

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXII  
FASCICULO III



SEPBRE. - DICBRE.  
MCMLXIX

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:  
EUGENIO CUELLO CALÓN (†)

Directores:  
JOSE ANTON ONECA  
Catedrático de Derecho penal  
JUAN DEL ROSAL  
Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid

Redactor-Jefe  
DIEGO MOSQUETE MARTÍN  
Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:  
LUIS LOPEZ ORTIZ  
Presidente de Sala del Tribunal Supremo  
ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ  
Presidente de Sala del Tribunal Supremo y Director de la Escuela Judicial  
JOSE M.<sup>a</sup> GONZALEZ SERRANO  
Fiscal General del Tribunal Supremo  
BERNARDO FRANCISCO CASTRO PEREZ  
Magistrado y Subdirector del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid

Consejero-Secretario:  
DOMINGO TERUEL CARRALERO (†)  
Magistrado

Vicesecretario:  
MANUEL COBO  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna

## INDICE

### Sección Doctrinal

### Páginas

<i>El autor mediano en Derecho penal español</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo	461
<i>Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria</i> , por Enrique Gimbernat	
Ordeig ... ..	489
<i>Herencia y criminalidad</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	511

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS  
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 300 ptas. Extranjero, 400.

Precio del fascículo suelto: España, 125 ptas. Extranjero, 150 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 1969.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

## CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 222-92-42, Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 6. MADRID

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.º**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 3**

# **ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**

**El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados.**



**MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

**ANUARIO  
DE DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXII  
FASCICULO III**



**SEPBRE.-DICBRE.  
MCMLXIX**

---

---

Es propiedad. Queda hecho el  
depósito y la inscripción en el  
registro que marca la Ley.  
Reservados todos los derechos.

---

---

Depósito Legal, M. 126.—1958

## El autor mediato en Derecho penal español (\*)

Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO  
Catedrático de Derecho Penal en  
la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Delimitación formal del concepto de autor.—II. Necesidad de la categoría de autor mediato.—III. Límites de la autoría mediata.—IV. Autoría mediata en delitos imprudentes.

### I. DELIMITACION FORMAL DEL CONCEPTO DE AUTOR

Como han observado reiteradamente los comentaristas, la expresión “se consideran autores” con que se inicia el artículo 14 del Código penal español (1) permite sostener que no todos los comprendidos en dicho precepto “son” autores. Para la doctrina dominante, autores, en sentido estricto, lo son únicamente los definidos en el número primero del artículo 14. Los dos restantes números de este artículo extienden la consideración de autores a quienes en realidad no lo son en sentido estricto (2).

La interpretación que ve consagrado en el número primero del artículo 14 el concepto restrictivo de autor es, a nuestro juicio, insostenible (3). El concepto restrictivo de autor ha de derivarse de los respectivos tipos de delito contenidos en la parte especial del Código. Autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva. Por esta razón han destacado algunos penalistas que no es posible determinar un concepto material de autor con vigencia gene-

(\*) Estudio destinado al libro en homenaje al profesor Jiménez de Asúa con motivo de su ochenta cumpleaños.

(1) Art. 14: “Se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado.”

(2) Vid. J. F. PACHECO: *El Código Penal concordado y comentado* I, 4.ª edición (Madrid, 1870), p. 258; J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal* I (Madrid, 1949), p. 433; E. CUELLO CALÓN: *Derecho Penal* I, 14 edic. (Barcelona, 1964), página 630; J. DEL ROSAL: *Derecho Penal español* II (Madrid, 1960), p. 122; A. QUINTANO: *Curso de Derecho Penal* I (Madrid, 1963), p. 246.

(3) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código Penal* (Madrid, 1966), p. 287. En el mismo sentido, E. GIMBERNAT: *Autor y cómplice en Derecho Penal* (Madrid, 1966), p. 218 ss.

ral para todas las infracciones punibles, dada la diversidad sustancial de los distintos delitos (4). Lo que no es obstáculo, sin embargo, para que *formalmente* pueda determinarse de manera unitaria, como acabamos de hacer aquí, un concepto de autor valedero para todo el ámbito del Derecho penal (5).

El número primero del artículo 14 supone ya, frente al anterior concepto restrictivo, una ampliación, pues *considera* autor al que *toma parte* en la ejecución del hecho. En su virtud, se extiende la consideración de autor a quien no realiza íntegramente la figura de delito, bastando tan sólo con que haya tomado parte directa en su ejecución, es decir, haya realizado algún acto ejecutivo.

Del concepto formulado se desprende la necesidad de no confundir sujeto activo y autor del delito. Cuando hablamos de sujeto activo nos referimos al sujeto de la acción, con independencia de que sea o no *responsable del delito*. En cambio, según el artículo 12 del Código penal español, los *autores* son una de las categorías de los "responsables criminalmente de los delitos y faltas". Un inimputable, por ejemplo, puede ser sujeto activo de un hecho típicamente antijurídico, pero no podrá ser nunca autor de un delito. El desconocimiento de esta distinción condujo a Quintano a considerar incorrectamente los problemas de autoría y participación en el marco de la teoría de la acción (6), siendo así que el concepto de autor, tal como le configura nuestro Código, presupone la existencia plena de todas las características esenciales del delito, pues sólo la total presencia de las mismas origina una responsabilidad criminal (7).

## II. NECESIDAD DE LA CATEGORÍA DE AUTOR MEDIATO

El concepto que hemos enunciado comprende al denominado autor mediato. La categoría de autor mediato, tan elaborada por la doctrina alemana, ha sido recibida en nuestro país con división de opiniones.

La necesidad de admitir la existencia de una autoría mediata se

---

(4) Vid. en este sentido (refiriéndonos a la obra de R. LANGE: *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*), F. SCHAFFSTEIN: *Literaturbericht*, en ZStW 56 (1936), p. 107 y 151.

(5) E. MEZGER, en *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, I, 8.<sup>a</sup> edic. (Berlín, 1957), p. 245.

(6) A. QUINTANO, *Curso* I cit. p. 235.

(7) Por esta razón tampoco resulta correcto identificar el concepto de autor del delito con el de autor del injusto, tratando, como hace H. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 10 edic. (Berlín, 1967), p. 94 ss., los problemas de autoría y participación en el marco de la antijuricidad. Por lo demás, claro está, semejante sistemática es incompatible con los ordenamientos penales que —como sucedía con el alemán antes de la reforma introducida por la Novela de 29 de mayo de 1943— consagran la accesoriadad máxima en materia de participación. En estos casos el propio Derecho positivo obliga a tratar las cuestiones de autoría y participación con posterioridad al análisis de la culpabilidad.

hizo particularmente sensible en Alemania antes de la reforma introducida en el *StGB* por la novela de 29 de mayo de 1943. Hasta entonces regía en el Código penal alemán el criterio de la accesoriadad máxima, conforme al cual para que el acto de participación resulte punible se requiere que el ejecutor principal sea culpable. Que en el desarrollo doctrinal del concepto de autor mediato haya jugado un importante papel impulsor la mencionada regulación legal alemana, contribuyó a que la categoría a que nos estamos refiriendo se considerase, sin suficiente fundamento, como un característico “fenómeno tapagujeros” (8). Según este punto de vista, la admisión de la autoría mediata carecería de sentido en aquellas legislaciones que no operan con el criterio de la accesoriadad máxima (9), o bien contienen una regulación de las hipótesis de participación mucho más exhaustiva que la que figura en el *StGB*.

Así, a juicio de Antón Oneca, el Código penal alemán hace posible y necesaria la construcción doctrinal de la autoría mediata: “Es posible, porque el autor no está definido en parte alguna. Es necesaria por las lagunas que allí tienen los preceptos sobre codelinuencia” (10).

Partiendo de esta premisa, un autorizado sector doctrinal español entiende que el concepto de autor mediato carece de “trascendencia en nuestra dogmática” (11), y que no es lícito “admitir una nueva categoría de codelinuencientes —los autores mediatos— en un Código como el nuestro, que presenta una regulación cerrada de la materia” (12).

Tanto quienes rechazan la figura del autor mediato como quienes la admiten (13) coinciden en señalar que la amplitud con que se ha concebido la autoría en el Código penal español, permite considerar

(8) R. MAURACH: *Tratado de Derecho Penal* (trad. J. Córdoba Roda) (Barcelona, 1962), II, p. 315 y 317. Los párrafos 48 y 49 del Código penal alemán hablaban concretamente, en su redacción anterior a la reforma de 1943, de *acción punible*. Ahora bien, como esta “hiperaccesoriadad” conducía a conclusiones altamente insatisfactorias, el criterio dominante se limitó a exigir que concurriesen las características esenciales que convierten al hecho en plenamente delictivo, aunque en concreto no resultase punible por concurrir una causa personal de exclusión de la pena o un impedimento procesal. De esta suerte se operaba con la denominada accesoriadad extrema. Cfr. R. MAURACH, *Tratado* II, cit. p. 406.

(9) Significativa en este sentido las críticas formuladas a la figura del autor mediato por C. PEDRAZZI: *Il concorso di persone nel reato* (Palermo, 1952), p. 35 ss.; y M. SPASARI: *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo* (Milano, 1956), p. 64 ss.

(10) J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal* I, cit. 436.

(11) A. QUINTANO, *Curso* I, cit. p. 246.

(12) J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal* I, cit. p. 436-437. Vid. también E. CUELLO: *Derecho Penal* I, cit. p. 623: “En nuestro Derecho no tiene aplicación esta doctrina, pues nuestro Código penal, en su artículo 14, 1.º, no admite otra clase de autor (ejecutor) que la del que ejecuta directamente el hecho, el autor directo o inmediato”.

(13) Vid. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal* II (Murcia, 1947), p. 46 ss.; J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* II cit. p. 128; M. LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo* II (Barcelona, 1964), p. 186 ss.

comprendidos en el artículo 14 los supuestos de autoría mediata. Las opiniones se separan de nuevo, sin embargo, a la hora de precisar en qué apartado o apartados del artículo 14 pueden inscribirse las hipótesis de autoría mediata.

Según un primer punto de vista, la autoría mediata debe considerarse comprendida en el número 1.º del artículo 14 (14). A juicio de otros, la autoría mediata no tiene ningún otro posible encaje que el ofrecido por el número 2.º del artículo 14 (15). Una tercera opinión sostiene que algunas hipótesis de autoría mediata se encuentran expresamente previstas en la parte primera —“los que fuerzan a otros a ejecutar el hecho”— del número 2.º del artículo 14, y que los demás supuestos de utilización de un inculpable caben en los preceptos relativos a la inducción (por ejemplo, instigación de un menor a cometer un hurto) o a la cooperación necesaria (por ejemplo, proporcionar un arma a un enajenado para cometer un asesinato) (16).

Pese a la amplitud de la regulación contenida en el artículo 14, creemos que la admisión de la autoría mediata resulta absolutamente indispensable también en el ordenamiento penal español. La observación de Gallas (17) de que no es posible evitar el concepto de autoría mediata ampliando el de inducción (la observación vale también para las restantes modalidades de participación en hecho ajeno), cobra plena vigencia en nuestro caso.

En efecto, ninguna de las tres interpretaciones anteriormente señaladas, que intentan reconducir los supuestos de autoría mediata a los tres números del artículo 14, consigue demostrar la pretendida intrascendencia e imposibilidad del concepto de autor mediato en el Derecho penal español.

La primera de tales interpretaciones se niega a sí misma al incurrir en una evidente contradicción. El número 1.º del artículo 14 se refiere a la “ejecución directa”, y el autor mediato, por definición, no puede caracterizarse como “*ejecutor directo*”.

Las otras interpretaciones que defienden la posibilidad de recurrir a los números 2.º y 3.º del artículo 14 resultan asimismo en gran parte inviables debido a la accesoriedad de la participación.

Ontológicamente autoría mediata, por un lado, e inducción y cooperación, por otro, presentan una naturaleza absolutamente diversa. En un caso se trata de *autoría*, es decir, de realización del hecho propio, y en los otros de *participación en hecho ajeno*. Esta diversidad ontológica es rica en consecuencias prácticas. Pensemos, por

(14) A. FERRER, *Comentarios* II, cit. p. 46; A. QUINTANO, *Curso* I, cit. página 246. Vid. también en este sentido Sentencias 31 marzo 1944 y 21 diciembre 1967.

(15) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* II, cit. p. 128 M. LUZÓN, *Derecho Penal del Tribunal Supremo* II, cit. p. 187. En esta línea también Sentencias 31 mayo 1897 y 9 marzo 1943.

(16) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* I, cit. p. 435.

(17) W. GALLAS, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission* II (Bonn, 1958), p. 67.

ejemplo, en la distinta configuración de la tentativa punible según consideremos los hechos como un supuesto de inducción o, por el contrario, de autoría mediata. En el primer caso, la existencia de una tentativa punible surge tan sólo cuando el instigado da comienzo a la ejecución del hecho. Hasta entonces, el inductor permanece, como tal, impune en virtud de la accesoriedad de la participación. En cambio, en la autoría mediata el principio de ejecución constitutivo de tentativa comienza con la actuación sobre el instrumento (18).

Ahora bien, aunque estuviésemos dispuestos a prescindir de la mencionada diversidad ontológica, nos encontraríamos con que ni siquiera *formalmente* —según se desprende de la propia doctrina dominante española— pueden reconducirse siempre las hipótesis de autoría mediata a los números 2.º (fuerza e inducción) y 3.º (cooperación necesaria) del artículo 14. Este expediente no resulta utilizable en muchas ocasiones debido al principio de accesoriedad de la participación, en cualquiera de sus versiones.

Si se señala, como hace Del Rosal, a “la *accesoriedad máxima* como la conveniente al texto penal español” (19), resulta luego de todo punto imposible reconducir al número 2.º del artículo 14, invocado por el citado autor, los supuestos de utilización de un instrumento que obra atípicamente, conforme a Derecho o inculpablemente. Según Del Rosal, el vocablo “hecho” que se utiliza en el artículo 14 “no cabe entenderlo más que como acto típicamente antijurídico y culpable” (20). Por consiguiente, si falta la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad en el comportamiento del instrumento no será posible decir, tal como exige el número 2.º del artículo 14, que el autor mediato indujo directamente a ejecutar un “hecho”. Prácticamente, casi todos los supuestos de autoría mediata deberían quedar impunes.

Esta laguna se reduce, pero no llega a colmarse, si se rechaza la accesoriedad máxima y se opera con la denominada *accesoriedad limitada*. Véamos. Para confirmar la posibilidad de reconducir una parte de las hipótesis de autoría mediata al número 2.º del artículo 14 y otra al número 3.º de este mismo artículo, alega Antón: “En efecto, como quedó ya explicado al tratar de la accesoriedad de la participación, ésta se define en nuestro Código como intervención en el hecho (antijurídico) ajeno, pero no se exige que el ejecutor del hecho sea culpable” (21). Pues bien, conforme a este punto de vista, características hipótesis de autoría mediata, tales como las de actuación a través de un instrumento que se comporta atípicamente o conforme a Derecho, deberían permanecer impunes (22). Impunidad que se hace más notoria

(18) Cfr. A. R. LATAGLIATA, *El concurso de personas en el delito* (trad. C. A. Tozzini) (Buenos Aires, 1967), pp. 73 ss.

