave que la de autoría. La finalidad que persiguió la Comisión en la regulación de esta materia estuvo guiada por principios de marcado carácter defensista. Según ella, la extensión más amplia posible del ámbito de

(65) CALATRAVA, *DSC*, II, pág. 1374.

(66) CALATRAVA, *DSC*, II, pág. 1374.

(67) PUIGBLANCH, *DSC*, II, pág. 1373.

(68) PUIGBLANCH, *DSC*, II, pág. 1374

personas responsables de los delitos es lo que mejor se ajusta a la finalidad preventiva seguida. El principio de proporcionalidad cede ante el de prevención general, con un efecto negativo sobre este último, ya que castigando de igual manera la conducta del cómplice y la del autor, aquél no tendrá inconveniente en ser el ejecutor material del delito (69), pues la consecuencia que se va a derivar de su conducta, la pena, va a ser siempre la misma (70).

(69) Ver supra, II.A.b.

(70) Es cierto que nuestras conclusiones son el producto de un análisis parcial del Proyecto y Código penal de 1822. No obstante, un análisis total como el realizado por CASABÓ RUIZ en su Tesis doctoral llega a resultados muy semejantes: "El Código penal español de 1822 recoge y regula ambos fines de la pena: prevención y corrección. No obstante, creemos puede afirmarse que el fin de prevención resulta dominante a lo largo de los distintos preceptos legales" (CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal...*, pág. 367).

Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica

PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL

I

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. *Denominación.*

Tradicionalmente, los Códigos españoles (a partir de 1822) y aquellos de íntegra recepción hispánica, denominan este título como "Delitos contra la honestidad". Otras denominaciones, más o menos diversas, señalan el interés de fijar el bien jurídico tutelado: El Código penal francés, emplea "Atentados contra las buenas costumbres"; el alemán, "Delitos contra las costumbres"; el italiano, "Delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres"; los de Méjico y Ecuador, "Delitos sexuales"; y el Proyecto Soler, "Delitos contra el pudor y la moralidad sexual"; el Proyecto venezolano de 1967, "Delitos contra el pudor y las buenas costumbres", y el proyecto salvadoreño de 1960, "Delitos contra el pudor y la libertad sexual".

Algunas de estas denominaciones, en especial la de los Códigos penales de Argentina, Guatemala y El Salvador, que hacen uso del término "honestidad", son inaceptables, porque no se ajustan al interés jurídico que trata de tutelarse. En efecto, ni la honestidad, ni la moralidad, ni las buenas costumbres, conceptos por demás variables y equívocos en nuestro campo, llenan a cabalidad el objetivo buscado.

De ahí que se prefiera el empleo de los conceptos "pudor", comprensivo de sus aspectos público y privado, y "libertad sexual" que además de garantizar una esfera de acción de la persona, califica el móvil perseguido por el agente, con lo que se pretende delimitar, con mayor claridad, el bien jurídico protegido.

2. *Exclusión del adulterio.*

Hay una corriente encaminada a suprimir el delito de adulterio, infracción eminentemente privada que ahora está incluida, sin ningún acuerdo, entre los delitos contra la honestidad.

Es de aceptar que, en todo caso, el adulterio afecta la estructura familiar, pero jamás la libertad sexual o el pudor; por ello, algunos códigos penales y proyectos de código penal destinan este delito, al título de los "Delitos contra la Familia".

Sin entrar a discutir la supresión definitiva del adulterio como delito, la Comisión Centroamericana se limita a excluirlo del rubro cuya elaboración le corresponde, por la razón anotada.

3. *Clasificación de delitos.*

De conformidad con la denominación propuesta, cabe clasificar los delitos contra el pudor y la libertad sexual, con inclusión de aquellas infracciones que, dada su gruesa inmoralidad y el interés jurídico que afectan, ameritan su inclusión en el catálogo de los delitos, en especial la trata de mujeres y de menores, que, por ahora, son actos no punibles en ciertas legislaciones latinoamericanas.

De acuerdo con tal calificación, el Título se divide en cinco capítulos: I) Violación, estupro y abusos deshonestos; II) Rapto; III) Delitos contra el pudor público; IV) Delitos relativos a la prostitución; V) Reglas comunes a los capítulos anteriores.

4. *Violación.*

El elemento objetivo del delito está concretado al acceso carnal, abandonando así el uso del "yacimiento" de dudoso significado.

Se califica la violencia e intimidación, exigiéndose la "suficiencia" para reconocer su magnitud, capaz de vencer la resistencia de la víctima.

Establécense agravaciones especiales, para cuando la violación se comete en persona menor de doce años, aunque la víctima diere su consentimiento; si se abusare de autoridad, confianza o relaciones domésticas; y, asimismo, cuando se actúa con el concurso simultáneo de dos o más personas.

La primera agravación trata de reprimir con más severidad la violación de menores, cometida con suma frecuencia en el medio latinoamericano y que está equiparado, sin alguna explicación, la violación de adultos.

Estima la Comisión Centroamericana, que en vez de crearse un tipo especial para ello, se esté al tipo de la violación, aumentándose la penalidad, por medio de una agravante que tiene justificación suficiente. Se incluye el tipo de violación de prostituta, porque siendo el bien jurídico tutelado la libertad sexual, no debe aceptarse distingo alguno respecto al sujeto pasivo.

5. *Estupro.*

El requisito exigido para la víctima del estupro, que en todo caso sólo es la mujer, consiste en la "honestidad", entendida en el sentido del recato.

No es preciso, pues, de la "virginidad" tan debatida en el campo médico-forense.

Se incluye la figura del estupro fraudulento cometido mediante promesa o simulación de matrimonio; además, fíjase la agravación especial del abuso de autoridad familiar o pública y otros casos similares.

6. *Abusos deshonestos.*

La disposición que regula los abusos deshonestos, trata de establecer el elemento objetivo del delito y la diferencia de los medios empleados por el hechor.

En tal virtud, compréndese tanto los abusos deshonestos violentos, asimilados en algunos códigos penales, respectivamente, a la violación y al estupro.

Aceptada, entonces, la autonomía de este delito, cabe establecer sus dos formas señaladas.

7. *Rapto.*

En la disposición correspondiente se fijan: el elemento subjetivo, las dos hipótesis de ejecución y el sujeto pasivo, que en este caso, puede ser persona de uno u otro sexo.

Sobre esto último los códigos de recepción hispánica han limitado su tutela a la mujer, pero atendido el móvil lúbrico, cabe extender la protección jurídica a toda persona.

Distínguese entre rapto propio, que es aquel en que se emplea engaño o violencia, y el rapto impropio o consensual, caracterizado porque la víctima da su consentimiento. Sobre las finalidades perseguidas por el agente, se acepta la atenuación especial, cuando se pretende el matrimonio, siempre que éste pueda ser contraído; de ahí que en la disposición respectiva se aluda a que el matrimonio "podía celebrarse". Por otra parte, se atenúa la pena cuando opere la restitución de la víctima o su colocación a lugar seguro, en tanto no se haya realizado acto deshonesto.

8. *Delitos contra el pudor público.*

En acatamiento a la relevancia del bien jurídico del pudor, se establece un capítulo destinado a describir todas aquellas infracciones contra el pudor público.

Iniciase tal capítulo con el delito de incesto, por ahora tipificado en algunos códigos penales (El Salvador, art. 396) como forma de estupro (estupro incestuoso).

Aparece en el proyecto la agravación especial para el estupro cometido por pariente y, además, incluye una nueva modalidad del incesto,

a través del cual se reprimirá la mera relación sexual notoria, entre los parientes determinados en el artículo respectivo. Con ello se sanciona un acto de marcada gravedad, siguiendo las orientaciones del proyecto venezolano de 1967.

Las figuras de las ofensas al pudor y la pornografía comprenden en sus escuetas descripciones todas las hipótesis que pudieran presentarse, cuidándose la comisión de evitar las prolijas y no siempre aconsejables enumeraciones, con las que se trata de agotar los casos de la vida real.

9. *Delitos relativos a la prostitución.*

En este capítulo se describen conductas relacionadas con el grave problema social de la prostitución. No se acepta, claro está, la prostitución como delito, pero sí aquellos tipos de corrupción, mediante actos sexuales anormales, que lesionan la moralidad al pervertir a menores de edad.