(19) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal II*, cit. p. 119.

(20) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal II*, cit. p. 119.

(21) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit. pp. 435-436.

(22) Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit. pp. 291-292, nota 31: A. amenaza a B. para que no preste socorro a C., de tal modo que B., para evitar riesgos propios, tiene que permanecer inactivo. Según se desprende:

en la medida en que se admitan, como en efecto hay que admitir en ocasiones, por imperativo legal, la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación. La exigencia de tales elementos hace posible que la conducta del instrumento, que obra con la correspondiente característica subjetiva, deba considerarse conforme a Derecho, sin que por ello la justificación alcance a todos aquellos que, sin el citado requisito, participan en el hecho. La presencia de elementos subjetivos en las causas de justificación motiva que la conformidad a Derecho no pueda ser apreciada con criterios unitarios respecto a todos los partícipes. Esto obliga a admitir la posibilidad de una autoría mediata a través de un instrumento que obra de acuerdo a Derecho (23). Por ejemplo, la intención de defensa pueda faltar en el instigador o cooperador y concurrir, en cambio, en el ejecutor. Si se dan los restantes presupuestos, la conducta del ejecutor deberá considerarse justificada en virtud de la existencia de legítima defensa. En consecuencia, el autor mediato no podrá ser castigado, tal como se pretende, a tenor de los números 2.º ó 3.º del artículo 14, pues no ha forzado, ni inducido, ni cooperado en un hecho ajeno *antijurídico*.

La laguna no desaparece aunque se operase —lo que, por cierto, resultaría inadecuado— con la denominada *accesoriedad mínima*, que

---

del artículo 489 bis del Código Penal español, B. no se comporta antijurídicamente.

Otros ejemplos, en R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmässig oder unverbotten handelndem Werkzeug* (Berlín, 1967), pp. 28 ss.; A. convence a B., a quien se propone eliminar, para que ataque a C., ocultándole que éste porta consigo un revólver. C., que se ve injustamente agredido, reacciona y da muerte a B. en legítima defensa, conforme a lo que había previsto y querido A. El guía alpino A., que está enemistado con B., abandona a gran altitud al turista C., a fin de conseguir que, impulsado por la necesidad y para salvar su vida, fuerce el albergue de montaña de B. y consuma las reservas de leña que B. guardaba allí. En estos casos tampoco actúa antijurídicamente el instrumento.

Por lo demás, el cumplimiento de deberes dimanantes de funciones o cargos públicos constituye fuente de numerosos supuestos en los que el instrumento actúa conforme a Derecho. R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft*, cit. pp. 33 ss.: A. quiere quitarse de encima a su marido B. Para conseguirlo acusa falsamente a éste, simulando pruebas de cargo de tal manera que la ficción resulte irrecogible para la policía y el Tribunal. En base a tales pruebas, B. llega a ser condenado a una pena privativa de libertad.

La discusión en torno al instrumento que actúa conforme a Derecho, se avivó en Alemania a partir de 1945, precisamente a propósito de un fenómeno típico de la época nacionalsocialista: la cuestión de los denunciantes. Sobre el denominado *Denunziantenproblem*, vid. R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft*, páginas 5 y 38 ss.

La posibilidad de una autoría mediata a través de un instrumento que obra conforme a Derecho —asegura Fr. Chr. Schroeder— no se discute ya hoy en Alemania. Cfr. Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter* (Berlín, 1965), página 95.

(23) Como reconoció Mezger, apartándose de la primitiva opinión sostenida en su tratado. Mezger justifica el cambio de parecer precisamente en que estima necesaria ahora, a diferencia de lo que mantuvo con anterioridad, la *voluntad de defensa* para que pueda apreciarse la legítima defensa. Vid. E. MEZGER, en *Leipziger Kommentar I*, cit. p. 259.

se satisface con que la conducta del ejecutor sea típica (24). Aún así quedarían fuera de los números 2.º y 3.º del artículo 14 los supuestos de autoría mediata en los que el instrumento no actúa típicamente, por no concurrir en relación con él determinados elementos típicos objetivos o por obrar sin los requeridos elementos subjetivos del tipo (25).

Todo ello pone de manifiesto que la regulación del artículo 14 del Código penal español no evita la necesidad de recurrir a la autoría mediata.

Por otro lado, dicho precepto tampoco imposibilita la admisión de esta categoría de delincuentes, porque el concepto de autor —y, por tanto, también el de autor mediato— no se encuentra recogido en la “regulación cerrada” del artículo 14, sino que, como ya hemos indicado, se obtiene a través de una abstracción de los respectivos tipos de delitos de la parte especial del Código (26).

En consecuencia, también nuestro Código hace “posible y necesario” el concepto de autor mediato.

### III. LIMITES DE LA AUTORIA MEDIATA

Una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata.

(24) La accesoriadad de la participación no puede hacerse retroceder más allá de la exigencia de antijuricidad, porque sería absurdo castigar a alguien como *partícipe* en un *hecho conforme a Derecho*. En este sentido, G. BETTIOL, *Diritto Penale*, 7.ª edic. (Padova, 1969), p. 532.

(25) Se ofrecen diversos ejemplos: B. hereda, sin saberlo, una cosa. A. hace creer a B. que esa cosa es del dominio de A., quien, mostrándose ante B., como auténtico propietario, le incita a destruirla, lo que en efecto realiza B., conforme a lo querido y previsto por A. En este caso la conducta de B. es atípica por tratarse de la destrucción de una cosa de su propiedad (en nuestro Código con la salvedad del artículo 562 relativo a las cosas propias de utilidad social). No cabe siquiera plantearse el problema de una posible tentativa inidónea, porque B. cree que destruye la cosa con el consentimiento de su legítimo propietario. Cfr. R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft*, cit. pp. 10 y 56.

A. consigue mediante amenazas que B. se cause a sí mismo una mutilación. A. ordena a B., camarera de hotel, que recoja de una determinada habitación el reloj que se encuentra sobre la mesa. B., que nada sospecha, trae rápidamente ese reloj que no era, como ella creía, de la propiedad de A., ni se encontraba en la habitación de éste, sino en una ajena. En este supuesto B. ha “tomado” la cosa sin ánimo de lucro. Cfr. R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 321. Sobre la posibilidad de evitar en este último caso la necesidad de invocar la autoría mediata, vid. E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 226. El médico A., para producirse una excitación sexual, ordena a la enfermera B., que nada sospecha, que realice sobre el cuerpo de la paciente C. ciertas acciones que A. hace pasar por terapéuticas. B. actúa aquí sin la especial dirección volitiva que exige el tipo de abusos deshonestos. Cfr. R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 321.

En todos estos casos, aunque se entendiese el “hecho” a que se refiere el artículo 14 como simple conducta *típica* —sin necesidad de que sea además antijurídica ni culpable—, no resultaría posible decir que se induce, fuerza o coopera a un *hecho*.

(26) Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit. p. 292, nota 31.

La noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial: La de que los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas que actúan como instrumentos. La interposición de estas personas no impide en absoluto que aquellos hechos aparezcan también entonces como *obra del hombre que actúa desde detrás (Hintermann)*. A esta realidad sustancial aludió inequívocamente el Tribunal Supremo español en la Sentencia de 31 de marzo de 1944: "... Es bien sabido que abundan los casos en que el que concibe la idea criminal y decide ponerla en práctica se vale de otra persona como mero instrumento que produzca el resultado apetecido, causante físico que será responsable cuando con plena conciencia de la trascendencia de sus actos los realice voluntariamente y no lo será si ajeno a la maquinación dolosa ejecuta esos actos inconscientemente y sin intención de cooperar al designio criminal, pero la cooperación de esta persona intermedia, sea o no responsable en la esfera penal, no aleja del proceso y exime de responsabilidad al que se sirve de ella, puesto que si esa doctrina prevaleciese se habría encontrado una fórmula para que los delinquentes se pusiesen a salvo de las sanciones penales, sino que, por el contrario, la persona que ha utilizado a otra para los indicados fines, contrae la responsabilidad de autor, aunque, como en este caso, pudiera ser que no hubiese cometido por su propia mano la falsificación".

Del mismo modo que se reconoce que el hombre puede efectuar determinadas obras predisponiendo y sirviéndose de animales o aparatos mecánicos, hay que admitir igualmente que puede realizar ciertos hechos a través de otras personas que obran como instrumentos. En la exposición de motivos del proyecto oficial alemán de 1962 se asegura, a este respecto, que no es posible hacer una distinción entre los casos en los que el sujeto se vale, para cometer el hecho delictivo, de cosas y aquellos otros en los que se sirve de un hombre, y se pone de relieve que resulta apropiado, y correspondiente con la concepción popular, dispensar el mismo tratamiento al autor mediato y al inmediato (27). La Sentencia de 21 de diciembre de 1967 de nuestro Tribunal Supremo califica, con crudeza, a las personas que actuaron como instrumento de "*máquina humana* que los artífices del delito manejaron para la ejecución de este".

Que el concepto de autor mediato se reserve, no obstante, para las hipótesis en las que el instrumento es una persona humana, está plenamente justificado. No sólo por el motivo emocional que impele a repudiar una plena equiparación entre la persona intermedia y las cosas interpuestas de que se vale el autor, sino, además, por la decisiva razón de que la conducta del instrumento humano puede revestir en sí misma un significado jurídico-penal. El instrumento humano puede actuar de modo típicamente antijurídico, y es posible incluso que aparezca, a su vez, como autor criminalmente responsable.

En efecto, estimamos que la circunstancia de que la actuación del

(27) *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung* (Bonn, 1962), p. 149.

ejecutor sea en sí misma plenamente delictiva no excluye necesariamente, en todo caso, la existencia de una autoría mediata. Para referirse a las hipótesis en las que el ejecutor es, a su vez, criminalmente responsable se viene utilizando en Alemania la expresión, acuñada por Lange, "el autor detrás del autor" (28).

Ahora bien, la autoría mediata sólo será admisible en tales supuestos si se cumplen las características esenciales de la misma. Entre ellas la primordial de que el ejecutor, que se comporta ya "por su cuenta" de manera criminal, esté siendo utilizado al mismo tiempo como involuntario instrumento delictivo por la persona que actúa desde detrás. El conocido caso enunciado por zu Dohna puede servir de ejemplo. A., llega a tener conocimiento de que los miembros de una organización secreta, a la que él traicionó, han decidido acecharle y darle muerte. B. desempeñó un papel primordial en la adopción de tal decisión, pero desconoce el plan concreto conforme al que va a ser realizada ésta, para cuya ejecución se ofreció C. Desde tiempo atrás B. viene haciendo propuestas amorosas a su amiga D., extremo éste que conoce A., quien envía a B. un telegrama suscrito con el nombre de D. dándole cita para la hora nocturna y lugar solitario en que A. efectúa su acostumbrado paseo, que se corresponde con la hora y el lugar en que A. iba a ser muerto de acuerdo con el plan trazado por C. A la hora indicada B. concurre al lugar señalado en el telegrama. C., que está al acecho le confunde con A., dispara sobre él y B. resulta muerto (29).

Creemos que debe rechazarse, en cambio, la existencia de una autoría mediata a través del denominado "instrumento doloso" (*doloses Werkzeug*). Es decir, a través de persona que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de la designios del incitador o en maliciosa connivencia con él.

La discusión doctrinal sobre el llamado "instrumento doloso" comenzó hace ya casi un siglo, a raíz de una resolución dictada el 17 de octubre de 1872 por el Tribunal Superior de Prusia (30). La literatura alemana ha centrado principalmente la cuestión del instrumento doloso en torno a dos hipótesis:

a) Una persona con la intención característica de un determinado tipo de delito, hace realizar los elementos objetivos de éste a otro sujeto que obra dolosamente, pero sin la particular intención requerida por la figura legal. "Instrumento doloso carente de intención" (*absichtloses doloses Werkzeug*). Una persona, con ánimo de apropiárselas, se apodera de cosas muebles ajenas a través de otra persona que actúa

(28) Vid. Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, cit. p. 13.

(29) Cfr. Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 143 ss.

(30) Esta resolución se refiere a un caso de "instrumento doloso carente de la especial intención", y en ella se declaró: "La punibilidad, como autor, de quien se sirve de otra persona como de un instrumento, no se excluye por el hecho de que esta última actúe dolosamente". Vid. P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiat et le problème de l'instrument humain intentionnel* ("doloses Werkzeug") (Bern, 1954), p. 66, y Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, cit. p. 81.

dolosamente, pero sin ánimo de apropiación ilícita (especial elemento subjetivo requerido por el parágrafo 242 del Código penal alemán). A., conocedor de la situación real, a requerimiento de B., atrae las aves del corral del vecino C. y las encierra en el establo de B. (31).

b) Una persona cualificada (*intraueus*) se sirve, para la realización de un delito especial, de un sujeto no cualificado (*extraneus*) que actúa dolosamente. “Instrumento doloso no cualificado” (*qualifikationsloses doloses Werkzeug*). Un funcionario hace que un particular ejecute dolosamente una falsedad en un documento oficial de la exclusiva competencia del primero (32).

En estos casos —se dice— no existe la posibilidad de una punición a título de participación (33), y, por tanto, debe recurrirse a la autoría mediata. El instigador no puede ser castigado como inductor del delito de hurto o del delito especial de funcionarios (que el ejecutor no realizó). La solución que se propone es la de punir entonces al instigador como autor mediato y al ejecutor doloso (que no puede ser, en ningún caso, autor por carecer de la intención o cualidad requeridas) como cómplice (34).

La figura del “instrumento doloso”, plenamente consciente de cuál es su situación respecto a la persona que actúa desde detrás, suscita ya en primer término una cuestión de lenguaje. Beling advirtió que conforme al idioma corriente una persona que obra dolosamente no puede decirse instrumento de otra (35). Para remontar esta objeción se propuso la sustitución del término “instrumento” por el de “persona intermedia” o “intermediario” (*Mittler* o *Tatmittlers*) (36). Curiosamente, sin embargo, otros autores apelaron al lenguaje vulgar, creyen-

(31) Cfr. J. BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> edic. (Bielefeld, 1968), p. 559.