No es menester, como se regula en algunos códigos penales (El Salvador art. 397), la habitualidad y el delito se configura aun cuando la víctima consienta. Además, se sanciona la actividad tendiente a promover o facilitar la prostitución y, asimismo, la trata de mujeres y menores, para dar cumplimiento así, a las muchas resoluciones adoptadas en congresos y convenios internacionales, en que se ha dispuesto que tales conductas, cuya gravedad es evidente, queden tipificadas en el Código penal.

El rufianismo o rufianería consistente en la obtención de lucro proveniente de la prostitución de otra persona, queda también incluido como delito.

10. *Reglas comunes a los capítulos anteriores.*

La naturaleza especial de ciertos delitos contra el pudor y la libertad sexual, obliga a regular el ejercicio de la acción penal, sin dejarla totalmente al arbitrio o voluntad de la parte ofendida, pues tal naturaleza ha variado al influjo de nuestro tiempo.

En efecto, si antes esos delitos eran considerados como meras infracciones privadas, el interés público en su persecución, sobre todo cuando se trata de menores o personas que carecen de representante legal, mueve a señalar los casos en que los jueces pueden proceder de oficio.

Para el estupro, abusos deshonestos y rapto, se acepta la extinción de la acción penal, a través del perdón expreso y presunto, con la salvedad de que en la violación sólo puede operar el perdón presunto.

La comisión ha creído conveniente establecer indemnización especial en favor de las víctimas y como una especial sanción la inhabilitación para los autores.

Como artículo último, se acepta la coautoría legal para agravar la pena de quienes faltan a sus deberes o abusen de ellos, participando como cómplices en la perpetración de los delitos.

II

PROYECTO DEL TITULO

CAPITULO I

VIOLACION, ESTUPRO Y ABUSOS DESHONESTOS VIOLACION

Artículo 1.º. El que tuviere acceso carnal con una persona de uno u otro sexo será penado con seis a diez años de prisión, en los siguientes casos:

1.º Cuando se usare la violencia o intimidación suficiente.

2.º Cuando la persona ofendida fuera incapaz de resistir, por causas de enfermedad física o mental o por consecuencia del empleo de sustancias narcóticas.

Agravación especial.

Art. 2.º La pena señalada en el artículo anterior, se aumentara en una tercera parte:

1.º Cuando la víctima fuese menor de doce años, aunque diere consentimiento.

2.º Cuando los hechos previstos fueren perpetrados con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas que existieran entre el autor y la víctima; y

3.º Cuando se cometieren con el concurso simultáneo de dos o más personas.

Estupro.

Art. 3.º El que tuviere acceso carnal con una mujer honesta, mayor de doce años y menor de dieciocho, aprovechándose de su inexperiencia o captando su confianza, será penado con dos a seis años de prisión.

Estupro fraudulento.

Art. 4.º El que lograre el acceso carnal a que alude el artículo anterior, mediante promesa o simulación de matrimonio u otro engaño grave, será penado con dos a seis años de prisión.

Agravación especial.

Art. 5.º La pena señalada para los hechos comprendidos en los dos artículos anteriores se aumentará hasta el doble, si se cometen por un pariente o por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico,

tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada.

Abusos deshonestos.

Art. 6.º El que sin pretender el acceso carnal abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias de la violación, será penado con uno o tres años de prisión.

Si los abusos deshonestos se cometieren mediante engaño u otras de las circunstancias del estupro, la pena será de seis meses a dos años de prisión.

CAPITULO II

RAPTO

RAPTO PROPIO

Art. 7.º El que con miras deshonestas sustrajere o retuviere a una persona mayor de doce años, cuando mediare engaño o alguna de las circunstancias previstas en los artículos 1.º y 3.º será penado con dos a cinco años de prisión.

Rapto impropio.

Art. 8.º Si la persona raptada hubiere dado su consentimiento. la pena será de seis meses a un año de prisión.

Agravación especial

Art. 9.º Si la persona raptada es menor de doce años, aunque haya dado su consentimiento y el delito no se perpetrare con violencias, amenazas o engaño, la pena será aumentada en una tercera parte.

Atenuación especial

Art. 10 Cuando el rapto ha sido cometido con fines de matrimonio y éste podía celebrarse, las penas previstas en los artículos anteriores se disminuirán a la mitad. La misma disminución se aplicará cuando el autor restituye su libertad a la persona raptada o la coloca en lugar seguro a disposición de su familia, sin haber intentado ningún acto deshonesto.

CAPITULO III

DELITOS CONTRA EL PUDOR PUBLICO

Incesto

Art. 11. El que con notoriedad tenga relaciones sexuales con un ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo, con algún afin en línea recta o con hermanos consanguíneos o uterinos, será penado con 1 ó 2 años de prisión.

Ofensas al pudor

Art. 12. El que de cualquier modo ofenda el pudor o las buenas costumbres con actos obscenos cometidos en lugar público o abierto, o expuesto al público o hiciere ejecutar por otros actos obscenos, será penado con 3 ó 6 meses de prisión.

La misma pena será impuesta a quien ejecutare actos obscenos en lugar privado, con el propósito de que sean vistos involuntariamente por un tercero.

Pornografía

Art. 13. El que haya ofendido el pudor mediante escritos, dibujos u otros objetos obscenos, bajo cualquier forma en que se hubieren hecho, divulgado o expuesto a la vista del público u ofrecido en venta, será penado con 3 a 6 meses de prisión.

CAPITULO IV

DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCION

Art. 14. El que promoviere la corrupción de una persona menor de veintiún años mediante actos sexuales anormales aunque la víctima dé su consentimiento o participar en ellos o en verlos ejecutar, será penado con tres a cinco años de prisión y multa de trescientos días.

Agravación especial.

Art. 15. La pena impuesta en el artículo anterior será aumentada al doble:

- 1.º Cuando la víctima fuere menor de doce años.
- 2.º Si el autor llevara propósitos de lucro.
- 3.º Cuando mediare engaño, violencia, amenazas, abuso de autoridad o confianza o cualquier medio de intimidación; y
- 4.º Si el autor fuere ascendiente, esposo, hermano, tutor o encargado de la guarda o educación de la víctima.

Prostitución.

Art. 16. El que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con tres a cinco años de prisión y multa de trescientos días.

La pena será aumentada en la mitad si concurriere cualquiera de las circunstancias mencionadas en el artículo anterior.

Rufianería.

Art. 17. El que se lucrare del producto de la prostitución de otra persona será reprimido con pena de dos a cuatro años de prisión.

Trata de mujeres y de menores.

Art. 18. El que promoviere o facilitare la entrada o salida al país de mujeres o menores de edad para el ejercicio de la prostitución será reprimido con tres a cinco años de prisión y multa de trescientos días.

La pena será aumentada en la mitad cuando concurriere cualquiera de las circunstancias mencionadas en el art. 1.º.

CAPITULO V

REGLAS COMUNES A LOS CAPITULOS ANTERIORES

REGIMEN DE LA ACCION

Art. 19. No puede procederse por los delitos de violación, estupro, abusos deshonestos y raptó, sino en virtud de acusación o denuncia de la víctima o de su representante legal.

Art. 20. No obstante se procederá de oficio en los siguientes casos:

1.º Cuando la víctima careciere por su edad u otra circunstancia de la capacidad para denunciar o acusar, o bien cuando carezca de representante legal.

2.º Si cualquiera de los hechos cometidos concurriere con delito perseguible de oficio.

3.º Si el hecho se hubiere cometido en lugar público o expuesto a la vista de tercero; y

4.º Si el hecho se cometiera con abuso de poder paternal, de autoridad tutelar o de funciones públicas.

Extinción de la acción penal y de la pena.

Art. 21. La acción penal por los delitos de abusos deshonestos y estupro y raptó, queda extinguida por el perdón expreso y presunto de la víctima o de su representante legal.

El perdón se presume por el matrimonio que pudiera efectuarse

entre la víctima y el hechor, extendiéndose el beneficio a todos los partícipes.

La extinción de la acción penal por violación sólo opera con perdón presunto. La pena que corresponde a los delitos comprendidos en este artículo, quedará extinguida por el perdón presunto, aún cuando estuviere ejecutoriada la sentencia.

Art. 22. Si la víctima es menor de edad o incapaz, el Tribunal podrá, a su prudente arbitrio, negar eficacia al perdón otorgado por su representante legal, salvo que lo hubiese hecho de acuerdo con el Ministerio Público. El funcionario competente podrá autorizar para los efectos del perdón, el matrimonio entre el hechor y la víctima, aunque los dos o uno de ellos no tuviere la edad requerida, siempre que, de acuerdo con el Código civil, concurriere cualquiera de las circunstancias que revalidan el matrimonio nulo por falta de edad de uno de los contrayentes. En este mismo caso, podrá solicitarse al Juez de lo Civil respectivo, para que califique el disenso de la persona que deba dar el consentimiento.