(32) A las dos mencionadas hipótesis podría añadirse una tercera: la utilización de lo que, conforme a la antigua teoría subjetiva de la participación se llamó *instrumento-cómplice doloso* (*das dolose Gehilfenwerkzeug*). Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Hamburgo, 1963), p. 259 s. Tal supuesto se caracteriza por que el instrumento actúa dolosamente y a la vez —y esto lo distingue del caso del instrumento doloso desprovisto de la particular intención— con el ánimo o tendencia que el tipo exige como especial elemento subjetivo, pero sin voluntad de autor. El instrumento quiere cometer el hecho sólo como auxiliador (cómplice) de otra persona. Vid. E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal II* (trad. J. A. Rodríguez Muñoz) (Madrid, 1955), p. 317. Según la teoría subjetiva que sustentó el *Reichsgericht*, el instrumento será entonces mero cómplice de la persona que permanece detrás, la cual, por su parte, aparecerá como autor mediato.

(33) A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 13 edic. (München-Berlín, 1967), p. 294.

(34) Vid. P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiate*, cit. p. 66.

(35) E. BELING, *Zur Lehre von der "Ausführung", strafbarer Handlungen*, en *ZStW* 28 (1908), p. 594.

(36) E. MEZGER, en *Leipziger Kommentar I*, cit. p. 246; J. BAUMANN, *Strafrecht*, cit. p. 556.

do hallar en él una confirmación de la doctrina del instrumento doloso (37).

En todo caso —como observa Piotet— no se puede olvidar que la expresión “instrumento” es una pura metáfora incapaz de justificar —en uno u otro sentido— una solución jurídica del problema. Esta sólo podrá derivarse de los principios y de la técnica del Derecho positivo (38). Y en este terreno se oponen serias dificultades a la teoría del instrumento doloso. Como reconocen incluso quienes estiman aceptables los resultados de semejante construcción, la fundamentación de la misma es problemática (39).

Desde luego no se puede fundamentar con el criterio —comúnmente invocado a propósito de la autoría mediata— del “dominio del hecho” (40), porque el instrumento doloso domina el hecho en idéntica medida que un coautor (41). El autor mediato es autor —se suele decir— porque él, y no el instrumento, posee el dominio del hecho. Ahora bien, el instrumento doloso decide libre y voluntariamente la ejecución del hecho y puede interrumpirla cuando quiera. En vano pretenderá Welzel salvar aquí el citado criterio hablando de un “social dominio del hecho”. Según Welzel en los verdaderos delitos especiales tan sólo la persona cualificada está en condiciones de abrir al sujeto no cualificado la posibilidad de cooperar a la ejecución. Esto fundamenta el señorío (dominio social del hecho) de la persona cualificada que actúa desde detrás sobre la participación del no cualificado en la realización del delito especial, y, con ello, su autoría (42). La introducción del calificativo “social” (*soziale Tatherrschaft*) es un evidente reconocimiento de que no se trata del “mismo” dominio del hecho característico de la autoría mediata propiamente dicha. Welzel renuncia, en el marco de los delitos especiales, al significado que asignó al dominio del hecho respecto a los demás delitos, y le dota de un contenido distinto. Ahora bien, no es posible —como indica con razón Roxin— atribuir a un concepto un contenido significativo esencialmente diverso, según los casos. El concepto perdería todo sentido y se convertiría en algo absolutamente arbitrario (43). En esta misma línea de Roxin, ha señalado en nuestra patria Gimbernat el carácter gratuito de la construcción de Welzel: “El sujeto que actúa des-

(37) Así Ackermann.” Vid. P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiate*, cit. página 74.

(38) P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiate*, cit. p. 75.

(39) En estos términos se pronuncia H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Stuttgart, 1967), p. 152.

(40) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. pp. 258-260; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit. p. 294.

(41) W. GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme*, en *Materialien zur Strafrechtsreform I* (Bonn, 1954), p. 136.

(42) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 99. Vid. también en similar dirección, H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (Berlín, 1969), pp. 446-447, quien advierte que en tales casos el dominio del hecho no debe ser tenido en sentido psicológico, sino *normativo*.

(43) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 257.

de detrás tiene el dominio del hecho si el autor inmediato, por el motivo que sea —miedo insuperable, error, etc.—, no es libre al ejecutar la acción delictiva; en los supuestos en que el ejecutor actúa libremente sólo hay inducción. De pronto, en los delitos especiales propios, se afirma que, aunque el ejecutor actúe libremente, el *intrañeus* que le induce no es inductor, sino autor mediato” (44).

Precisamente a la vista de la quiebra del criterio del dominio del hecho, Roxin intentó una nueva fundamentación material de la autoría mediata en los casos del instrumento doloso no cualificado. Roxin estima que los resultados a que llega la doctrina mayoritaria alemana son satisfactorios, aunque la fundamentación ofrecida es incorrecta. Para proceder a la nueva aplicación, Roxin toma como punto de partida la consideración de los denominados *Pflichtdelikte*, que se caracterizan por consistir esencialmente en la infracción de un deber (45). Entre los *Pflichtdelikte* se cuentan los delitos especiales. Pues bien, según Roxin el concepto de autor se configura en esta clase de delitos de un modo particular. Autor es quien infringe el deber, cualquiera que sea su aportación a la ejecución del delito, y quien no infringe el deber —y no puede, naturalmente, infringirlo la persona no cualificada porque no es destinataria del mismo— no es autor, aunque posea el dominio del hecho. El criterio del dominio del hecho no entra en juego. Tanto así que Roxin utiliza, como contrapuesta a *Pflichtdelikte*, la denominación de *Herrschaftsdelikte* para referirse a aquellos tipos de delitos en los que la autoría y participación se determina no a través de la imposición de especiales deberes, sino mediante el dominio del hecho (46). Como confirmación de su tesis señala Roxin que en ocasiones la propia ley ha parificado expresamente, en los tipos de delitos especiales, comportamientos de autoría y conductas de participación. Por ejemplo, en los párrafos 347 (funcionario que dolosamente deje evadir un preso cuya vigilancia, escolta o custodia le había sido confiada, o que dolosamente procure o favorezca su evasión) y 354 (oficial de correos que, fuera de los casos previstos por la ley, abra o intervenga las cartas o paquetes confiados a correos, o que a sabiendas permita que un tercero cometa una acción de esta índole o dolosamente le preste auxilio al efecto) (47).

(44) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 257.

(45) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. pp. 352 ss..

(46) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. pp. 354-355.

(47) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 358. Una similar parificación se observa también en determinados artículos del Código penal español: 365 (el funcionario público que, teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere su quebrantamiento), 366, 1.º (el funcionario público que, no estando comprendido en el artículo anterior, abriere o consintiere abrir, sin la autorización competente, papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviese confiada), 367 (el funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio, o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados), 394 (el funcionario público que sustrajere, o consintiere que otro sustraiga, los caudales o efectos públicos que

La construcción de Roxin tampoco consigue, a nuestro juicio, fundamentar satisfactoriamente los resultados a que llega la doctrina alemana dominante en los supuestos del llamado instrumento doloso. En primer término, hay que destacar que la teoría de Roxin aspira únicamente a explicar las hipótesis del instrumento doloso no cualificado. La solución en los casos del instrumento doloso carente de la especial intención deberá buscarse, según indica el propio Roxin, por otros derroteros. Por ejemplo, en el caso del hurto mediante la ampliación del significado de la característica típica "intención de apropiarse" (parágrafo 242) (48). Ahora bien, aun prescindiendo de esta inicial limitación, resulta difícilmente defendible la doctrina de la autoría en los *Pflichtdelikte* que ofrece Roxin. No hace mucho Fr. Chr. Schroeder se preguntaba fundadamente —la pregunta es válida también en relación al ordenamiento penal español— si la teoría de Roxin está en consonancia con el Derecho vigente. Schroeder recuerda que —como el mismo Roxin reconoce— la diferencia consagrada por el Derecho positivo entre autoría y participación habla decisivamente en contra del concepto extensivo de autor. Pues bien, la teoría de Roxin extraña la plena equiparación —quien infringe el deber es siempre autor, cualquiera que haya sido su contribución a la ejecución del hecho— de todas las formas de participación de las personas cualificadas. Tratándose de la participación del *intraeus* no habrá, pues, lugar para la distinción entre autoría y participación. En cierta medida, la doctrina de Roxin conduce, de esta suerte, a un concepto extensivo de autor. Según Fr. Chr. Schroeder, el principio de que en los delitos especiales sólo pueden ser autores determinados destinatarios de especiales deberes, no permite ser invertido en el sentido de que tales destinatarios son, por regla general, autores. En otras palabras —concluye Schroeder— la creación de un delito especial debe limitar el círculo de las personas que pueden dominar el hecho, pero esto no puede interpretarse como una renuncia a la exigencia del dominio del hecho. Por lo demás, la expresa equiparación entre conductas de autoría y conductas de participación que se observa en algunos delitos especiales, lejos de ser una confirmación de su tesis, como cree Roxin, se vuelve contra ella. En efecto, constituye un argumento *a contrario* en base al cual puede sostenerse que cuando en un delito especial no se llevó a cabo expresamente —como en otros— la parificación entre comportamientos de autoría y comportamientos de participación, es porque la ley descarta la admisibilidad de semejante equiparación (49).

Se afirma por algunos que la autoría mediata a través de un instrumento doloso sólo podría fundamentarse en virtud de una teoría subjetiva de la participación (50), y se da la circunstancia de que en

---

tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones). Vid. E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 297.

(48) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 341 ss.

(49) Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, cit. p. 86-87.

(50) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. pp. 261-262: "Sólo en base a

nuestro Código —como indica Antón— autores y cómplices se distinguen objetivamente (51). Pero incluso algún partidario de la teoría subjetiva señala que ni siquiera en el marco de ésta puede ser admitida la construcción del instrumento doloso (52). La mayoría de los patrocinadores de la teoría subjetiva y al mismo tiempo prosélitos de la doctrina del instrumento doloso estiman que si el instigador actúa con la intención o cualidad especial, posee necesariamente *animus auctoris*. Por tanto, él será entonces autor mediato, y el ejecutor su cómplice. Pues bien, el punto débil de esta argumentación —escribe Piotet, convencido apologista de la teoría subjetiva— radica en que nada prueba que la ausencia de intención o cualidad especial en el ejecutor implique la presencia de *animus auctoris* en el instigador. Por el contrario, está perfectamente claro que el partícipe indirecto, aún poseyendo la intención o cualidad especial, puede subordinar su voluntad a la del ejecutor (53), es decir, actuar con *animus socii*. En definitiva —afirma concluyentemente Piotet—, ninguna doctrina sostenible puede justificar la construcción del *doloses Werkzeug* (54).

Si el pretendido instrumento actúa libremente y con pleno conocimiento de la situación existirá, en su caso, inducción, u otra modalidad de participación, pero no desde luego autoría mediata. La conducta del incitador podrá aparecer entonces bajo el signo, no ya del *abuso* de otra persona, sino de la *corrupción*, que caracteriza sustancialmente, según un sector doctrinal, a la inducción (55).

Que los casos del denominado instrumento doloso son verdaderos supuestos de participación en hecho ajeno, vienen a confirmarlo los mismos defensores de tal construcción a la hora de configurar la tentativa. Así indicará Jagusch que para determinar la existencia de tentativa en los casos de autoría mediata, hay que distinguir según se trate de instrumento de buena fe o de mala fe. En el primer caso, la interposición del instrumento de buena fe se equipara a la utilización de un medio mecánico. Por tanto, la actuación del autor mediato sobre el instrumento origina ya la presencia de tentativa. En cambio, en la hipótesis de instrumento de mala fe, la tentativa comienza tan

---

una teoría subjetiva podría justificarse —afirmando que el funcionario inductor tiene el *animus auctoris*— la autoría mediata del *intransis*; pero las teorías subjetivas son falsas y están superadas”. Y es bien significativo que Mezger haya advertido que si en su *Tratado* (II, cit. p. 317) rechazó la figura de un *instrumento cómplice doloso* fue sobre la base de una teoría objetiva de la participación. Pero una vez que abandonó la teoría objetiva y se movió ya sobre el suelo de la subjetiva, Mezger aseguró que no encontraba ninguna objeción contra una tal modalidad de autoría mediata. Cfr. E. MEZGER, en *Leipziger Kormentar I*, cit. p. 260.

(51) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit. p. 436.

(52) P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiat*, cit. p. 77.

(53) P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiat*, cit. p. 69.

(54) P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiat*, cit. p. 78.

(55) Vid. R. MAURACH, *Tratado II*, cit. pp. 317-318: “Mientras que la instigación se presenta como *corrupción*, del hombre *libre*, la autoría mediata se caracteriza esencialmente por el *abuso* del hombre *no libre*”.

sólo cuando dicho instrumento da principio a la ejecución del hecho (56). Esta diversidad de tratamiento propugnada para situaciones perfectamente idénticas desde el punto de vista objetivo, nos dice que “cuando la *Mittelperson* obra con dolo no se configura una hipótesis de autoría mediata, sino sólo un caso normal de participación, tal como ha sido subrayado por la doctrina tradicional” (57).

Para paliar las sensibles lagunas que motivaron el desarrollo de la doctrina del instrumento doloso, no existe otro expediente que el de recurrir, en cuanto sea posible, a hechos típicos que no requieran ni cualidades personales ni elementos subjetivos especiales (58), y permitan, por consiguiente, considerar al ejecutor (instrumento doloso) como autor y a la persona que actúa desde detrás como partícipe (59). Si no existe tal posibilidad, la impunidad resultará inevitable (60). La solución es en cualquiera de los casos insatisfactoria. Pero para evitar estos lamentables resultados está la capacidad previsora de la ley, que no puede suplirse gratuitamente por una artificiosa construcción doctrinal.

La autoría mediata —como advierte Antón— “no es, pues, una figura jurídica especial que la ciencia penal pueda obtener al margen de la ley” (61). Por eso, pese a los fundamentos sustanciales —a que hemos hecho referencia al comienzo del presente apartado— que abogan por una equiparación de autoría mediata e inmediata, sólo se podrá admitir una responsabilidad penal a título de autor mediato cuando la respectiva figura legal lo consienta. La inexorable vigencia

(56) H. JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar I*, cit. p. 217.

(57) A. R. LATAGLIATA, *El concurso de personas*, cit., pp. 79-80.

(58) En este sentido, FR. CHR. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, cit. p. 88.

(59) A base de considerar incorrectamente que el parricidio es un simple homicidio agravado por la circunstancia de parentesco, el T. S. ha considerado en varias ocasiones *inductor* de parricidio a la persona cualificada que instiga a un extraño para que lleve a cabo materialmente la muerte. Así, en Sentencias de 9 de julio de 1891, 18 de mayo de 1894, 18 de noviembre de 1930 y 25 de octubre de 1954.

Idéntica solución se propugna en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899 (consulta número 50).

(60) Refiriéndose a las hipótesis en que el sujeto se vale del no cualificado (ejemplos: funcionario público que encargue a otra persona ajena al servicio ocultar o destruir documentos confiados a la custodia del primero; militar que encomienda a un paisano el maltrato de un superior), observa J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit. p. 436: “El extraño no puede ser autor principal del delito especial, pues el tipo atribuye concretamente la ejecución a la persona cualificada; por consiguiente el extraño será responsable de un delito común o quedará impune, según los casos. Y el cualificado, en virtud de la accesoriedad de la participación, responderá, también, como partícipe del delito común o quedará impune. Tal solución no es justa, pues deja la impresión de quedar burlada la voluntad de la ley, que es sancionar el incumplimiento de deberes gravitantes sobre personas determinadas, y evidentemente, en tales casos, dichos deberes han sido infringidos”.

(61) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit. p. 437.

del principio de legalidad obliga a mantenerse también aquí firmemente vinculados al correspondiente tipo de delito (62).

Se ha dicho en repetidas ocasiones que el reconocimiento del autor mediato es solamente posible desde el punto de vista de un concepto extensivo de autor (63). Si fuese así habría que renunciar a la categoría de autor mediato, porque el concepto extensivo de autor no existe en nuestro Derecho (64). Por lo demás aceptar en tales condiciones la autoría mediata entrañaría dar cabida a los decisivos reparos de naturaleza sistemática, constitucional y estructural que aquejan al concepto extensivo de autor (65).

La verdad es, sin embargo, que la observación de que la autoría mediata sólo es compatible con un concepto extensivo de autor resultaría válida únicamente frente a quienes intentasen fundamentar aquélla invocando exclusivamente las razones sustanciales anteriormente expuestas, y prescindiendo de la particular configuración del correspondiente tipo.

La pretendida incompatibilidad entre concepción restrictiva de autor y autoría mediata sólo puede surgir para quienes identifiquen incorrectamente *realización* del tipo con *ejecución física* (directo-corporal) del mismo. La base de concepto restrictivo de autor debe constituir la idea de *realización* —y no la de ejecución física— de la correspondiente figura delictiva (66).

Será el sentido de cada tipo en particular el que nos indique si la realización de éste exige de modo indispensable una ejecución directa o se satisface también con una actuación mediata.

Es significativo que incluso algún penalista que rechaza la construcción de la autoría mediata, reconozca expresamente, no obstante, que “en general la interpretación restrictiva de la figura de delito no excluye el empleo de un instrumento, sobre todo cuando la actividad criminal es definida en función de un resultado” (67). Se habla

(62) Suscribimos plenamente la observación de J. BUSTOS, *Recensión a Autor y cómplice en Derecho Penal* de E. Gimbernat, en *Revista de Ciencias Penales* (Santiago de Chile) (enero-abril 1967), p. 57: “La larga experiencia del Derecho Penal y, en especial, de los últimos tiempos, nos dice que preferible a una *justicia material*, por lo demás bastante dudosa, es la conservación y defensa de las garantías de la persona humana.”

(63) R. LANGE, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf* (Berlín-Leipzig, 1935), pp. 17 s.; BOSCARELLI, *Contributo alla teoria del “concorso di persone nel reato”* (Padova, 1958), pp. 121 s.

(64) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* I, cit. p. 437, nota 1.

(65) Cfr. R. MAURACH, *Tratado* II, cit. pp. 303 ss.

(66) E. NOVOA MONREAL, *Algunas consideraciones acerca del concurso de personas en un hecho punible* (Santiago de Chile, 1964) (Separata de *Revista de Ciencias Penales*): “Es autor el que en el hecho asume el papel de sujeto activo y realiza la conducta expresada en el tipo correspondiente” (p. 5), pero la interposición de un instrumento mecánico, animal o humano no altera la cualidad de verdadero autor del hecho, “porque el concepto de autoría no hace indispensable un contacto directo e inmediato del autor con el hecho que realiza” (p. 14).

(67) C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit. p. 54.

a este respecto del “fenómeno de la mecanización del iter criminis”. Con frecuencia el agente no lleva a cabo su obra con sus propias manos. A veces las fases extremas, la agresión del objeto material, la confía a medios mecánicos, a fuerzas de la naturaleza, a animales, y del mismo modo también (añadimos nosotros) a otras personas que actúan como instrumento (68). Pero no siempre la estructura del respectivo tipo lo consiente. Existen, por ejemplo, delitos de propia mano —son característicos los *delicta carnis*— que exigen una determinada actitud física del agente, una contigüidad espacial entre autor y víctima (69).

De este modo la cuestión de los límites dentro de los cuales resulta admisible una autoría mediata se traduce en un problema de parte especial, como lo es en general, según dejamos dicho, el concepto material de autor en sentido estricto (70).

#### IV. AUTORIA MEDIATA EN DELITOS IMPRUDENTES

El concepto de autor que hemos formulado al comienzo de este estudio tiene validez tanto en referencia con los delitos dolosos como imprudentes. En contra, un importante sector doctrinal, en el que hay que contar a los defensores de la doctrina finalista, intenta establecer una neta separación entre los conceptos de autor del delito doloso y autor del delito imprudente.

La característica general del “concepto final de autor” (*der finale Täterbegriff*) es “el dominio final del acto” (*die finale Tatherrs-*

---

(68) Es perfectamente posible que la figura legal la realice el autor en parte directamente y en parte mediatamente. A un supuesto de esta índole parece referirse la S. 21 diciembre 1967, que habla en relación con los acusados de “actos materiales de ejecución, no desvirtuados por el hecho de que utilizaren a otras personas para estampar las firmas, porque estas personas sólo fueron el instrumento...”. Importa destacar que en estos casos la calificación de autor proviene del concreto tipo de la parte especial del Código, y no como sostiene la citada sentencia del número 1.º del artículo 14. El *tomar parte directa en la ejecución del hecho* que se menciona en este precepto se refiere, a nuestro juicio, a hipótesis diversas (intervención directa de varias personas en régimen de coautoría) de aquellas en las que el autor único realiza la figura legal en parte directamente y en parte a través de persona que obra como instrumento.

(69) Vid. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, cit. p. 54

(70) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 250, destaca también que el problema del autor en sentido estricto se convierte en un problema de parte especial. No nos parece, en cambio, suscribible su afirmación (p. 249) de que en el Código penal español “los supuestos de autoría mediata que no están cubiertos ni directamente por el tipo correspondiente, ni tampoco por la inducción, son subsumibles, en su totalidad, en el artículo 14, número 3.º”. Existen supuestos de actuaciones mediatas que ni pueden subsumirse directamente en el correspondiente tipo ni pueden tampoco reconducirse a los números 2.º y 3.º del artículo 14, por vedarlo, según hemos expuesto, el principio de accesoria.

*chaft*) (71). En el hecho imprudente —se dice— falta precisamente al autor, como consecuencia de su error sobre el proceso causal característico del comportamiento culposo, el dominio del acto (72). De ahí que el denominado “concepto final de autor” tenga validez únicamente para los delitos dolosos. Welzel destaca que la diferencia —sustentada por el finalismo— entre lo injusto de los delitos dolosos y el de los delitos imprudentes se refleja con particular claridad en la doctrina de la autoría (73).

Dos consecuencias derivan, por lo que al tema que nos ocupa se refiere, de las anteriores premisas finalistas: la necesidad de operar con un concepto extensivo de autor en el marco de los delitos imprudentes, y la imposibilidad de admitir una autoría mediata culposa.

En efecto, la característica del dominio final del hecho es —según se afirma —la que permite distinguir al autor de los partícipes (74). Ahora bien, como esa característica falta en los hechos imprudentes, no es posible entonces realizar tal distinción. De este modo mientras el finalismo postula un concepto restrictivo de autor para los delitos dolosos —autor es únicamente quien tiene el dominio del hecho— se ve obligado a propugnar un concepto extensivo de autor para los delitos culposos.

Maurach, después de exponer el contraste entre los conceptos extensivo y restrictivo de autor, indicando que según el primero “es autor quien *causa el resultado típico*” y conforme al segundo “quien *realiza la acción típica*”; advierte: respecto a los delitos de resultado susceptibles de comisión culposa existe “acuerdo en que la esencia de la autoría viene determinada por la causación (evitable) del resultado típico; en este sentido, todos los delitos culposos presuponen un *extensivo concepto de autor*” (75).

Welzel, por su parte, asegura que “autor de un delito imprudente es quien, a través de una acción que infringe la diligencia exigible en el tráfico, causa no dolosamente un resultado típico” (76). Por eso —añade Welzel— no hay lugar en los delitos culposos para la distinción entre autoría y participación. Toda clase de “co-causalidad” (*Mitursächlichkeit*) en la producción no dolosa —a través de una acción que lesiona el cuidado exigible en el tráfico— del resultado, es ya autoría (77).

La concepción extensiva de autor que el finalismo propugna para

(71) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 96.

(72) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 308.

(73) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 94.

(74) H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, en *ZStW* 58 (1939), página 540.

(75) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. pp. 300-301.

(76) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 95.

(77) H. WELZEN, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 95. En sentido crítico ante esta diferente concepción de la autoría en los delitos dolosos e imprudentes, vid. K. ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff, in Probleme der Strafrechtserneurung* (Kohlrausch-Festschrift) (1944), p. 176.

los delitos imprudentes implica, a nuestro juicio, una concepción causal de la acción. Se produce así una grave contradicción que compromete la premisa básica del sistema finalista.

Los finalistas pretenden anudar la distinta concepción del autor a la diferencia entre lo injusto de los delitos dolosos y lo injusto de los delitos culposos, salvando la *unitaria concepción final de la acción*. Así dirá Maurach: “La última característica común a los delitos dolosos y culposos en la *acción*, situada en la base de todo tipo, y concebida qui como una conducta orientada por la voluntad rectora a una determinada meta (“resultado”)” (78). Ahora bien, si se parte —como hace Maurach— de que “autoría es realización del acto propio”, la solución del problema de quién es autor vendrá dada por el concepto de acción (79). Luego, conforme al propio planteamiento de Maurach, el concepto extensivo de autor que se admite para los delitos imprudentes, entraña el reconocimiento de una concepción causal de la acción. Por lo demás, el mismo Maurach al criticar el concepto extensivo de autor —que no obstante considera válido para los delitos culposos— pone de relieve: “El reparo decisivo frente al concepto extensivo de autor estriba en su entronque directo *con el concepto causal de acción*. Si la acción se agota, sin atender a la dirección volitiva del autor, en una simple causación del resultado típico, de todo *ser causal* para el resultado típico se derivará la *propia* autoría” (80).

La segunda consecuencia que se deduce de los postulados de la doctrina finalista es, como señalábamos anteriormente, la imposibilidad de una autoría mediata culposa —tanto en delitos dolosos como culposos— porque el dominio del hecho por parte de la persona que actúa desde detrás es una característica material constitutiva de la autoría mediante (81). Maurach definirá al dominio del acto como el “*doloso*, tener las riendas del acontecimiento típico”, o lo que es igual, el “*doloso*, tener en las manos el curso del suceso típico” (82). Conforme a este punto de vista, del concepto mismo del dominio del hecho deriva su incompatibilidad con la imprudencia.

Contemplemos las anteriores conclusiones a la luz del ordenamiento penal español.

Como es sabido, el C. p. español, sin perjuicio de tipificar específicamente algunas infracciones culposas, adopta el sistema de incriminación abierta de la imprudencia, mediante tres cláusulas generales (83) contenidas en los artículos 565 (84), 586, núm. 3.º y 600 (85).

(78) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 307.

(79) Vid. J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado II*, cit. de Maurach, p. 310.

(80) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 304.

(81) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 314.

(82) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. pp. 309 y 343.

(83) Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1963), páginas 650 y ss.

(84) Artículo 565, párrafos primero y segundo: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor. Al que con infracción de los regla-

La redacción del artículo 565 —“el que por imprudencia temeraria ejecutase (86) un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito...” — “el que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia...” — parece impedir la admisión de un concepto extensivo de autor. En efecto, como ya advirtiera Rodríguez Muñoz, del texto del artículo 565 se deriva la necesidad de “llevar a cabo precisamente la misma conducta objetiva que en los delitos dolosos”, apareciendo la imprudencia encadenada a “todo el proceso de ejecución (de los delitos dolosos) con sus genuinas modalidades” (87). Autor de un delito imprudente no será, pues, conforme al artículo 565 todo aquel que, a través de una conducta que infringe el cuidado exigible, pone un antecedente causal del resultado, sino tan sólo quien realiza imprudentemente la acción típica del correspondiente delito doloso. Autor del delito imprudente de detenciones lo será únicamente quien *encierre* o *detenga* (artículo 480); del delito de lesiones graves, quien *hiera*, *golpee* o *maltrate* (artículo 420); del delito de homicidio, quien *mate* (artículo 407). No lo serán, en cambio, quienes, aun habiendo contribuido causalmente por imprudencia a la producción del resultado, no realizaron la conducta típica descrita en el respectivo delito doloso.

De ahí la necesidad de admitir la participación en hechos imprudentes, es decir, la exigencia de distinguir también en el marco de los delitos culposos entre *autor* y *participes*. Nuestra doctrina no ha sido insensible a esta necesidad. Quintano pudo escribir que “por lo que se refiere a doctrina española moderna, pese a la autoridad de la tradición carrariana y la pauta marcada por la jurisprudencia, se hace ver una cierta simpatía por la solución de ampliar a lo culposo las normas de la codelincuencia” (88). Y, por su parte, el Tribunal Supremo, en algunas ocasiones admitió *cooperación culposa en delitos imprudentes*.

mentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor.”

(85) Artículo 586, número 3.º: Serán castigados con multa superior a 250 e inferior a 5.000 pesetas y reprensión privada “los que, por simple imprudencia o por negligencia, sin cometer infracción de los reglamentos, causaren un mal a las personas que, si mediare malicia, constituiría delito, y los que por cualquier clase de imprudencia causasen un mal a las personas que, si mediare malicia, constituiría falta”. Artículo 600: “Serán castigados con multa superior a 250 e inferior a 5.000 pesetas los que por imprudencia o negligencia simple, sin cometer infracción de los reglamentos, causasen daños en las cosas que, si mediare malicia, constituiría delito, y los que por cualquier clase de imprudencia causen daños en las cosas que, si mediare malicia, constituirían falta.”

(86) El término *ejecución* hay que entenderlo aquí —como se deduce de la comparación de los párrafos primero y segundo del propio artículo 565— como sinónimo de *comisión* (realización) del delito, y no en el único sentido de ejecución directa como acontece en el número 1.º del artículo 14.

(87) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado I* (Madrid, 1955) de Mezger, p. 209.

(88) A. QUINTANO RIPOLLES, *Derecho Penal de la culpa* (Barcelona, 1958), página 333.