Indemnización especial.

Art. 23. Los reos de violación o estupro serán también condenados por vía de indemnización:

- 1.º A dotar a la ofendida en la proporción que el juez señale.
- 2.º A reconocer como naturales a los hijos; y
- 3.º En todo caso, a conceder alimentos a los hijos conforme al Código civil.

Inhabilitación especial.

Art. 24. Serán condenados a la pena de inhabilitación del derecho de ejercer la patria potestad, tutela y curaduría quienes cometan los delitos previstos en los artículos anteriores con abuso de la autoridad paternal o de la representación legal.

Coautoría legal.

Art. 25. Los ascendientes, guardadores, maestros y toda persona que con abuso de autoridad o confianza cooperen como cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en los capítulos I, II, III y IV serán considerados como autores para los efectos de la penalidad.

III

OBSERVACIONES DE LA COMISION ARGENTINA (I SECCION) A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL (agosto, 1968)

Manifestamos nuestra disconformidad respecto de la denominación para el título.

Sin pronunciarnos acerca de la posibilidad de utilizar para ello alguno de los términos que anuncia y desecha la Comisión Centroamericana, diremos que tampoco la locución "libertad sexual" expresaría adecuadamente el interés que se pretende tutelar; tanto menos si atiende a su equivocidad y a que, en varios de los textos proyectados bajo esa rúbrica, el sujeto pasivo podría ser, a la vez, jurídicamente incapaz y fácticamente consentidor (casos de los arts. 2.º, inciso 1.º, 2.º, 4.º en relación con el 2.º, inciso 1.º, 9.º, 15, inciso 1.º, etc.) hipótesis que evidenciarían que la protección penal no se ha discernido, precisamente, a una "libertad" insusceptible de ser ejercida por la víctima.

También puede aparecer cuestionable la exclusión de la figura del adulterio sobre la base de su eventual ubicación en otro grupo de delitos (contra la organización o estructura familiar). Menester es saber si dicha categoría ha de instituirse, pues en ella cabría también el incesto, a pesar de que es incluido en el título que examinamos.

En consecuencia, encontramos objetable la ubicación del incesto entre las figuras "contra el pudor público". Parece inadecuado, además, en el supuesto de aceptarse el bien jurídico específicamente tutelado en el texto proyectado, limitar su incriminación a las hipótesis en que la relación incestuosa se ofrezca "con notoriedad".

Otros reparos pueden agregarse a los textos proyectados. Por ejemplo, el elemento subjetivo que incluye en su párrafo final el artículo 12; la lenidad con que se sanciona la pornografía (art. 13; etc.).

Anotamos ahora varias observaciones al articulado propuesto.

Art. 1.º: Pareciera oportuno prever una fórmula complementaria del inciso 2.º para abarcar otros supuestos (víctima a quien se encuentra atada). Sugerimos la inclusión de "o por cualquiera otra causa" que la hubiere imposibilitado.

Arts. 3.º y 4.º: No se advierte con claridad las diferencias entre ambos. El aprovechamiento de la inexperiencia de la mujer o la captación de su confianza (art. 3.º) es un resultado de la actividad del agente que puede utilizar, para lograr la entrega, engaños o astucias entre las que, por supuesto, se cuentan las enumeradas (art. 4.º). Si se quiere agravar este delito por conductas particularmente repudiables, debió modificarse la escala penal como corresponde a las circunstancias respectivas, pero siendo igual la penalidad en ambos artículos, engendra dudas sobre la necesidad de la doble inclusión.

Art. 11: Ya hicimos reparos a este artículo.

Cap. IV: No nos parece adecuado el nombre del capítulo porque la corrupción no puede ni debe ser confundida con la prostitución. Aceptamos, por cierto, que esta última es una actividad corruptora; pero se trata de hipótesis específica. Si ambas modalidades delictivas son abarcadas en el mismo capítulo, criterio con el que estamos ya de acuerdo, la descripción típica debe ser más precisa.

Art. 14: Si se entiende que "los actos sexuales anormales" pueden comprender a los prematuros —este es nuestro punto de vista—, la fórmula es adecuada; pero necesitará, cuando menos, de expreso análisis en la exposición de motivos.

Art. 17: La acción de este delito es, a nuestro juicio, un tanto equívoca. Pareciera necesario limitar la relación causal a actos directos, por ejemplo, "hacerse mantener siquiera parcialmente" porque obviamente, no toda actividad lucrativa que se haga con una prostituta es delito.

Cap. V: Es dudoso que todas estas reglas deben encontrarse en la parte especial. Si el régimen de la acción penal está ubicado en la general, sus características con respecto a los delitos de naturaleza sexual deben ser allí señaladas. Igual ocurre con la extinción de la acción penal y de la pena o con las consecuencias civiles de carácter patrimonial derivadas del delito.

IV

OBSERVACIONES DE LA COMISION ARGENTINA. II SECCION, A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL" (mayo, 1968)

Esta Comisión Argentina ha examinado a través de varias reuniones el proyecto de la Comisión Centroamericana sobre "Delitos contra el pudor y la libertad sexual", y luego de exhaustivo estudio ha acordado expresar las siguientes observaciones de carácter parcial, las que se acompañan de breves fundamentos, dejando aclarado que aquellos artículos no observados cuentan con la respectiva aprobación.

Ante todo, y en lo concerniente a la rúbrica del título, propone esta Comisión Argentina sustituirlo por el de "Delitos contra la moralidad y la libertad sexuales". El término "pudor" resulta un tanto restringido, pues no se advierte que se le afecte, por ejemplo, en caso de facilitación de la prostitución. Mejor parece el vocablo "moralidad sexual", ya que incluye evidentemente el pudor. En realidad, los bienes particularmente tenidos en cuenta son la moralidad sexual, como sentimiento individual y colectivo y como un aspecto de las sanas costumbres y la libertad sexual.

... En vista de que la Comisión Centroamericana no piensa que corresponde incriminar el adulterio, pero fuera de este título y más bien como delito contra la familia, se abstiene la Comisión Argentina de omitir

opinión a este respecto, aunque reservándose el derecho de pronunciarse en el momento oportuno.

En cuanto a las observaciones de índole parcial, corresponden a los siguientes artículos:

Art. 1.º, inc. 1.º: Suprimir la palabra "suficiente".

Art. 2.º, inc. 2.º y 5.º: Las agravaciones especiales correspondientes a los delitos de violación y estupro, deben armonizarse. En la primera disposición las "relaciones domésticas" no cubren evidentemente, las relaciones de parentesco, que aparecen expresamente incluidas en la segunda. Se propone el siguiente texto para el inciso 2.º del artículo 2.º:

"Cuando el hecho fuere perpetrado con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas que existieran entre el autor y la víctima; por el ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano u otro pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o por persona encargada de la educación o guarda de la víctima.

Sobre esta base debe también redactarse el artículo 5.º.

Art. 3.º: El tope de dieciocho años es algo elevado en los tiempos actuales, por cuya razón se propone fijarle en quince años. Además, debe suprimirse la referencia a la inexperiencia de la víctima y a la captación de su confianza, pues desnaturalizan la esencia del delito del estupro.

Art. 4.º: Se propone suprimir la expresión "promesa de matrimonio" y dejar únicamente "simulación de matrimonio u otro engaño grave". La prometida que tiene relaciones sexuales prenupciales debe cargar con su culpa.

Art. 6.º: Reemplazar "circunstancias de la violación" y "circunstancias del estupro" en los dos párrafos de este artículo por la expresión "circunstancias previstas en el art..." en ambos casos, pues, esta última fórmula es más correcta y más usual.

Art. 10: Este artículo contiene dos circunstancias de atenuación de la pena prevista para el delito de raptó. La segunda es inobjetable. No así la primera, cuya supresión se propone, pues el raptó se caracteriza, en cuanto delito sexual, por las "miras deshonestas", aún en el propio texto proyectado y ellas están ausentes, en quien de buena fe, quiere casarse.

Art. 12: Debe precisarse mejor la acción típica. No resulta correcto hacerle mediante la expresión "el que... ofenda el pudor...". El verbo ser, y así se propone, "el que ejecutare o hiciere ejecutar por otro", pudiendo redactarse la disposición de la siguiente manera:

"El que en sitio público o abierto o expuesto al público ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos obscenos..."