En la Sentencia 31 octubre 1928 se contiene el siguiente razonamiento: "El único punto sometido a discusión en el presente recurso es si la estimación de autor, que se asigna al recurrente en la sentencia reclamada, procede con arreglo al artículo 13 (hoy 14) del Código penal, o por el contrario, debe eximirse de tal carácter, y por lo tanto, de toda responsabilidad; mas como dicho artículo preceptúa que se consideran autores no sólo a los que toman parte directa en la ejecución del hecho delictivo, sino a los que cooperan a la ejecución del mismo por un acto sin el cual no se hubiera efectuado, es notorio que al entregar Juan J. A. la dirección y el volante del camión que guiaba a un individuo que, según los hechos probados, además de hallarse en estado de embriaguez, carecía de título, de práctica y de pericia para el manejo de tales coches, es notorio que contribuyó a realizar el delito que se castiga" (lesiones graves y daños). Siguiendo idéntica línea, la Sentencia 22 febrero de 1930 considera cooperador del número 3 del artículo 14 al que con su omisión imprudente permitió que otro sujeto tomase la dirección de un vehículo de motor, causando culposamente la muerte de dos personas. La Sentencia 25 noviembre de 1952 declara que aparecen como protagonistas del caso enjuiciado (homicidio imprudente) y responsables criminalmente "tanto el conductor del aludido vehículo cuanto el propietario: el primero, como autor directo del lamentable suceso, por conducir a la sazón con notoria imprudencia y sin el obligado *carnet* un automóvil con notables y conocidos defectos en varios de sus esenciales mecanismos, y el segundo, es decir, el recurrente, porque, a su vez, con su contumaz inuencencia y especial, exclusiva y eficiente autorización, realizó un acto sin el cual el delito en cuestión no hubiese tenido lugar, es decir, que si aquél incurrió en el caso previsto en el número 1.º del artículo 14 del Código penal, éste se halla incurso, en su caso, en el que establece el número 3.º del mismo precepto". Y las Sentencias de 17 noviembre 1958 y 2 julio 1966 se pronunciaron en similar sentido.

La dirección jurisprudencial marcada por las citadas sentencias presupone claramente un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes. En todas ellas el Tribunal Supremo reconoce expresamente que quien "entrega" la dirección del vehículo a otro, quien "consiente" que otro tome el volante del auto o quien "autoriza" a que se circule con un automóvil que presenta notables defectos en sus mecanismos esenciales, no es autor (el concepto de autor en sentido estricto se corresponde, para el Tribunal Supremo, al igual que para la doctrina dominante española, con la figura del núm. 1 del art. 14), sino cooperador necesario (núm. 3 del art. 14) de las lesiones u homicidios imprudentes. Quien "entrega", "consiente" o "autoriza" no *ejecuta el hecho* —*hiere* o *golpea* (art. 420) *mata*, (art. 407)—, como requiere el artículo 565. Y ésta era precisamente la alegación de los respectivos recurrente: no podían ser autores de un hecho que no habían realizado ellos, sino una persona distinta. Para condenarlos se le ofrecía al Tribunal Supremo la alternativa de considerarles au-

tores, menospreciando así la función de garantía del tipo —al prescindir de la exigencia establecida en el artículo 565 de que se realice el mismo proceso ejecutivo del correspondiente delito doloso, con sus peculiares modalidades de acción—, o bien calificarles como partícipes por imprudencia en el hecho culposo ajeno. En las Sentencias 31 octubre 1928, 22 febrero 1930, 25 noviembre 1952 y 2 julio 1966, optó plausiblemente por esta última vía. Téngase en cuenta que el número 3 del artículo 14, aplicado en estas Sentencias, es un indudable supuesto de *participación en hecho ajeno*, aunque a efectos normativos los cooperadores necesarios aludidos en dicho número se “consideren” autores. La aplicación del número 3 del artículo 14 implica lógicamente, por lo demás, el reconocimiento de la posibilidad de complicidad imprudente en delitos culposos. En efecto, el número 3 del artículo 14 y el artículo 16 (cómplices) coinciden sustancialmente en ser cooperación en hecho ajeno. La única diferencia estriba en que el primer precepto se refiere a la cooperación con un acto *sin el cual no se hubiera efectuado el hecho*. Ahora bien, quien admite la posibilidad de cooperar con un acto de esta índole debe admitir también la posibilidad de cooperación mediante un acto no necesario para la ejecución del hecho (89).

La dirección jurisprudencial a que acabamos de referirnos constituye una posición minoritaria. Nuestra doctrina jurisprudencial suele interpretar el requisito del artículo 565 “ejecución del hecho” como sinónimo de “realización del resultado típico” del respectivo delito doloso, es decir, como realización del “mal cierto y positivo, constitutivo de una de las infracciones dolosas especificadas en la ley penal” (90). De este modo se convierte a la figura legal de los delitos imprudentes —que ha de conformarse siempre a través de la integración del artículo 565 con el correspondiente tipo de delito doloso— *en tipos prohibitivos de causar* (91), que es, por otra parte, como aparecen expresamente diseñados por la ley, a través de las cláusulas de los artículos 586, número 3, y 600, los tipos de faltas imprudentes contra las personas y faltas imprudentes de daños.

En todo caso, la muy discutible interpretación jurisprudencial del artículo 565 como un tipo prohibitivo de causar o la configuración, como tal, por parte de la ley, de los artículos 586, número 3, y 600 no entraña el reconocimiento, para los delitos imprudentes, de un concepto de autor (extensivo) distinto al concepto de autor (restrictivo) de los delitos dolosos. El concepto de autor continúa siendo el mismo —siempre el restrictivo— y la mayor amplitud provendrá de la propia estructura del tipo. Mayor amplitud que se opera tanto

(89) A favor de la complicidad culposa en delitos imprudentes, con ejemplos, A. QUINTANO, *Derecho Penal de la culpa*, cit. p. 331, quien advierte que, sin embargo, no conoce ninguna sentencia española que haga referencia a ello (página 333).

(90) Sentencia 26 junio 1933.

(91) Sobre esta conversión llamé la atención en mi libro *La omisión de socorro*, cit. pp. 112-113.

en el marco de los delitos culposos como dolosos cuando la figura legal —recuérdese que, según el concepto restrictivo, autoría es realización de la figura legal— se presenta concebida como un tipo prohibitivo de causar. Por eso más allá de la mencionada interpretación jurisprudencial del artículo 565 como un tipo prohibitivo de causar, el propio Tribunal Supremo tendría que respetar el concepto restrictivo de autor ante aquellas figuras de delitos imprudentes que aparecen específicamente tipificadas en el Código o en leyes especiales y describen expresamente determinadas modalidades de conducta. Obsérvese, por lo demás, que es posible también una interpretación restrictiva de los tipos causales, en virtud de la cual se llegue a la conclusión de que no toda persona que pone un antecedente causal realiza la figura legal (92).

Hasta aquí hemos visto la posibilidad y necesidad de operar también en los delitos imprudentes con un concepto restrictivo de autor. La conclusión de que todo aquel que pone culposamente un antecedente causal del resultado es autor del delito imprudente y que, por tanto, no tiene sentido precisar las distintas formas de autoría ni hay lugar para la distinción entre autor y partícipes, no es correcta a la luz del ordenamiento penal español. Veamos ahora concretamente la otra conclusión antes mencionada, que niega la posibilidad de una autoría mediata culposa.

Cuando se dice —como ha dicho recientemente en nuestra patria Gimbernat— que ciertamente “sin dolo no existe dominio del hecho” (93), se afirma algo exacto si con ello se pretende destacar —según el designio de Roxin (94) y del propio Gimbernat— que no existe un “objetivo” dominio del hecho. El autor mediato debe de ser consciente de las circunstancias que convierten al ejecutor en su instrumento y le erigen a él en señor del acontecimiento. Si, en cambio, con el empleo del término “dolo” quiere negarse la posibilidad de que una persona realice un hecho imprudente a través de otra que actúa como mero instrumento, la afirmación “sin dolo no existe dominio del hecho” debe reputarse, a nuestro juicio, inexacta.

Maurach define, según hemos visto, el dominio del hecho como “el doloso tener las riendas del acontecimiento típico”. Con ello no ofrece el simple concepto de dominio del hecho, sino ya algo más: un concepto valorativo del dominio del hecho. Porque antes de referirse a “la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente

---

(92) En este sentido C. PEDRAZZI, *Il concorso di persona*, cit. pp. 50 ss.: “Causar en el sentido del artículo 575 (el artículo 575 del C. p. italiano dispone que el que ocasiona la muerte de un hombre es castigado con reclusión no inferior a veintinueve años) y similares no es poner un simple antecedente, sino reasumir y concluir la serie: causa la gota de agua que hace rebosar el vaso. Los factores que antes del evento tienen mero valor preparatorio adquieren con la consumación valor causal, pero no se convierten en ejecutivos y menos aún en típicos” (p. 52).

(93) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 127.

(94) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 331.

la configuración del tipo" (dolo), podrá —y deberá— hablarse de la "posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente un hecho", que puede ser un acto extratípico y perfectamente lícito. Antes del "doloso tener las riendas del acontecimiento típico" está, naturalmente, el "consciente tener las riendas del acontecimiento". La relación *señor-instrumento* puede establecerse, por supuesto conscientemente, para la realización de hechos extratípicos. Una persona puede convertirse voluntariamente en instrumento de otra para la realización de un hecho no típico (la voluntariedad dirigida a la realización de un acto no típico impide hablar de instrumento doloso). Pues bien, trabada esta relación *actuante mediato-instrumento* a propósito de la verificación de un hecho extratípico, puede suceder que la persona que obra desde detrás, por falta de diligencia, realice de modo no doloso, a través del instrumento, el tipo de un delito imprudente. Y no vale contraargumentar que el que así haya sucedido demuestra que el agente mediato no dominaba el hecho, porque entonces asignamos a la expresión dominio del hecho un significado distinto. Maurach indica, según antes hemos visto, que al autor del delito imprudente, como consecuencia de su error sobre el proceso causal, le falta el "objetivo dominio del hecho", porque "cree alcanzar únicamente su meta neutral para el tipo, cuando en realidad causa el resultado". Ahora bien, la ausencia de ese "objetivo dominio del hecho" cifrada en el fracaso que supone no lograr la finalidad perseguida y causar, en cambio, el no querido resultado típico, no es incompatible con la autoría mediata. El dominio del hecho esencial a ésta es el que proviene de la relación *señor-siervo de la actuación*, en virtud de la cual lo realizado por el segundo aparece como obra del primero. Mientras subsista firme esta, relación *dueño-instrumento*, existirá la posibilidad de una autoría mediata. Que, en tales casos, el agente mediato yerre sobre el proceso causal y, en vez de conseguir el resultado extratípico, realice un tipo de delito imprudente, no evitará que el acto ejecutado por quien se comportaba puntualmente como mero instrumento aparezca como obra de aquél, del mismo modo que un error de idéntica índole y con similares resultados no impide, en los supuestos de autor inmediato, que el hecho culposo se muestre como obra de éste. Lo que fundamenta la autoría mediata —es decir, que la acción del ejecutor deba ser concebida como obra de la persona que actúa desde detrás— es la relación *dueño-instrumento*, y esta relación puede subsistir con plena firmeza en los casos en los que el sujeto mediato fracasa respecto a los objetivos finalistamente perseguidos y provoca la verificación de un tipo de delito imprudente a través de una persona que se comporta como un simple y fiel instrumento (95).

---

(95) Han admitido la posibilidad de una autoría mediata culposa, entre otros, K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> edic. (Leipzig, 1907), pp. 152 y 155; E. MEZGER, en *Leipziger Kommentar I*, cit. p. 259; C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. pp. 538 ss.

El Tribunal Supremo declaró de modo terminante en la Sentencia 6 de abril 1949 que la tesis "relativa a la autoría mediata, o sea, cuando el culpable se vale de persona intermedia o superpuesta para cometer el delito, es notoriamente inaplicable a los de carácter culposo" (96). Pero la verdad es que los hechos enjuiciados en otras Sentencias, como la de 5 junio 1957, y las consideraciones en ellas contenidas, prueban la existencia real de casos de autoría mediata culposa y confirman plenamente nuestra anterior argumentación.

Los hechos contemplados en la Sentencia 5 junio 1957 son los siguientes: "En la tarde del día 22 de octubre de 1954, en la placeta del L., el camión matrícula 7.877, de M., propiedad del procesado F. R. R., después de haber cargado carbón, necesitaba realizar maniobras para ponerse en la dirección única autorizada en aquel lugar, para lo que dicho procesado, puesto en pie en la calle, daba órdenes al conductor del camión, que no podía ver nada de la parte posterior por efecto de la carga, y una de esas maniobras necesarias era la de marcha atrás, siguiendo el chófer puntualmente las órdenes e instrucciones dadas por el procesado, quedando el camión parado con la parte posterior de la carrocería a dos metros de los edificios, en cuyo momento el interfecto don D. C. R., que venía por la mano derecha, por la acera, de sesenta centímetros de anchura, estimando racional y debidamente que el camión no avanzaría más ni asaltaría la acera, continuó su marcha, en cuyo momento el procesado, sin la más elemental precaución de avisar a los transeúntes o enterarse si alguien pasaba o intentaba pasar por la acera, ordenó al chófer continuara reculando, sin prever tampoco que necesariamente había de asaltar el espacio de la acera y con su orden aplastó sobre la pared a dicho señor C."

La Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de homicidio por imprudencia temeraria, previsto y castigado en el artículo 565 en relación con el 407 del Código penal. En el recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo por el procesado se alega, entre otras cosas, que éste no era el conductor del camión, razón por la cual la Audiencia "no pudo llegar a declarar autor responsable a quien no causa daño materialmente, ni formó, ni indujo a que lo causara, ni cooperó de acuerdo con él, para causarlo, porque el acto de cooperación no era de ninguna manera necesario", y al considerar autor al procesado el Tribunal *a quo* "no valoró la esencia del propio hecho, llegando a la consecuencia de que quien procura ayudar a la vigilancia encomendada a otro no es reo del daño que otro causa,

---

(96) La declaración continúa: "pues sólo es susceptible de serlo a los de naturaleza dolosa, típicamente definidos en la ley". De esta suerte, la Sentencia 6 abril 1949 puede ser invocada como contraria a la autoría mediata en general, y no sólo a la culposa. En efecto, parece admitir únicamente esta categoría de autores en las hipótesis en las que el tipo prevé expresamente la actuación a través de persona intermedia, en cuyo caso no surge ningún problema de autoría mediata, pues quien actúa mediatamente es, en tales supuestos, autor inmediato por ejecución directa, conforme al respectivo tipo.

porque no hay ni acto ni omisión en el agente declarado culpable que determine su responsabilidad”.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso mediante el siguiente razonamiento: “El que dirige la maniobra de marcha atrás, cuando el camionista obedece puntualmente sus órdenes, sin incurrir éste ni en dolo ni culpa al cumplimentarlas, es el autor responsable, aunque por mano ajena, del resultado, y en consecuencia, no puede exculparse por no haber sido el que maniobra personal y materialmente, pues era la mente directora y vinculada por la orden dada a su empleado, ya que éste la seguía con exactitud, por entender que su patrono cumplía todas las previsiones que a un hombre normal cabe exigir en tal circunstancia.”

Los hechos relatados en la Sentencia 5 junio 1957 prueban la existencia de relaciones *señor del hecho-instrumento* establecidas para la realización de finalidades extratípicas, como lo era en el caso enjuiciado, colocar al camión en la única dirección autorizada. Hasta tal punto que la asunción por parte del procesado de la dirección y control de la maniobra y la conversión del chófer, a tal efecto, en mero instrumento, hace posible que se considere a éste, tanto por la Audiencia como por el Tribunal Supremo, exonerado de los deberes de diligencia que en otro caso le incumbirían personalmente, los cuales pasan a gravitar en virtud de la previa relación establecida sobre el procesado. La narración de hechos pone de relieve, asimismo, que en tanto se mantenga dicha relación puede subsistir una autoría mediata, aunque quien actúa desde detrás incurra al dirigir el instrumento en imprudencia. Obsérvese cómo la declaración de hechos destaca que el chófer seguía “*puntualmente* las órdenes o instrucciones dadas por el procesado”, a fin de poder considerar el hecho como obra de quien dirigía la maniobra. Con ello se afirma la subsistencia de una relación *señor-instrumento*, que fundamenta una autoría mediata. Esta desaparecería, en efecto, si en algún momento, dolosa o imprudentemente, el instrumento dejase de cumplir con fidelidad las instrucciones recibidas de quien asumió la dirección del hecho no típico (97). Pero permanece, en cambio, en tanto esa relación se

---

(97) A nuestro juicio, cuando el autor que permanece detrás no actúa dolosamente, la imprudencia o dolo del ejecutor desplaza aquella particular relación *señor-instrumento* (creada para la práctica de un acto extratípico) capaz de fundamentar, de acuerdo con lo indicado anteriormente, que lo realizado por el ejecutor material —siguiendo las instrucciones de quien asumió la dirección del hecho— pueda considerarse como *obra imprudente* del autor mediato. En este punto la diferencia con los supuestos en los que el “hombre de detrás” utiliza dolosamente al instrumento, resulta clara. La Sentencia 5 junio 1957 se mueve en esta línea al destacar que el chófer seguía “*puntualmente* las instrucciones del procesado sin incurrir en dolo ni culpa”.

De opinión contraria es C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. páginas 538 ss., quien al hablar de la autoría mediata en hechos imprudentes distingue tres grupos: a) la persona intermedia obra sin dolo e inculpablemente; b) lesiona también ella un deber de diligencia; c) actúa dolosamente. Téngase en cuenta que Roxin opera en esta materia con su original concepto

mantenga firme, aun cuando, como en el caso enjuiciado, la persona que actúa desde detrás fracase, por su temeraria imprudencia, en la consecución de los objetivos perseguidos y cause el luctuoso y no querido resultado típico.

Digna de particular atención es la configuración misma de los hechos, en la que muy significativamente se dice que el procesado "con su orden *aplastó*" sobre la pared a la víctima. Antes, pues, de llegar al plano de las consideraciones jurídicas, en el nivel mismo de los hechos, la conducta realizada materialmente por el ejecutor se describe ya como obra propia del agente mediato. No se dice que el procesado, con su imprudencia "ha sido la causa" o "ha ocasionado" el aplastamiento de la víctima, sino que fue él quien, con su orden, *aplastó* al interfecto. El acontecimiento se narra ya como *hecho propio* del procesado, realizado en autoría mediata, porque *materialmente*, claro está, nadie puede matar a otro en virtud de una "orden" transmitida a tercera persona. El procesado fue —como subraya el Tribunal Supremo— *autor* del delito de homicidio por imprudencia, si bien a través de *mano ajena*. De ahí que resultasen vanas las alegaciones del recurrente de que el procesado no fue el ejecutor material de la muerte ni, por otra parte, indujo o cooperó con un acto necesario al daño causado. Se trata de un supuesto de autoría mediata en delito imprudente y ya se sabe que, por definición, el autor mediato no ha de ser el ejecutor directo, ni puede, por lo demás, aparecer como partícipe en hecho ajeno, porque la autoría mediata, como forma de autoría que es, constituye siempre realización del hecho propio.

---

de autoría formulado para los denominados *Pflichtdelikte*, entre los que se incluyen los delitos imprudentes (p. 527). Lo decisivo conforme a este punto de vista, no es que el ejecutor directo aparezca como "instrumento" (Cfr. p. 538) y que la persona que actúa desde detrás se muestre como *dominus*, sino la posibilidad de establecer una relación —a través de la conducta de un tercero— entre el comportamiento contrario al deber (de diligencia) y el resultado. También K. BINDING, *Grundriss*, cit. p. 152, defendió la posibilidad de que en la autoría mediata culposa el instrumento obrase imprudente o dolosamente.

La admisibilidad de una coautoría en delitos imprudentes o, en su caso, la necesidad de recurrir a la categoría de la llamada "autoría accesoria", así como la posibilidad de participación culposa en delitos dolosos, son cuestiones que exceden notoriamente los límites que nos hemos trazado en el presente estudio.



# Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

El artículo 429 del Código penal español castiga en su número 1 con la pena de reclusión menor (esto es: privación de libertad de doce años y un día a veinte años) el yacimiento con una mujer cuando se usare fuerza o intimidación (1).

## I. EL CONCEPTO DE VIOLACION USANDO DE FUERZA

Antes de entrar en el estudio de la violación por intimidación, y precisamente porque nos va a ser muy útil para determinar el alcance de ésta, voy a examinar brevemente la primera modalidad del artículo 429, número 1: la violación cometida con fuerza. Ahí son imaginables dos situaciones distintas.

1. Primera situación: La violencia empleada hace físicamente imposible la resistencia de la mujer. Estamos entonces ante la vis absoluta, ante la fuerza irresistible. Ejemplos: La mujer es atada e inmovilizada o es sujeta por varias personas mientras el autor yace con ella. Que el empleo de vis absoluta es "fuerza" en el sentido del artículo 429 está fuera de discusión.

2. Pero en la práctica estos casos no son los más frecuentes: los más frecuentes son aquellos otros en los que el autor empieza por aplicar violencia y entonces la mujer, ante el temor al dolor físico que le producirían las posteriores violencias o dándose cuenta de que toda

---

(1) El texto íntegro del artículo 429 es el siguiente: "La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor.—Se comete violación yacimiento con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando se usare fuerza o intimidación.—2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.—3.º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores". El artículo 430 (abusos deshonestos) remite al 429: "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualesquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor". Por ello —y mientras no se diga otra cosa— lo que se establece aquí para la violación, rige también para los abusos del artículo 430.

resistencia sería inútil o presa de pánico por la violencia que se le aplica, deja de oponerse o cesa de prestar una resistencia hasta el máximo que obligaría al violador a aplicar también el máximo de su energía física. Este supuesto de fuerza no irresistible se halla, en realidad, entre la fuerza y la intimidación. Hay, por una parte, aplicación de fuerza; hay, por otra parte, intimidación, amenaza de que seguirán o aumentarán las violencias si la mujer no abandona o no disminuye la resistencia que opone. Con la doctrina dominante en la ciencia española —PACHECO (2), PUIG (3), QUINTANO (4), CUELLO (5) y RODRÍGUEZ DEVESA (6), entre otros—, en la ciencia alemana (7) —con la importante excepción de BINDING, quien entendía por “fuerza” sólo la vis absoluta (8)—, y con la doctrina dominante también en nuestra jurisprudencia (9) creo que en esos supuestos hay, no yacimiento con intimidación, sino igualmente yacimiento con uso de fuerza, creo que, como dice el TS, no hace falta que la fuerza sea irresistible para la mujer, que basta con que la fuerza sea eficaz para doblegar su voluntad.

Esta interpretación, como han señalado, entre otros, LEVY (10) y

---

(2) Cfr. El Código Penal concordado y comentado, tomo III, Madrid 1849, pág. 131.

(3) Véase Derecho penal, tomo IV, Parte Especial, volumen II, 5.<sup>a</sup> edición, Barcelona 1959, pág. 32.

(4) Véase Comentarios al Código Penal, 2.<sup>a</sup> ed., renovada por el autor y puesta al día en texto jurisprudenciales y bibliografía por Gimbernat, Madrid 1966, pág. 786.

(5) Cfr. Derecho penal, conforme al “Código Penal, texto revisado de 1963”, adaptado y puesto al día por Camargo, tomo II (Parte Especial), volumen segundo, 12 ed., Barcelona 1967, pág. 536.

(6) Cfr. Derecho penal español, Parte Especial, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid 1969, página 164.

(7) Cfr., por ejemplo, Levy, Die Gewaltanwendung beim Sittlichkeitsdelikt, tesis doctoral, Colonia 1932, págs. 19, 20; v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25 ed., Berlín y Leipzig 1927, pág. 521; Mezger, Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), tomo II, 8.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1958, pág. 97; Mezger/Blei, Strafrecht, II, Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 9.<sup>a</sup> ed., Munich y Berlín, 1966, pág. 57; Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, Munich y Berlín, 1962, pág. 32; Schöнке/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 14 ed., Munich, 1969, nota marginal 4 al § 177, pág. 968, nota marginal 10 antes del § 234, pág. 1122; Welzel, Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11 ed., Berlín, 1969, pág. 325.

(8) Cfr. Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1902, págs. 83, nota 2, 84. En base a consideraciones de orden gramatical, Levy, Die Gewaltanwendung, 1932, págs. 22/23, estima que en el § 176, 1 (“mit Gewalt” = con fuerza) del Código penal alemán hay que identificar fuerza con vis absoluta, mientras que en el § 177 (“durch Gewalt” = mediante fuerza) no se requiere que la fuerza sea irresistible.

(9) Cfr., por ejemplo, entre otras muchas: TS 13 enero 1943, A. 49; 21 diciembre 1946, A. 1360; 4 junio 1952, A. 1078; 17 diciembre 1965, A. 5707; 11 junio 1968 (referida a abusos deshonestos violentos del art. 430), A. 2904. (De las sentencias del Tribunal Supremo español [abr. = TS] que se mencionan en este trabajo, y que han sido tomadas del Repertorio Aranzadi [abr. = A.], cito el número con el que figuran en ese repertorio de jurisprudencia.)

(10) Véase Die Gewaltanwendung, 1932, pág. 20.

KNODEL (11), tiene su apoyo en el lenguaje corriente: si un militar revela un secreto ante las torturas que le aplican unos espías, en el lenguaje corriente no se dice que la declaración ha sido obtenida mediante amenazas, sino que ha sido obtenida por la fuerza; y se dice esto, aunque, examinando con detenimiento la situación psicológica, no ha sido la fuerza la que le ha hecho declarar, sino la amenaza, la intimidación de que si no confesaba el secreto le seguirían maltratando.

3. Resumen: Hay violación —o, en su caso, abusos deshonestos— por fuerza cuando se aplica vis absoluta o cuando se emplea violencia con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima mayor será la energía física que aplicará el delincuente.

## II. LA VIOLACION INTIMIDATORIA

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Pasemos ahora a ocuparnos de la violación por intimidación. El gran problema dogmático de esta modalidad es el de determinar a qué amenazas se refiere el legislador en ese segundo supuesto del número 1 del artículo 429. En lo que sigue sólo trato de efectuar un acercamiento al problema, proponiendo algunos posibles criterios; tal vez con ello puedan adelantarse unos pasos hacia la definitiva solución.

a) Leamos en el Código: El artículo 429 dice, en el segundo supuesto del número 1, que es violación el yacimiento con una mujer "cuando se usare intimidación". Pensemos en el siguiente ejemplo: La hija de familia ha ido a bailar sin permiso de sus padres; si accede a yacer con el autor, es porque éste la amenaza con decir en casa de la muchacha dónde ha pasado la tarde. Un segundo ejemplo: El hombre consigue tener acceso carnal con la mujer, amenazándola con que, si se niega a consentir, revelará a las amigas de la intimidada la verdadera edad de ésta. En estos dos casos imaginados ha habido yacimiento usando de intimidación. Y a pesar de que ambos cumplen el supuesto de hecho del artículo 429, parece fuera de discusión que no se ha cometido una violación intimidatoria. Lo cual quiere decir: no todo yacimiento con intimidación es un yacimiento con intimidación en el sentido del artículo 429. La pregunta sigue siendo: ¿A qué intimidación hace referencia la ley en ese precepto?, ¿cuál es la intimidación típica?

Los dos ejemplos que acabo de exponer nos indican ya que la solución del problema no puede ser la de limitarse a decir —con VIADA (12) y con la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de fe-

(11) Cfr. Begriff der Gewalt, 1962, pág. 32.

(12) Cfr. Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876 concordado y comentado, tomo III, 4.ª ed., Madrid, 1890, pág. 119.

brero de 1964 (13)— que basta (cito de la sentencia de 1964) con que la intimidación “sea suficiente para enervar la oposición de la mujer”. Pues la intimidación de delatar que la muchacha había ido a bailar o de revelar la edad que por coquetería ocultaba fue suficiente, en efecto, para “enervar su oposición”: la mujer se entregó al hombre para evitar que éste realizase su amenaza. Y, no obstante, la intuición jurídica nos dice que, a pesar de ser suficiente, la intimidación de esos dos ejemplos no fue la intimidación típica del artículo 429.

Pero no esperemos demasiado de la intuición jurídica para la solución del problema: en primer lugar, porque se trata de un criterio excesivamente subjetivo; en segundo lugar, porque la solución intuitiva no siempre es tan inequívoca como en los ejemplos de la revelación de la edad o del baile. Pensemos en otros casos posibles: La adúltera cohabita con el hombre que la amenaza con delatar su falta al esposo. PACHECO (14), SÁNCHEZ TEJERINA (15) y CUELLO (16) pensaban que no sólo la intimidación física —la del hombre que amenaza con una pistola o un puñal—, sino también la intimidación moral de causar un perjuicio a la fama, a la reputación o a los intereses de la mujer era amenaza suficiente de violación (16 bis). QUINTANO, en cambio, se

---

(13) A. 821. En el mismo sentido, y por citar otra sentencia más, véase TS 13 mayo 1967, A. 2271: la “violencia moral... no precisó ser de naturaleza invencible, sino simplemente eficaz en la ocasión concreta”.

(14) Véase el Código Penal III, 1849, pág. 131: “Aún hay momentos, aún se encuentran personas, en los que, o para las que es más importante, la coacción moral que la física. Lucrecia no se entregó a Tarquino cuando amenazaba matarla; y se entregó, sí, cuando la conminó con dejar a su lado un esclavo muerto, y hacer creer que los había sorprendido en tan infame crimen.”

(15) Cfr. Derecho penal español, obra ajustada al Código Penal, texto refundido de 1944, con todas las modificaciones introducidas, tomo II: Parte Especial, 5.ª ed., Madrid, 1954, pág. 295.

(16) Cfr. Derecho penal, tomo II (vol. II), 1967, pág. 537.