Adviértase que tal forma verbal aparece utilizada en el segundo párrafo del mismo artículo.

Art. 13: Este artículo es susceptible de la misma observación y de otras que a continuación se señalan. Ante todo, deben utilizarse los verbos pertinentes y destacarse así el núcleo de esta figura, por lo cual se propone mencionar "el que publicare, fabricare o reprodujere

escritos, dibujos u otros objetos obscenos” y añadir seguidamente. “y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular”, señalándose así otra hipótesis de autoría. Si se caracterizare el delito por efectiva ofensa al pudor, nos hallaríamos en presencia de un delito de daño, y no hay duda que se trata de una infracción de peligro. Además, debe reprimirse también en párrafo aparte y con la misma pena a quien “diere espectáculos obscenos de teatro, cinematografía o televisión o efectuare transmisiones radiales de ese género”.

Capítulo IV: Por comprender este capítulo no sólo el delito de prostitución en sus distintas vertientes, sino también el de corrupción, debe reemplazarse su rúbrica por la de “Corrupción y prostitución”.

Art. 14: El tope de veintiún años es elevado. Se propone el de dieciocho.

Art. 15: Al inciso 3.º añadirle: “cualquiera fuere la edad de la víctima”. En el inciso 4.º substituir “esposo” por “cónyuge”.

Art. 17: Caracterizar la rufianería mediante el verbo “lucrare” resulta impreciso y muy amplio. El concepto del delito requiere una forma muy peculiar de lucro. Se propone el siguiente texto: “El que se hiciere mantener, aunque sea parcialmente, por una persona que ejerza la prostitución, explotando las ganancias provenientes de esa actividad...”

Art. 25: En lugar de “serán considerados como autores para los efectos de la penalidad”, decir: “sufrirán la pena establecida para el autor”.

V

INFORME DE LA COMISION COLOMBIANA ACERCA DE LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE “DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL (mayo, 1968)

Después de un atento estudio de la ponencia Centroamericana sobre los “delitos contra el pudor y la libertad sexual”, la Comisión de Colombia se permite, muy respetuosamente, presentar las siguientes observaciones:

1.º *Violencia carnal.*

En vez de referir la figura a casos, como lo plantea la Comisión Centroamericana, parece más correcto describirla a través de sus elementos constitutivos; bien podría substituirse la expresión “violencia o intimidación” por la de *violencia física o normal*” que es más amplia y comprensible.

La llamada doctrinalmente “violencia presunta”, comprensiva tanto del acceso carnal voluntario con persona menor de doce años como del obtenido sobre persona incapaz de resistir, debería consignarse en artículo separado o en un inciso del artículo que contempla el tipo base.

2.º Estupro.

Creemos que las dos fórmulas utilizadas bien podrían refundirse en una que, al tiempo que limitase la amplitud de la primera, lo diese un contenido más concreto a la figura; bastaría consignar una norma que previene el acceso carnal sobre sujeto indeterminado (hombre o mujer) con edad mínima de doce años, mediante el empleo de medios insidiosos o engañosos, sin necesidad de puntualizarlos, ni de hacer, por lo mismo, expresa referencia a la promesa matrimonial.

Nos parece que podría agregarse a la figura tradicional del estupro, otra que contemplase como modalidad presuntiva la realización del acceso carnal sobre persona mayor de doce años y menor de quince años con su consentimiento, sobre el supuesto de que, dada su relativa inmadurez mental, tal consentimiento no es pleno.

3.º Abusos deshonestos.

Como quiera que la diferencia fundamental entre este delito y los precedentes es la no realización del acceso carnal, su descripción quedaría completa al señalarse como conducta típica la realización de actos erótico-sexuales diversos del acceso carnal mediante el empleo de violencia o engaño respecto de un sujeto pasivo menor de doce años.

4.º Corrupción de menores.

En vez de señalar una modalidad de esta figura bajo el nombre equívoco de "delitos relativos a la prostitución" como lo hace la Comisión Centroamericana, consideramos que este tipo legal debería presentarse después del anterior y sobre los siguientes elementos: sujeto pasivo sexualmente indeterminado y menor de quince años y actos erótico-sexuales derivados del acceso carnal realizado con su concurso o en su presencia o actos de acceso carnal homo o hetero-sexuales ejecutados en su presencia.

5.º Rapto.

No participamos de la ubicación que del rapto hacen los colegas centroamericanos, pues, a pesar de que se trata de una figura pluriofensiva, parece mucho más clara o inmediata la lesión al bien jurídico de la libertad individual o de la unidad y armonía familiares que al del pudor la libertad sexual. Por lo que hace al tipo en sí, creemos que a los verbos *sustraer* y *retener* habría necesidad de agregar uno que indicase el empleo de violencia, como *arrebatar* o *apoderarse*. La expresión "miras deshonestas" es demasiado vaga por lo amplia; podría reemplazarse por "fines libidinosos" o "satisfacción de algún deseo erótico-sexual"; los fines matrimoniales bien podrían encuadrarse dentro de la figura como elemento subjetivo de la misma al lado del animus libidinoso.

La aceptación o rechazo del llamado "rapto impropio" estará condicionada, en últimas, a la ubicación del delito, puesto que si se acepta

que el bien jurídico tutelado es el de la libertad individual éste no cabría a menos que, por razón de la edad o de otra circunstancia personal del sujeto pasivo, se contemplase una fórmula similar a la de la violencia presunta. La solución sería diversa si ubicamos la figura dentro de los delitos que atentan contra la familia.

6.º *Incesto.*

Nos parece que respecto de esta figura existe también una equivocada ubicación como que es la integridad familiar y el mutuo respeto de sus integrantes lo que más directamente resulta afectado por la relación incestuosa. De otro lado, la cualificación de “consanguíneos y uterinos” que de los hermanos se predica, bien puede suprimirse; en cambio, creemos conveniente extender la figura a los parientes por adopción (al menos a los hijos y hermanos) cuya condición de miembros de la familia justificaría este tratamiento jurídico.

7.º *Ofensas al pudor.*

Teniendo en cuenta que la punibilidad de los hechos ordinariamente comprendidos en este acápite sólo es efectiva en la medida que se realice con inmediatez y celeridad y que tal cometido parece más propio de la actividad policiva que de la jurisdiccional, propiciamos la fórmula de transformar estas figuras delictivas en contravencionales.

En subsidio, y como quiera que la experiencia judicial ha demostrado que la exigencia de la efectiva lesión al bien jurídico del pudor hace prácticamente imposible la estructuración de estos ilícitos, no sólo por las complejidades probatorias que ella conlleva sino por la dificultad misma de concretar el contenido y alcances de lo que se entiende por pudor, propiciamos la descripción de un tipo de mera conducta.

La misma observación hemos de hacer en relación con la pornografía. Nos parece, por otra parte, necesario hacer mención expresa de las *exhibiciones obscenas* que no caben, tal vez, dentro del marco de las conductas propuestas por los colegas centroamericanos.

Quizá resulte pertinente el empleo de una fórmula exceptiva, referida a publicaciones, objetos, obras o representaciones de carácter científico, educativo, artístico o deportivo, que pueda servir de límite a la valoración judicial de lo impúdico; así lo consagran entre otros los códigos de Italia y Colombia.

8.º *Prostitución.*

Nos parece más adecuado, porque mejor corresponde al hecho que se quiere sancionar, el empleo de la expresión “proxenetismo”; los verbos *promover* y *facilitar*, el primero muy ambiguo y el segundo demasiado amplio, podrían sustituirse por “inducir” u otro semejante que mostrase una más directa relación entre la conducta del agente y el hecho de la prostitución del sujeto pasivo. El propósito de satisfacer

deseos ajenos, como elemento subjetivo del tipo, debería desaparecer no sólo por la dificultad de su demostración, sino porque usualmente el proxeneta sólo persigue un fin de lucro.

9.º *Trata de blancas.*

Ante el tremendo auge de la prostitución masculina no se ve clara la razón por la cual se limita la calidad del sujeto pasivo a su condición de mujer o de menor; consideramos, por lo mismo, que se debe extender también a los varones. La minoría de edad bien podría tomarse como agravante específica.

10.º *Agravantes.*

En lugar de señalar para cada figura delictiva en particular agravantes que se repiten respecto de las otras, nos parece más técnico redactar una norma de agravación general referida a condiciones bio-síquicas del sujeto pasivo, a ciertas modalidades de la conducta o circunstancias personales predicibles del actor, aclarando que tales circunstancias se tendrán en cuenta para los efectos de la punibilidad siempre que no sean exigidas como elementos constitutivos del tipo legal.

11.º *La acción penal.*

No participamos del criterio que supedita la iniciación de la acción penal a la querrela de parte interesada, porque no encontramos razón valedera para romper el principio de la oficiosidad de la investigación; basta observar que nuestros ilustres colegas centroamericanos han tenido que plantear varias excepciones que limitan considerablemente su tesis de la querrela. Pero es que, además, la aceptación de esta institución *ius privatista* puede dar orígenes a fraudes y chantajes y en general a una moderna *compositio* no por efectiva menos reprochable.

12.º *El perdón.*

Es esta otra institución arcaica que entrega al particular la potestad punitiva que privativamente corresponde al Estado y que, en consecuencia, no propiciamos en manera alguna, aunque reconozcamos el noble propósito de que pueda estar investida.

13.º *Indemnización especial.*

Nos parece que la materia aquí tratada plantea problemas jurídicos que deben resolverse, y en muchos Estados efectivamente tienen resueltos, el Código civil o leyes especiales, por lo que nos inclinamos por la supresión.

14.º *Inhabilitación y coautoría.*

Respecto de la primera, valdría la pena considerar la posibilidad de consignar en la parte general una norma que diese pautas para su

aplicación, en todos aquellos delitos en que las relaciones familiares o legales entre el agente y el sujeto pasivo hiciesen desaconsejable que sobre aquél continuase la titularidad de la institución jurídica de la patria potestad, tutela o curatela.

Con relación a la coautoría, nos parece suficiente lo que sobre ella se ha consignado ya en la parte general del proyecto.

15.º *Matrimonio subsiguiente.*

Prohijamos la conveniencia de una norma excepcional que permita extinguir la punibilidad en el caso de matrimonio subsiguiente a los delitos de violencia carnal, estupro, abusos deshonestos y corrupción de menores, sobre estos dos supuestos: a) La efectiva realización del matrimonio, y b) Su carácter de excepción personal.

Dejamos de esta forma esquemáticamente expuesto nuestro criterio sobre la ponencia centroamericana en la esperanza de que él pueda contribuir en alguna medida al mejor éxito de la empresa jurídica que todos nosotros nos hemos propuesto.

VI

OBSERVACIONES DE LA COMISION CHILENA A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL"

(agosto, 1974)

La Comisión Chilena, después de un atento estudio de la ponencia de la Comisión Centroamericana sobre "Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual", ha estimado conveniente expresar las siguientes observaciones a dicho proyecto, tanto en lo que se refiere a sus aspectos generales como al articulado en particular.

Observaciones generales.

La Comisión Centroamericana se ha apartado de lo tradicional en la denominación de este título y lo ha caracterizado como "Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual". Ello reviste importancia, pues esta rúbrica vincula este grupo de delitos a la defensa de los bienes jurídicos mencionados. La Comisión Chilena estima que esta denominación no es aconsejable y sugiere su modificación.

Por una parte, es demasiado restringida, ya que no todas las figuras delictivas contempladas afectan al pudor y a la libertad sexual, lo que se hace patente en el proyecto en el párrafo de los delitos relativos a la prostitución y, con mayor evidencia aún, en el caso del delito de incesto, en la que se ha debido incluir el equívoco elemento de la notoriedad para considerarlo como atentatorio al pudor. La expresión pudor, a su vez, en su carácter público y privado, sólo pre-

senta un aspecto de la compleja estructura de los delitos sexuales y prescinde del importante factor de la valoración ética inherente a ellos.

Por otra parte, esta denominación puede llevar a dificultades interpretativas, ya que la libertad sexual se vincula a delitos contra el individuo, y el pudor, aunque en la fundamentación se recalque que comprende sus aspectos públicos y privados, puede ser entendido en este sentido restringido, lo que llevaría a considerar todo el grupo de delitos como atentatorio meramente contra bienes jurídicos individuales, lo que distorsiona el verdadero sentido de los delitos sexuales.

Es verdad que los llamados delitos sexuales presentan el agudo problema de la exacta determinación del bien jurídico protegido. Más que un bien jurídico genérico, común a todo el grupo lo que cohesionaría este núcleo de delitos es el momento común de referencia de la sexualidad. Ello ha llevado necesariamente a precisar determinados bienes jurídicos específicos vinculados al contenido de injusto de las diversas formas delictuales. Sin embargo, puede decirse que en esencia los delitos sexuales procuran una protección al ordenamiento ético y jurídico de la vida sexual. Por ello, la Comisión Chilena se inclina por la denominación "Delitos contra la Moralidad y la Libertad Sexual", que incluye la específica mención respecto a la libertad sexual en razón de su fundamental importancia.

De mantenerse el criterio de la Comisión Centroamericana, parecería más consecuente, como lo proponen otros proyectos modernos, eliminar definitivamente el título de los delitos sexuales y remitir por ejemplo las figuras contra la libertad sexual al grupo de los delitos contra la libertad en general, como un subtítulo y los demás delitos a las disposiciones sobre el orden público o la protección de menores.

Como visión general, la Comisión Chilena estima que la ponencia mantiene un excesivo rigor y una exagerada extensión de la punibilidad, lo que no se compadece con los profundos cambios experimentados por las costumbres en materia sexual en los últimos años y contraviene, en cierto modo, las recomendaciones del Congreso Internacional de Derecho Penal de la Haya de 1964, que propició una profunda reforma en estas materias.

Tipos susceptibles de exclusión de este grupo de delitos.

La Comisión Chilena coincide con el criterio de la Comisión Centroamericana de excluir de este grupo al delito de *adulterio*, sin embargo, considera que igual predicamento debe seguirse con el delito de *incesto*. Sea que tomemos como fundamento de su punición criterios de eugenesia o de exagamia, el incesto atenta, en realidad, contra la estructura familiar y debe ser incluido entre los delitos contra la familia.

Sistematización y denominación de los capítulos.

La división de los diversos capítulos ofrece algunos reparos. No se ve clara la razón para establecer un párrafo aparte para el delito de raptó, que tal como la violación, el estupro y los abusos deshones-

tos atenta contra la libertad sexual, aunque sea como figura de peligro.

La denominación de "Delitos relativos a la prostitución" tampoco parece apropiado, ya que no todos los delitos incluidos se vinculan a ella y parece indicar la punición de la prostitución misma.

Observaciones al articulado en especial.

Violación.

La estructura del delito de violación presenta una anomalía. El tipo base del delito incluye la forma esencial de la violación, o sea, yacer mediante violencia o intimidación, pero en lo que se refiere a las características formas de la violación impropia sólo incluye el caso de la persona indefensa, incorporando la situación del menor que otorga su consentimiento, sólo como una agravación especial, en circunstancias que no está comprendida en el tipo base. Por esta razón, la Comisión Chilena considera que el núm. 1 del art. 2.º debe quedar comprendido en el art. 1.º.

La expresión acceso carnal o yacer son de uso general y no ofrecen reparos. La Comisión Chilena, de todos modos, prefiere el uso de la expresión cópula para caracterizar la acción.

Algunos miembros de la Comisión fueron partidarios de precisar el concepto y excluir las acciones violentas realizadas dentro del matrimonio, por la peculiar vinculación de los cónyuges en su vida sexual, sin embargo, la mayoría de ella estimó preferible no hacer dicha mención y dejar el problema a la decisión jurisprudencial.

La Comisión Chilena, eso sí, estima indispensable establecer que el sujeto activo de este delito sólo puede ser un hombre y el sujeto pasivo una mujer. Sólo a esta relación corresponde la esencia del injusto del delito de violación. Cualquiera otra situación, sea de actos homosexuales o de acción de mujer a un hombre, corresponde y puede ser abarcada, en lo que sea punible, por otros tipos delictivos.

En las tres hipótesis de violación serían recomendables algunas modificaciones. Se estima preferible eliminar la expresión "suficiente" y no calificar la violencia o intimidación. Es aconsejable, además, usar la expresión impúber y no establecer un límite fijo de edad. Es necesario, asimismo, en las situaciones de incapacidad para resistir, agregar la cláusula "o por cualquier otra causa", para abarcar otras hipótesis posibles.

En lo relativo a las agravantes, aquella establecida en el núm. 2 del art. 2.º suele repetirse en forma similar en diversos tipos, lo que hace aconsejable incluirla como agravante genérica en las disposiciones comunes o crear un tipo especial de abuso sexual con personas sometidas a guarda o custodia, como lo hacen otras legislaciones.