(16 bis) En este mismo sentido se ha declarado el TS en dos sentencias de 1969. En la de 5 de marzo de 1969 (A. 1395) se condena en base al artículo 430 a quien realizó actos deshonestos con una mujer, a la que amenazó con perjudicarla en su reputación: “Que si es cierto que el recurrente sorprendió a la ofendida, realizando un acto deshonesto grave, con el hombre a quien prestaba servicios domésticos, comunicándoles repetidas veces que si no se prestaba la muchacha de dieciséis años a realizar lo mismo con él, divulgaría lo que había visto, consiguiendo de este modo vencer la oposición de la menor, resulta evidente que ... empleó amenaza intimidatoria adecuada, que perjudicaba la fama y reputación de una joven adolescente que tenía novio y que no poseía una seria capacidad para la resistencia a ultranza por su escasa personalidad, y que motivó en espíritu tan débil, por su gravedad e incluso injusticia, que resultara eficaz al fin propuesto, pues luego de la reiterada petición, cedió ante el miedo de la divulgación perjudicial de incalculables consecuencias peyorativas”. En la sentencia de 14 de marzo de 1969 (A. 1491), asimismo se estima que cumple el tipo de la violación el yacimiento conseguido bajo la amenaza de lesionar la buena fama de la víctima, argumentándose así: “La mujer aceptó el yacer, no por su libre y espontánea voluntad, sino por el miedo que le producía la denuncia por atentar a la moral pública, que por el supuesto policía se la amenazó con hacerle por la actitud amorosa efusiva que en sitio público se hallaba con su novio, y que se enterasen en su casa y en el domicilio donde trabajaba y se descubriese su falta de virginidad en la investigación policial; temor y miedo que debilitaron su voluntad y que aprovechó el procesado, que indudablemente

mostraba francamente restrictivo ante la amenaza moral (17). ¿Hay, pues, o no hay violación si se intimida a la mujer con revelar al marido una pasada infidelidad? ¿Qué nos dice la intuición?

b) Si se consigue yacer con la mujer porque el productor cinematográfico amenaza a la “estrella” con no darle más papeles importantes o porque el novio amenaza a su prometida con romper las relaciones, ¿habrá o no habrá ahí intimidación en el sentido del artículo 429? ¿Tenían razón las sentencias de 15 de noviembre de 1944 (18) al castigar por violación intimidatoria y la de 24 de mayo de 1948 (19) al condenar por abusos deshonestos por intimidación a dos padres que, aprovechándose del temor y del respeto que infundían a sus hijas, tuvieron con ellas trato carnal? ¿Comete violación el propietario de un piso que amenaza con ejercitar una acción de desahucio contra la inquilina que no tiene dinero para pagar el alquiler si ésta no accede a cohabitar con él? La amenaza de despido de una obrera, ¿puede constituir la base de un delito sexual intimidatorio, como opinó el TS en

---

se aprovechó de su estado de ánimo, pues antes le había implorado que no la llevase a la Comisaría, para lograr lo que por medios suávorios ni siquiera intentó conseguir, ni hubiese conseguido, si no hubiese estado sometida la mujer, como machaca el considerando, al miedo intenso de ser objeto de diligencias judiciales y seguramente de una investigación sobre sus antecedentes, que hubieran dado lugar, como al fin dio, a poner de manifiesto la pérdida de su doncellez, anterior a los hechos enjuiciados, de ningún modo hubiera consentido entregarse carnalmente”.

(17) Véase Curso de Derecho penal, tomo II, 1963, pág. 349.

(18) A. 1423.

(19) A. 859. Sobre esto, cfr. también TS 13 mayo 1967, A. 2271 (“...mientras que en la violación se logra [sc. el yacimiento] contra la voluntad o sin la voluntad de la víctima... en el estupro, hay siempre voluntad expresa o tácita de la estuprada, pero no libremente conseguida, sino que en unos casos existe el “prevalimiento” de la ventajosa posición del sujeto activo —autoridad, sacerdote— o el aprovechamiento de la convivencia doméstica: la guarda, educación, o custodia de la víctima; la relación parental próxima o incluso la situación de angustiosa necesidad o la preeminencia laboral del patrono con respecto a la menor serviciaria; o se da, en fin, el típico y propio *engaño*, normalmente consistente en la promesa matrimonial...”), 10 diciembre 1968, A. 5282 (“No cabe desconocer que los especiales vínculos que unen a maestros, profesores o educadores con sus discípulos, por una múltiple serie de factores de entre los que cabe enumerar como concurrentes de ordinario, lo limitado de la edad de los segundos, con notable superioridad en este aspecto de los primeros, el ascendiente que el propio magisterio les proporciona, así como el respeto y obediencia que deben inspirar y merecer a los educandos, les sitúan sobre éstos en un plano preeminente y preponderante, que puede prestarse, con mayor facilidad que en otros supuestos, a imposiciones de voluntad en variadas esferas, mas es igualmente necesario destacar que de ello no puede inferirse que estas imposiciones de voluntad, intimidaciones en suma, dimanen o provengan sin más, de la existencia de las precitadas relaciones docentes o de magisterio, antes al contrario, es del todo punto indispensable que se adicione a las mismas la presencia de algún hecho complementario, revelador de que al amparo de cualquiera de las descritas situaciones, permitida o favorecida por ella, el culpable actuó en alguna forma o utilizó determinado medio que venga a cohibir, condicionar o determinar la voluntad de la víctima”) y 21 mayo 1969, A. 2937.

sentencia de 21 de junio de 1955 (20), o sólo de un mero estupro según la tesis del mismo TS en sentencias de 4 de mayo de 1949 (21) y 17 de octubre de 1961 (22)? ¿Está en lo cierto el más alto Tribunal español cuando en sentencias de 17 de noviembre de 1956 (23) y de 6 de abril de 1963 (24) castiga por violación con amenazas en la primera sentencia y por abusos deshonestos por intimidación en la segunda a quien, haciéndose pasar por policía, abusa de una prostituta temerosa de que el supuesto agente de la Autoridad la denuncie?

## 2. LA "GRAVEDAD" DE LA INTIMIDACIÓN COMO CRITERIO RECTOR

Tomo como punto de partida la opinión de RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DEVESA (25), PUIG (26), MENDOZA (27) y CUELLO (28), quienes afirman que las amenazas del artículo 429 han de ser "graves". Mi propósito es ahora el de tratar de fundamentar dogmáticamente por qué la intimidación ha de ser grave y de determinar qué casos abarca, en concreto, el concepto de "intimidación grave".

Que la intimidación ha de ser de extraordinaria gravedad para que pueda hablarse de un delito de violación es algo que se deduce, pienso yo, en base a dos distintas argumentaciones: una de carácter sistemático y otra de carácter teleológico.

a) La argumentación de carácter sistemático consiste en lo siguiente: El artículo 429 recoge sólo supuestos gravísimos de atentados a la libertad sexual. Así, hay que afirmar (29) que el yacimiento conseguido por engaño (por ejemplo: mediante simulación matrimonial) no integra ninguna de las modalidades tipificadas de violación, a pesar de que, sin duda, es también un ataque a la libertad sexual. Observemos los supuestos de violación tipificados en el artículo 429: todos ellos —el yacimiento con fuerza, el realizado con una enajenada o una mujer inconsciente o una niña pequeña— son acciones de una reprochabilidad extremada. La violación por intimidación no puede ser examinada aisladamente, sino en relación sistemática con estas otras modalidades de violación tipificadas en el artículo 429: considerar que cualquier intimidación, por nimia que sea, cumple el presupuesto típico, sería perturbar la estructura del 429 e incluir, junto a yaci-

(20) A. 1844.

(21) A. 654.

(22) A. 3385.

(23) A. 3380.

(24) A. 1595.

(25) Cfr. R. Muñoz/R. Devesa, *Derecho penal*, tomo II, Parte Especial, Madrid, 1949, pág. 262; R. Devesa, *Derecho penal español*, Parte Especial, 1969, pág. 164.

(26) Véase *Derecho penal IV*, 1959, pág. 33.

(27) Cfr. *El delito de violación*, Barcelona s. a., pág. 139.

(28) Véase *Derecho penal*, tomo II (vol. II), 1967, pág. 538.

(29) Cfr. en este sentido, por todos, R. Devesa, *Derecho penal*, Parte Especial, 1969, pág. 166.

mientos gravísimamente reprobables, otros cuya reprobabilidad no se podía ni remotamente comparar a la de los restantes accesos carnales recogidos en el precepto.

b) A la misma conclusión de que el ataque a la libertad sexual ha de ser gravísimo para que pueda hablarse de violación intimidatoria se llega en base a una argumentación de índole teleológica. La pena de reclusión menor —esto es: de 12 años y 1 día a 20 años— señalada por la ley para todas las modalidades de violación —entre ellas: para la intimidatoria— pone de manifiesto que el ataque a la libertad sexual tipificado en la violación intimidatoria del artículo 429 ha de ser un ataque brutal; ha de ser, por lo menos, casi tan brutal como el que consiste en atentar contra la vida de otra persona; pues con la misma pena: la de reclusión menor, castiga el Código Penal el homicidio y la violación de una mujer; esto es: el ultraje cometido por el violador es equiparado por la ley al ultraje realizado por el que quita la vida a la mujer.

c) Una interpretación sistemática y otra teleológica han mostrado que el yacimiento por amenazas sólo es violación si representa un gravísimo ataque a la libertad sexual de la mujer. Ahora hay que dar un paso más y tratar de determinar cuál es, en concreto, la amenaza de la violación intimidatoria. Para averiguar esto, para averiguar cuándo el yacimiento conseguido con amenazas es gravísimamente reproducible, vamos a acercarnos, en primer lugar, al aspecto temporal del problema.

### 3. PARA QUE PUEDA HABLARSE DE INTIMIDACIÓN "GRAVE" ES NECESARIO QUE SE AMENACE CON CAUSAR INMEDIATAMENTE EL MAL SI LA MUJER NO CONSIENTE, INMEDIATAMENTE TAMBIÉN, EL YACIMIENTO.

Antes de entrar a determinar qué clase de amenazas son las subsumibles en el segundo supuesto del número 1 del artículo 429 hay que estudiar una cuestión previa que, en mi opinión, debe resolverse así: por muy grave que sea la amenaza, no habrá violación si no se exige el yacimiento *inmediato* bajo la amenaza de realizar el mal *inmediamente* también. Con ello seleccionamos —de acuerdo con el criterio rector de la extremada gravedad— aquellos casos de yacimientos intimidatorios que sitúan a la mujer ante una situación desesperada, ante un ataque verdaderamente brutal. Pues si a la mujer se la intimida con, por ejemplo, matarla al día siguiente si no accede a cohabitar en el momento, su situación no es una sin salida, ya que la negativa a yacer no acarrea consigo la realización de la amenaza, sino que dispone de un cierto tiempo para evitar —además de la cópula que no se la exige de manera inmediata— la muerte fijada para un momento posterior. (Por supuesto que es posible que lo que en su origen no era violación acabe siéndolo cuando llegue el momento en que el autor se dispone a llevar a cabo su amenaza; por ejemplo: a las 24 horas de proferida la amenaza de matar a la mujer, el autor la vuelve a poner ante la disyuntiva

de acceder a yacer o de ser privada de la vida ahora ya de manera inminente; en este caso el mal, cuya realización se había diferido en un principio, se ha convertido en inminente si la mujer no consiente, de manera inmediata también, el yacimiento.)

Tampoco se le coloca a la víctima en una situación desesperada, sin salida, si se la amenaza con causar un mal *inmediatamente* en el caso de que dentro de un determinado plazo no se entregue al autor (se amenaza, por ejemplo, con matar en el acto a un pariente de la mujer si ésta no accede a cohabitar en el plazo de 24 horas); pues en ese supuesto la mujer puede evitar la realización inmediata de la amenaza, asegurar al autor que accederá a sus deseos y, antes de que el plazo se cumpla, buscar un medio —avisar a la Policía o al pariente— para impedir que el mal con el que se la intimida se lleve a cabo. (Claro es que, también aquí, lo que en un principio no era violación puede llegar a serlo; por ejemplo, si transcurrido el plazo fijado se exige de la mujer el yacimiento inmediato bajo la amenaza —a realizar ahora ya en el mismo momento— de quitar la vida al pariente.)

Con este primer requisito de la violación intimidatoria de que se ha de exigir el yacimiento inmediato bajo la amenaza de llevar a cabo en el acto el mal, no hemos resuelto más que un pequeño sector de los problemas planteados. Sigue sin respuesta la cuestión de qué gravedad debe tener el mal con que se intimida. Pues volviendo a ejemplos conocidos: parece que no hay delito de violación en el caso de que el autor exija y consiga el yacimiento *inmediato* bajo la amenaza de que, si no, por teléfono o desplazándose a una vivienda contigua, revelará *inmediatamente* a las amigas de la víctima la edad que ésta por coquetería oculta, ni tampoco en el caso de amenaza de decir a los padres de la mujer —inmediatamente también— dónde ha pasado ésta la tarde sin el consentimiento de aquéllos.

Para establecer a qué males hace referencia el artículo 429 número 1 segundo supuesto nos vamos a servir de dos procedimientos que operan, ambos, con criterios extraídos de la ley misma.

#### 4. EL DESVALOR QUE LA LEY PENAL ATRIBUYE AL MAL OBJETO DE LA AMENAZA COMO CRITERIO PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD DE LA INTIMIDACIÓN

Para exponer cuál es el fundamento del primer procedimiento hay que tener en cuenta lo siguiente: Por ser la pena la consecuencia jurídica del Derecho penal, este sector del orden jurídico sólo interviene en casos excepcionales, sólo interviene para reprimir conductas que se apartan considerablemente del comportamiento social exigido. Con ello el Derecho penal realiza ya una simple y fundamental valoración: entre conductas punibles y conductas impunes. Dentro de las conductas punibles el orden juridicopenal realiza una ulterior valoración, en cuanto que por la gravedad del castigo previsto para cada uno de los comportamientos tipificados podemos determinar su grado de reprobación.

bilidad: cuanto más grave sea el comportamiento más grave será también la pena prevista para él.

Después de estas consideraciones vamos a establecer un nuevo criterio de delimitación: Para que el ataque a la libertad sexual sea gravísimo, gravísimo ha de ser también el mal con el que se amenaza. Este criterio de delimitación tiene un ulterior desarrollo en este otro: El índice de gravedad del mal amenazado viene determinado objetivamente, viene determinado por el mismo orden jurídico. La mujer que yace porque la amenazan con revelar su verdadera edad no puede exigir del orden jurídico que la proteja de un ataque así castigando al hombre con la pena de reclusión menor: pues no puede hablarse de ataque gravísimo a su libertad sexual cuando la misma mujer había tenido en su mano evitar el ultraje sexual si se hubiese decidido a tolerar una pequeña contrariedad para su coquetería femenina. No existe un ataque gravísimo a la libertad sexual cuando el que quiere poseer carnalmente a la mujer la amenaza sólo con un pequeño castigo a la vanidad de ésta, cuando no es capaz de ir más lejos, de realizar males más graves. si la mujer no accede a sus deseos; cuando sólo es capaz de amenazarla con la realización de un mal contra el cual la ley ni siquiera protege jurídicopenalmente a la mujer. De lo expuesto deriva esta conclusión: Siempre que el mal con que se amenaza no constituya delito no habrá tampoco violación intimidatoria.