La Comisión Chilena no llegó a acuerdo en lo referente a la violación con participación de dos o más personas. Las hipótesis pueden ser diversas en el concurso simultáneo de personas contemplado en el número 3 del art. 2.º; puede involucrar la ayuda en los actos violentos

pero que uno solo realice la cópula o, por el contrario, puede tratarse de las llamadas "violaciones en cadena", muy comunes en nuestro medio latinoamericano. Los criterios fueron muy dispares respecto a cuál de estas situaciones o si ambas serían acreedoras a una agravación.

La Comisión Chilena, eso sí, pone énfasis en considerar alguna situación de atenuación, en atención a las particularidades de la conducta erótico-sexual. Propone como circunstancia atenuante cuando la víctima, con su conducta anterior haya dado motivo a la acción o provocado al hechor al uso de la violencia.

Estupro.

Se propone la eliminación del delito de estupro por no corresponder a la realidad de nuestra época en materia de índole sexual.

Algunos miembros de la Comisión fueron partidarios de mantener algunas formas limitadas de estupro. Así, el caso de la simulación de matrimonio, evidentemente acreedor a sanción, pero que constituye una situación de muy escasa ocurrencia. Otros estimaron necesario considerar el estupro sólo como una forma más amplia de protección a la mujer menor de las relaciones sexuales prematuras y penar por consiguiente, sólo aquellas situaciones en que el autor se haya aprovechado de la inexperiencia de menores hasta de dieciséis años.

De cualquier modo, de mantenerse las disposiciones sobre estupro habría que refundir el art. 3.º y el 4.º en una sola figura, ya que en la forma que está tipificado algunas conductas se superponen.

Abusos deshonestos.

La ponencia centroamericana ha estimado necesario para establecer la autonomía de esta figura delictiva y diferenciarla especialmente de una tentativa de violación, por ejemplo, incluir en la descripción típica la referencia a la no pretensión de acceso carnal. Esta mención al elemento subjetivo parece superflua e inadecuada. Es cierto que en algunos proyectos se ha propuesto una cláusula de subsidiaridad por la cual sólo se pena a título de abusos deshonestos cuando el hecho no fuere punible como violación, pero lo que se pretende en estos casos es evitar la aplicación de un concurso real o ideal y no la delimitación de estos delitos.

La expresión "abusare deshonestamente", si bien de amplia tradición en las legislaciones latinoamericanas, requiere de mayor precisión para eliminar del tipo actos de escasa relevancia, como simples tocamientos, susceptibles de constituir sólo una contravención. También se plantea el problema de si la acción de abusar deshonestamente se refiere exclusivamente a actos en la propia persona de la víctima. Esto tiene importancia en relación con los menores, ya que respecto de ellos tienen especial relevancia no sólo los actos realizados en la persona del menor, sino que aquellos en que se obliga al menor a ejecutarlos con otra persona o a presenciar actos realizados por otros.

Por estas razones la Comisión Chilena, sin hacer una proposición

concreta, considera necesario buscar otra fórmula para caracterizar esta figura delictiva.

Es acertada la consideración amplia de hombres y mujeres, tanto como sujetos activo y pasivos. De este modo se incluyen en esta figura los actos homosexuales realizados con violencia o intimidación, y los casos relativos a la persona indefensa y al del menor. Sin embargo, parece necesario incluir también un tipo especial que se refiere a actos homosexuales con muchachos púberes, aunque prestaron su consentimiento, hasta un límite de edad de dieciséis años, por ejemplo.

El segundo inciso del art. 6.º carece de relevancia penal y debe ser eliminado, sobre todo si se considera que este delito no tiene límite superior de edad para la víctima. La situación para el menor debe estar contemplada especialmente.

Rapto.

Esta figura delictiva de peligro contra la libertad sexual, plantea en nuestra época, técnica y motorizada, serias dificultades para la interpretación del concepto de sustracción y retención, lo que puede llevar a la inclusión en el tipo de acciones usuales y normales en el requerimiento sexual-amoroso.

La Comisión Chilena estima que esta figura delictiva debe ser eliminada. No se justifica su mantención, por los problemas que suscita y porque su injusto específico es abarcado por otras figuras delictivas, como el secuestro —agravado, si se desea, por la intención deshonesta— la tentativa de violación o abusos deshonestos, o en concurso de estos delitos, en caso de haberse concretado las miras deshonestas.

De cualquier modo, de mantenerse el delito de rapto, los tipos propuestos requerirían de algunas modificaciones. No se justifica la figura del rapto impropio, con consentimiento de la víctima, considerando que no hay límite superior de edad. En los casos de persona bajo potestad, se trata de un delito contra la familia.

De ningún modo parece procedente incluir el matrimonio en las miras deshonestas como se desprende del art. 10.º.

Ofensas al pudor.

Se propone la eliminación del segundo inciso del art. 12.º, que significa una extensión desmesurada de la punibilidad de este tipo de conductas. Se trata, además, de una tipificación muy vaga, que puede ser fuente de numerosos problemas y en lo que dichas acciones pudieran ser realmente acreedoras a sanción, quedan cubiertas por otros tipos penales.

Una opinión minoritaria dentro de la Comisión fue partidaria de eliminar totalmente el tipo de las ofensas al pudor, estimando que en nuestra época actual, en que amplios campos de actividades están impregnadas de factores erótico-sexuales que permiten una familiarización con hechos de esta naturaleza, no puede estimarse que exista en estas conductas un daño social de relevancia criminal, sino que su

lugar corresponde al campo de las contravenciones. La penalidad muy reducida que establece la ponencia parecería señalar que la misma idea rondaba a la Comisión Centroamericana. Según esta opinión minoritaria, un solo aspecto podría tener importancia en el ámbito propiamente penal y es el relativo a acciones de exhibicionistas respecto a menores.

Pornografía.

La Comisión Chilena no llegó a acuerdo en relación a esta figura delictiva, ya que las opiniones vertidas fueron muy dispares.

Algunos miembros fueron partidarios de la mantención irrestricta de esta disposición por la importancia que reviste para una sana convivencia ético-sexual.

Otros miembros propiciaron algunas limitaciones como la exigencia de habitualidad o profesionalidad en el hechor, para su punición.

Una tercera posición fue partidaria de la eliminación de esta figura delictiva y de su remisión al campo contravencional, considerando que son innumerables las dificultades que se originan con disposiciones de esta naturaleza en cuanto a la determinación del carácter de pornografía de una obra, a su delimitación respecto a obras artísticas o científicas y a la determinación del grado de tolerancia en materias eróticas, más allá del cual comenzaría lo propiamente pornográfico. Se sostuvo, además, que el grado de extensión de lo sexual-erótico característico de nuestra época, el mayor grado de libertad en revistas, libros, cine, teatro, etc. y la afirmación científica del peligro casi inexistente de un posible incremento de la criminalidad sexual o de un desquiciamiento de los valores morales que informan la vida sexual o de un resquebrajamiento del normal desarrollo de ella, aconsejaría la eliminación de esta figura delictiva.

Hubo consenso en que de mantenerse el tipo relativo a la pornografía debía ser revisada la construcción de la figura.

Corrupción de menores, promoción de la prostitución.

La Comisión Chilena concuerda con la Comisión Centroamericana en la necesidad de considerar estos delitos en el Código Penal Tipo, pero estima que tanto el art. 14.º como el art. 16.º tienen una desmedida extensión en lo que se refiere al sujeto pasivo, al no establecer límite de edad en el segundo de los artículos mencionados y al fijar un límite superior de edad muy alto en el primero de ellos.

El delito de corrupción debe quedar circunscrito a los menores y puede fijarse un grado de extensión hasta los dieciséis años, por ejemplo. La referencia de actos sexuales anormales plantea el problema de la difícil delimitación del criterio de normalidad sexual y excluye las situaciones de una iniciación sexual "normal" prematura.

Del mismo modo la promoción o facilitación de la prostitución requieren de un límite de edad en el sujeto pasivo. No parece adecuado establecer una protección para la persona adulta que libremente toma

una decisión de esta naturaleza, salvo que se trate de situaciones en que realmente el hechor se ha aprovechado del desamparo o del estado de extrema necesidad de la víctima.

Rufianería.

A pesar de las dudas que ha suscrito este delito en otros países, sustentadas esencialmente en una visión criminológica que considera al proxeneta como un hombre débil, un asocial lábil, dependiente en mucho de la prostituta y de escasa peligrosidad, la Comisión Chilena estima necesaria la mantención de esta figura delictiva, ya que esta visión del "rufián" no parece corresponder a la realidad latinoamericana.

En nuestro medio parece indispensable proteger a la prostituta de la explotación y, además, el ambiente en torno al proxenetismo sirve no sólo de fomento a acciones sexuales reprobables, sino también de ayuda y apoyo a la delincuencia profesional y a la alta criminalidad.

El tipo de art. 18.º requiere, eso sí, de modificaciones. La simple expresión "lucrar del producto de la prostitución" es muy vaga y amplia y puede dar pábulo para penar acciones absolutamente ajenas a la rufianería propiamente tal.

Sin pretender concretar un tipo de autor, es necesario establecer como elemento esencial la vinculación estable con la prostituta y señalar como acciones específicas el fomento de la actividad de la prostituta para su provecho y mediante coacción.

Trata de mujeres y de menores.

Se estima acertado incluir un delito de esta naturaleza y considera, eso sí, que debe procurarse su coordinación con los convenios internacionales de estas materias.

Reglas comunes.

La Comisión Chilena coincide con los criterios que informan los artículos 19.º y 21.º, referentes al régimen de la acción penal, a su extinción y a la de la pena. Estima, eso sí, que los arts. 20.º, 22.º y 23.º no deben ser incluidos en el Código Penal Tipo y que su reglamentación especial debe ser reservada para la legislación civil y procesal interna de cada país.

En lo referente a la inhabilitación especial establecida en el artículo 24.º considera que debe ser entendida como una forma amplia de inhabilitación para ejercer los derechos mencionados respecto a cualquier persona y no sólo respecto de la víctima.

Finalmente, parece conveniente eliminar la disposición del art. 25.º que otorga el carácter de autor a las personas que revisten diversas calidades y hayan cooperado como cómplices en los delitos contemplados en los capítulos I, II y IV, ya que respecto de ellos esas calidades han servido de base a especiales causales de agravación en la ponencia y me parece aceptable que vuelvan a influir para una nueva forma

de agravación de la penalidad, lo que constituye el resultado esencial de esta forma de co-autoría legal.

Situación especial de los menores.

La tendencia a una mayor liberalidad en la regulación penal de las conductas sexuales y el principio que el Derecho penal sólo debe afectar en forma mínima la esfera íntima de las relaciones sexuales de los individuos, encuentra una limitación esencial en lo que se refiere a la efectiva protección de los menores.

La ponencia de la Comisión Centroamericana, evidentemente, otorga la importancia requerida a la protección de ellos y considera estos atentados sexuales como casos calificados en los diversos tipos establecidos. Este tratamiento, sin embargo, a juicio de la Comisión Chilena presenta el inconveniente, al englobar en un tipo común los atentados contra menores y contra adultos, de no captar las peculiaridades esenciales que distinguen estos atentados sexuales.

Por esta razón, la Comisión Chilena estima aconsejable la creación de un tipo (o varios) especial que contemple en forma amplia el abuso sexual con menores, en el cual se consideran las diversas posibilidades de estos atentados, sean actos contra la persona del menor mismo, o actos que el menor deba realizar en la persona del hechor o actos sexuales que tenga que presenciar el menor; el abuso sexual continuado del menor, la facilitación de material pornográfico y cualquier forma de corrupción del menor.

VII

OBSERVACIONES DE LA COMISION ECUATORIANA A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL"

Consideraciones generales.

Con referencia al proyecto presentado por la Comisión Centroamericana, relativo a los "Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual", la Comisión Ecuatoriana presenta a continuación las siguientes observaciones:

1.º Como acepta la Comisión autora del proyecto en la exposición de motivos, es difícil encontrar una denominación precisa que reúna a todos los tipos delictivos, si no se limita con acierto cuál es el bien jurídico protegido o a protegerse. Generalmente, los conceptos de "libertad sexual", "honestidad", "pudor", "buenas costumbres" han sido utilizados como genéricos en unos casos y específicos en otros, en los Códigos que siguen el sistema tradicional, diríamos mejor el sistema llamado Derecho Penal Clásico, ya sea éste de recepción hispánica

francesa o belga, en los que se inspiran los Códigos Penales de América Luso-Española.

Empero, si el móvil o el fin es el sexual, más adecuada parece una denominación que comprenda a todas las conductas que puedan tipificarse en razón de aquellos.

Los Códigos penales de Ecuador y México utilizan como género el epígrafe “Delitos Sexuales”, sin embargo, de que al especificar los tipos delictivos éstos denominan —Código penal ecuatoriano— adulterio, atentado contra el pudor, estupro, violación, corrupción de menores, rufianería, ultrajes a las buenas costumbres, pornografía y rapto. Este supuesto nos permite aseverar que tanto la doctrina como la legislación consideraron como premisas al “móvil” y el “fin” sexual en cuanto puede trascender y lesionar el honor, la honra y la libertad sexual y tener proyecciones que ocasionan daño individual o alarma social.

Por lo dicho opinamos que el Título del proyecto de la Comisión Centroamericana debe ser sustituido por uno más genérico que pueda comprender a todas las conductas delictivas que tengan relación con el problema sexual.

2.º El Título de la Comisión Centroamericana toma como genérico al pudor y a la libertad sexual. El significado o idea de pudor es más afín con el de honestidad que con el de sexo, y por esto ha sido necesario establecer un vínculo jurídico entre pudor y sexo para concretar las conductas que puedan lesionarlo, así se dice “todo acto impúdico que pueda lesionarlo, sin llegar a la cópula carnal” constituye el tipo de atentado al pudor, como si se tratara, de una forma de desviación sexual, más que de un móvil o fin sexual. Podría aceptarse simplemente como título la segunda parte de la denominación “Delitos contra la libertad sexual”, pero quedarían fuera de las figuras específicas muchas conductas ilícitas, estimamos consecuentemente que es de preferirse la supresión de cualquier calificativo del sexo, pronunciándonos en que debe utilizarse el epígrafe de “Delitos sexuales”, no obstante de que, reconocemos que en el ámbito de la teoría esta denominación ha sido criticada por destacados penalistas, que sostienen que dicha denominación “no pone de relieve cuál es el derecho que constituye objeto de la lesión”, idea de la cual discrepamos fundados en las teorías de los móviles del delito y en la finalista.

El delito de adulterio.

1. Para tipificar el delito de adulterio se ha puesto atención en que esta conducta lesiona intereses de orden moral, familiar o social; particularmente, la legitimidad de la descendencia y la concepción del matrimonio fundada en la fe conyugal. La trascendencia social de este ilícito no puede desestimarse por los trastornos que produce, fundamentalmente en las clases menos cultas, en el medio latinoamericano. Nos permitimos sostener la necesidad de mantener el adulterio como tipo delictivo, pero rubricándole entre aquellos que tienen por objeto

proteger como bien jurídico al matrimonio o a la familia; matrimonio y familia que se colocan en peligro de desintegración por dicho ilícito.

Violación.

1. En cuanto al texto en que se encuentra concebido el tipo de "violación" no tenemos observaciones que hacer.

Empero, estimamos que, entre las causas de agravación especial deben considerarse, además, los resultados del hecho, cuando éstos producen una grave perturbación en la salud de la persona violada o la muerte de ésta; debiendo graduarse la pena, según estos resultados hasta el máximo.

Estupro.

1. En el estupro no es suficiente el "acceso carnal", ya sea que estos términos se tomen como "aproximación sexual" o "penetración parcial o total", según las tesis formalistas o materialistas, respectivamente. Lo esencial es la "cópula" toda vez que habiendo consentimiento sea arrancando empleando seducción, engaño o cualquier otro tipo de maniobras, condicionados a la edad y a la falta de experiencia de la víctima, requiere un "coito" normal físicamente, aunque no llegue a perfeccionarse con todas las características fisiológicas.

Sugerimos que se agregue después de las frases "captando su confianza" las palabras "mediante seducción o engaño".

Por lo dicho estimamos que debe suprimirse el "estupro fraudulento", toda vez que según nuestro criterio, el estupro tiene como elemento constitutivo la actividad fraudulenta del estuprador. Estamos de acuerdo en la agravación especial sugerida por la comisión la cual debe mantenerse en la redacción.

Abusos deshonestos.

1. Más técnica nos parece la denominación de "atentado contra el pudor" que la utilizada por la Comisión Centroamericana "abusos deshonestos". El bien jurídico protegido es el pudor de la víctima. Además, en los términos en que está concebida la norma se hace referencia a la forma de la conducta del agente activo más que al bien que se pretende proteger. Por estas circunstancias sugerimos que se sustituya con la siguiente: "El que atentare contra el pudor de una persona, de uno o de otro sexo, sin intentar acceso carnal, sin violencias ni amenazas, será reprimido con prisión de... si la víctima fuere menor de catorce años".

Deben por otra parte ser consideradas como circunstancias agravantes las siguientes:

- a) Si el hecho es ejecutado con violencia o amenaza en una persona mayor de catorce años.
- b) Si la víctima fuere menor de doce años, y
- c) Si el atentado al pudor fuere cometido en una persona que,

por cualquier causa, permanente o transitoria, se hallare privada de la razón.

Si concurrieren estas circunstancias, la pena se agravará en un tercio más que el máximo contemplado en el supuesto anterior.

Art. "El atentado existe desde el instante que hay principios de ejecución".

Rapto.

La Comisión en el Capítulo II del Proyecto presenta fórmulas para tificar el delito de "rapto" con sus modalidades de "propio" e "impropio", y ciertas circunstancias agravantes y atenuantes.

Estamos de acuerdo con los elementos constitutivos de este tipo delictivo, pero estimamos que para evitar errores de interpretación judicial al momento de aplicar la norma, más adecuado sería que se señalen concretamente las circunstancias de la infracción y los medios de los cuales se sirve el agente activo, como son la "violencia" tanto física como moral, ésta última que, comúnmente, se presenta como amenaza u otros artificios contra la víctima; y además, que se considere la edad de la raptada.

Por otra parte, la acción de sustraer, arrebatar o retener parece que en la fórmula presentada se refiere exclusivamente a la conducta del agente activo que persigue fines deshonestos, y no son pocos los casos en que éste se sirve de un tercero para sustraer, arrebatar o retener a la raptada, por lo que, nos permitimos opinar se agregue después de los términos "sustrajere o retuviere", la frase "o hecho sustraer, arrebatar o retener" por otro. Igualmente creemos que después del término "sustrajere" se agregue "arrebatare", aunque aparentemente sea una redundancia, pero pueden presentarse diferencias por sus significados.

En cuanto a las circunstancias agravantes y atenuantes, expresamos nuestra conformidad.

Delitos contra el pudor público.

En este capítulo el proyecto cataloga los delitos de "incesto", "ofensas al pudor" y "pornografía", considerando que los resultados de éstos constituyen atentados a la "moral pública", diríamos mejor a un orden moral socialmente aceptado, como una actitud de recato que puede ser alterada, cuando en forma notoria, pública, se mantengan relaciones sexuales entre parientes dentro de cierto grado civil de consanguinidad o de afinidad; cuando los actos de ofensa al pudor sean en público, o cuando mediante los diversos medios de publicidad y exhibición se dé a conocer escritos, folletos, grabados, etc., obscenos

Creemos que el bien jurídico que se quiere proteger es el relacionado con las buenas costumbres. por lo mismo, estos delitos deben adoptarse como denominación la de "delitos contra las buenas costumbres".

En cuanto a las fórmulas proyectadas sobre el "incesto" y las

ofensas al "pudor", opinamos en el sentido de que reúnen los suficientes elementos para tipificarlos. No así con respecto a la "pornografía". En cuanto a esta figura, somos de la opinión que sujetos activos pueden ser el "autor", "el impresor", "el distribuidor o expositor"; que los medios son diversos; esto es: escritos, folletos (genéricamente publicaciones), grabados, estampas, etc. y que siendo el bien lesionado las buenas costumbres, debería ensayarse uno o más tipos que comprendan todos los posibles casos, de acuerdo a los modernos medios de publicidad y difusión, o noticia.

Por otra parte, debe señalarse las excepciones que estarían eximidas de responsabilidad, como por ejemplo los casos en que se expresan figuras o hechos al natural sin perseguir actitudes lúbricas o deshonestas, o cuando estos hechos están destinados al estudio o a la difusión científica, y a la expresión artística.

Delitos relativos a la prostitución

El Capítulo IV del Proyecto se ocupa de aquellas figuras delictivas que se vinculan con la prostitución, al objeto de reprimir todas aquellas conductas que tienden a fomentarla y facilitarla, poniendo en peligro, particularmente, la conducta de los menores. Si aceptamos la tesis tradicionalista, hemos de convenir que la prostitución es un problema social de viejo origen y que persiste en todas las épocas y pueblos, y cuyos esfuerzos para abolirla han fracasado, muchas veces, en no pocos países en que se ha pretendido. Por esto, que, el camino más viable ha sido el de tratar de controlarla, procurando evitar el que pueda afectar a quienes por falta de experiencia y madurez, se inician y hacen profesión del comercio sexual. Marcada fue la época en que las medidas policiales y de profilaxis sanitaria se pusieran en práctica para controlarla; y aun, se incorporaron en los Códigos penales normas que aceptando el concepto de "lenocinio" ocupóse la Ley de exigir requisitos vinculados con la intervención de terceros que facilitan o inducen al comercio sexual con fines lucrativos. Es fundamento importante la actitud del sujeto activo del "lenocinio" descartando aún el concepto de "edad y honestidad de la prostituta"; pero al tratarse de menores que se encuentran en estado de peligro, deben considerarse indispensables estos dos últimos requisitos.

Por lo dicho, creemos que la figura o el tipo delictivo debe considerar los siguientes elementos: a) intervención de un tercero para favorecer o inducir a la realización de actos eróticos entre dos personas, sin distinguir las intenciones del sujeto activo ni las condiciones personales del pasivo; b) en este caso no debe exigirse honestidad ni juventud a quienes son prostitutas; y c) sin establecer como requisito la habitualidad o venalidad del intermediario.

Como circunstancia de agravación podrían sugerirse: a) la habitualidad e intereses de lucro del tercero; b) la edad del sujeto pasivo del acto erótico.

VIII

OBSERVACIONES DE LA COMISION MEXICANA (I SECCION) A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL" (abril 1973)

La Comisión Mexicana considera adecuado el título propuesto por la Comisión Centroamericana, pero no concuerda con la definición del estupro, ni con la distinción que se hace entre rapto propio o impropio.

Tampoco se considera adecuado que se extinga la acción penal por violación, a resultas de un perdón presunto.

Consideramos igualmente que debe establecerse en forma expresa que la acción penal, en los casos de estupro y rapto, queda extinguida por el matrimonio.

IX

OBSERVACIONES DE LA COMISION MEXICANA (II) A LA PONENCIA REELABORADA POR LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL

Se propone modificar el rubro, sustituyéndolo por el de: "Delitos contra la incolumidad y libertad sexuales".

Artículo 1.º Se propone sustituir "acceso carnal" por el término "cópula" y sustituir la conjunción copulativa de la penalidad por la preposición "a".

1.º Se propone redactarlo en la siguiente forma: "Cuando se usare violencia física o moral".

Art. 2.º Párrafo segundo. Se propone la siguiente redacción: "Cuando los hechos previstos fueren perpetrados con abuso de autoridad, de confianza, de las relaciones domésticas o de parentesco entre el autor y la víctima".

Párrafo tercero. Se propone la substitución de adverbio "simultáneo" por el adjetivo "activo".

Art. 3.º Se propone la siguiente redacción: "El que tuviere cópula con mujer casta mayor de doce y menor de dieciséis años, aprovechando su inexperiencia, será penado con dos a seis años de prisión".

Art. 4.º Se propone sustituir "acceso carnal" por "cópula" y la conjunción copulativa de la penalidad, por la preposición "a".

Art. 6.º Se propone substituir el rubro por el de "atentados al pudor" y se propone la redacción siguiente:

"El que sin consentimiento de una persona púber o impúber o

con consentimiento de esta última ejecuta sobre su cuerpo un acto erótico sin el propósito directo de llegar a la cópula, concurriendo cualquiera de las circunstancias de la violación, será penado con uno a tres años de prisión”.

El párrafo segundo queda igual.

Art. 7.º Se propone suprimirlo.

Art. 11.º Debe desplazarse al título de “Delitos contra el orden familiar”. Véase cómo se exige una notoriedad en las relaciones sexuales para la punibilidad. En general, se comete en forma oculta y el bien fundamental sujeto a protección no es de orden sexual.

Arts. 12.º y 18.º Deben emplazarse en el rubro de “Delitos contra la moral pública y buenas costumbres” proponiéndose la denominación de “lenocinio” en lugar de “rufianería”.

Los artículos que no se comentan quedarán con la redacción del proyecto.