(En todo lo anteriormente expuesto y en lo que sigue hay que tener en cuenta que aquí sólo se pretende determinar cuándo el yacimiento mediante amenazas constituye *violación*. Pero, por supuesto, muchos de los casos que quedan excluidos del artículo 429 *constituirán un delito de amenazas condicionales o de coacciones*. Así, por ejemplo, en base a esos delitos se castigará al casero que consigue cohabitar con la inquilina bajo la amenaza de desahuciarla. Pero la pena de estos delitos del título XII es muy inferior a la de la violación y su también muy complicada dogmática —piénsese en la discutida cuestión del límite entre el delito de amenazas condicionales y el de coacciones— responde a otras características. Lo que me interesa destacar es esto: aquí no se está estudiando la distinción entre yacimiento intimidatorio punible e impune, sino sólo los requisitos típicos de la violación usando de amenazas; puede ser muy bien que comportamientos que queden excluidos de la violación sean, no obstante, constitutivos de esos otros delitos del Código Penal).

Pasando de los males no punibles a la amenaza con aquellos otros que sí constituyen delito, pienso que tampoco puede hablarse de violación cuando, por ejemplo, la mujer casada accede a yacer con quien la amenaza con comunicar al esposo la infidelidad u otra falta real o supuesta de la mujer. Pues el mal que ésta evita, y que sería una injuria grave —injuria que el Código castiga con la pena de destierro y multa—, es el que fija la gravedad que hay que atribuir al ultraje sexual cometido con ella. ¿Cómo va a exigir la mujer de la ley que se castigue al hombre con reclusión menor, esto es: con la misma pena que si la hubiese matado, si ha preferido tolerar la cópula carnal a

soportar una lesión que habría sido castigada con la pena de destierro y multa? Generalizando el principio que subyace en este supuesto llegamos a la siguiente formulación: Si el mal objeto de la intimidación constituye delito, la medida de gravedad de ese mal e, indirectamente, la medida de gravedad que representa el yacimiento intimidatorio vendrán determinadas por la pena que impone el Código al hecho punible con el que se amenazó. Ciertamente que contra esto puede surgir la posible objeción de que a la mujer puede importarle muchísimo evitar males para cuya comisión el Código prevé una pena de presidio o prisión o incluso inferior. Es ésta, en efecto, una seria objeción de la que más tarde me ocuparé detenidamente; pero antes de hacerlo quiero acabar de exponer los criterios que aquí se proponen.

Una vez excluidas como típicas en el sentido del segundo supuesto del número 1 del artículo 429 la amenaza de realizar males no constitutivos de delitos y también, a modo de ejemplo a desarrollar ahora y de entre los que sí constituyen delito, la amenaza de injuriar gravemente a la mujer, surge la cuestión de qué pena (índice de gravedad) debe ser la fijada a la realización del mal con que se amenaza para que pueda afirmarse que estamos ante una de las intimidaciones a que se refiere el Código en el artículo 429. ¿Basta que la causación del mal objeto de las amenazas esté castigado con prisión menor, o se requiere que la pena sea de prisión mayor, o es tal vez necesario que la pena prevista en el Código sea, por lo menos, la de reclusión menor?

En mi opinión, la frontera hay que fijarla en la reclusión menor. Y ello por dos razones.

En primer lugar, porque es la misma mujer la que con su decisión e indirectamente, pero *sobre la base del criterio objetivo de las penas establecidas por el Código*, fija la gravedad del ataque sufrido. Imaginemos que el autor ha amenazado al sujeto pasivo, si no accede a cohabitar, con causarle un mal en su propiedad castigado con presidio mayor (privación de libertad de 6 años y 1 día a 12 años). El Código no puede castigar ese ataque a la libertad sexual de la mujer con reclusión menor, cuando, a pesar de tenerlo en su mano, aquélla no ha impedido el yacimiento a costa de sufrir una lesión de su propiedad. La gravedad de ese yacimiento intimidatorio no equivale en desvalor al homicidio de la mujer (castigado, como la violación, con reclusión menor), pues no era la pérdida de la vida, sino la disminución de su patrimonio el precio fijado por el autor para desistir de sus propósitos deshonestos. Y si la mujer prefirió yacer antes que sufrir un menoscabo de la propiedad, entonces mucho menos aún equivaldrá ese hecho a la lesión de un bien jurídico —la vida— de un valor bastante superior al del patrimonio. Examinando la cuestión desde otra perspectiva: Si el delincuente está dispuesto a renunciar al yacimiento mediante la obtención de un lucro antijurídico, entonces tampoco se puede decir que su ataque equivalga en brutalidad al homicidio (y, por ello, merezca la misma pena que la asignada a este último delito), pues no está creando una situación sin salida, desesperada, de la que la mujer tenga que librarse —comprensible y casi forzosamente— accediendo al

yacimiento. Lo dicho respecto de este ejemplo concreto de amenaza de causar un mal a la propiedad castigado con presidio mayor rige —en base a una argumentación idéntica— para cualquier intimidación de ejecutar un delito al que el Código señala una pena inferior a la reclusión menor. En todos estos casos no hay violación; lo cual no quiere decir, por supuesto, que no haya —pues lo hay— un delito contra la libertad.

La segunda razón por la cual la pena fijada para el mal que se amenaza ejecutar tiene que ser, por lo menos, de reclusión menor es la siguiente. Teniendo en cuenta la severa pena con que se castiga la violación y la gravísima reprochabilidad de las restantes modalidades de violación tipificadas en el artículo 429, hemos llegado a la conclusión de que también la violación intimidatoria debía constituir un ataque extremo contra la libertad sexual de la mujer, que la intimidación, para que fuese típica en el sentido del artículo 429, debía colocar a la víctima ante una situación límite, desesperada, sin salida. De ahí que si logramos encontrar en algún lugar del Código Penal un precepto o unos preceptos que describan —aunque sea dentro de otra conexión— lo que el legislador ha entendido por situación límite, desesperada, sin salida, dispondremos de un firme punto de apoyo para determinar qué es lo que hay que entender por violación intimidatoria. Acudiendo a este segundo criterio llegamos a la misma conclusión: el límite de la gravedad del mal está en la reclusión menor. Pues el Código ha descrito, en otro lugar, qué requisitos deben darse para que se pueda hablar de una situación extrema, desesperada, de una situación que excluye la responsabilidad: en el artículo 8 número 7 (estado de necesidad) y en el artículo 8 número 10 (miedo insuperable). Y las dos veces se exige, para que concorra una situación extrema, una situación que exime de responsabilidad criminal, que la disyuntiva sea entre bienes jurídicos de igual entidad o que se sacrifique el menos valioso para salvar el de rango superior (30). Para la violación se deduce de ahí: se dará una situación extrema en el sentido del Código Penal cuando la mujer acceda a yacer para salvar un bien jurídico de igual (se le amenaza con producir la lesión de un bien jurídico protegido por la ley con la pena de reclusión menor) o de mayor (el mal ha sido evaluado por la ley penal con la pena de reclusión mayor o muerte) entidad.

Determinado ya el objeto de la intimidación en la violación —determinado en lo esencial, pues aún existe, como veremos en seguida, un ulterior criterio de delimitación— continuamos el estudio de la vio-

(30) Art. 8, núm. 7: "Está(n) exento(s) de responsabilidad criminal: ... 7.º. El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.—Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.—Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse." Artículo 8, núm. 10: "Está(n) exento(s) de responsabilidad criminal: ... 10. El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor."

lación por amenazas, dividiéndole ahora en dos grupos principales: amenazas contra la mujer y amenazas contra terceros.

5. EXAMEN DE LAS INTIMIDACIONES CONSTITUTIVAS DE VIOLACIÓN SEGÚN QUE SE AMENACE CAUSAR EL MAL A LA MUJER O A UN TERCERO

- a) *Amenaza contra la mujer. Introducción de un nuevo criterio para determinar la gravedad de la amenaza: el criterio sistemático.*

Como la pena de reclusión menor sólo está justificada contra un ataque brutal a la libertad sexual, como el índice de gravedad se determina por la gravedad del mal amenazado, es claro, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, que, de entre las intimidaciones dirigidas contra la víctima, la amenaza de matarla pone de manifiesto un gravísimo ataque a la libertad sexual: lo es hasta tal punto que ahí la mujer se decide a yacer sólo porque se la amenaza con un perjuicio personal que, de cometerse, la ley castigaría con la pena de por lo menos reclusión menor. Pienso que también el yacimiento conseguido mediante la amenaza de agredir físicamente a la mujer es una violación intimidatoria. Ello no requiere una argumentación detallada para el caso de que se amenace a la mujer, si no accede a cohabitar, con agredirla hasta que preste su consentimiento. Pues ahí a la mujer se la está amenazando con una violación por fuerza si no tolera una violación intimidatoria. O sea: se la amenaza con un mal que, de realizarse, llevaría aparejado la pena de reclusión menor.

Pero la amenaza con una agresión física puede ser también de otra naturaleza. A saber: A la mujer se la pone ante la siguiente disyuntiva: Si no accede a cohabitar inmediatamente, el autor ya no tratará de tener acceso carnal con ella, pero la hará objeto de malos tratos de obra. Aquí, pues, el mal con el que se la amenaza no es el de una violación violenta, sino el de unas meras lesiones. Y la pena de unas lesiones que, por ejemplo, produzcan al ofendido incapacidad para el trabajo por 70 días sólo es la de arresto mayor (privación de libertad de 1 mes y 1 día a 6 meses) y multa. De acuerdo con el procedimiento seguido hasta ahora, en un caso así habría que negar una gravísima lesión de la libertad sexual, pues la mujer prefirió yacer a soportar un mal al que la ley no señala una pena de gran severidad.

Parece raro, sin embargo, que no sea violación la amenaza de maltratar a la mujer de tal manera, si se niega a cohabitar, que va a tardar varios meses en restablecerse de las lesiones. Pienso que aquí estamos también ante un delito del 429. Hasta ahora habíamos procedido de la siguiente manera: Partiendo de que la pena de reclusión menor sólo se justifica si el yacimiento representa un ultraje sexual de enorme gravedad, habíamos determinado el índice de esa gravedad sobre la base del desvalor que el orden jurídicopenal confiere al mal amenazado. Pero, como ya había adelantado al iniciar el estudio de esta cuestión,

existe todavía otro procedimiento para averiguar qué es lo que la ley entiende por gravísimo ataque a la libertad sexual; a saber: una comparación sistemática que ponga en relación la violación intimidatoria con las otras modalidades de ataque a la libertad sexual del artículo 429. También con este procedimiento, por consiguiente, nos estamos moviendo, para determinar la envergadura del ultraje sexual, con criterios extraídos directamente de la ley penal.

La intuición jurídica nos dice ya que yacer con una mujer a la que se la coloca ante la disyuntiva de acceder a los deseos deshonestos del autor o de ser agredida brutalmente es un ataque gravísimo, digno de ser castigado como violación. Este resultado al que llega la intuición es posible fundamentarlo juridicosistemáticamente. Fijemos nuestra atención en una de las modalidades del artículo 429: en la violación por fuerza. Es doctrina jurisprudencial y científica absolutamente dominante —y a esa doctrina nos hemos adherido aquí (31)— que en la violación violenta no se requiere la fuerza irresistible. Lo que quiere decir: Si la mujer objeto de la violencia cesa o disminuye su resistencia para evitar una agresión brutal, habrá violación por uso de fuerza; la habrá, aunque la resistencia de la mujer no hubiera sido inútil; aunque a costa de sufrir graves maltratos físicos hubiera logrado evitar la cópula. Con otras palabras: Existe violación por uso de fuerza cuando la mujer se conforma con ser ultrajada antes que oponer una resistencia que habría impedido el yacimiento a costa de sufrir una grave agresión física. Pues bien la diferencia entre este yacimiento, que indiscutidamente constituye violación por fuerza, y el supuesto intimidatorio que ahora nos ocupa es una diferencia bien pequeña: en el caso de la violación con empleo de violencia el autor ha llegado ya a agredir físicamente a la mujer y la amenaza con proseguir sus malos tratos; en el caso que nos ocupa también hay una amenaza de malos tratos: la única diferencia reside en que el autor no ha iniciado aún la violencia contra la mujer. La amenaza tiene en los dos casos el mismo contenido; les diferencia únicamente en que allí sí, pero no aquí, ha habido ya empleo de fuerza. Pues bien, si la ley ha estimado que el primer caso es un hecho tan grave que constituye violación por fuerza y se le castiga, por consiguiente, con reclusión menor, parece que, conforme a los criterios de gravedad utilizados por el artículo 429, también habrá que considerar el yacimiento logrado por la amenaza de empleo de violencia lo suficientemente reprobable para calificarle de violación intimidatoria y sancionarle, asimismo, con reclusión menor.

b) *Amenaza contra terceros.*

Los resultados alcanzados respecto de la amenaza de males a realizar sobre la misma mujer hacen más fácil ahora determinar cuáles son las amenazas de males dirigidos contra terceros que constituyen

---

(31) Supra I 2.

intimidación en el sentido del artículo 429, caso primero, supuesto segundo. La averiguación de la gravedad del ultraje sexual por la vía indirecta de la gravedad del mal con el que se amenaza nos lleva —en primer lugar y prescindiendo de casos de laboratorio— a dos clases de intimidaciones contra terceros que fundamentan una violación del 429, 1.º, segundo supuesto; a saber: a las intimidaciones de que, si la mujer se niega a cohabitar, se matará a otra persona o se violará a otra mujer. ¿Es también un ataque gravísimo y que justifica, por ello, la pena de reclusión menor, la amenaza dirigida a la mujer de que, si se niega a yacer, un tercero será agredido físicamente? Opino que sí lo es, que eso también constituye una violación intimidatoria. Al igual que sucedía con la amenaza de agresión física a la misma víctima, también aquí la intuición jurídica nos dice que es un caso gravísimo de ataque a la libertad sexual aquel en que la mujer accede a yacer con el fin de evitar que un tercero sea maltratado corporalmente. Pero, también al igual que en el caso de mal a inferir a la mujer, en el de amenaza de malos tratos que sufrirá un tercero la grave reprochabilidad del ataque no se deduce de la pena con que el Código castiga el mal amenazado y evitado por la mujer al tolerar el yacimiento: la gravedad de este ultraje sexual nos la pone de manifiesto, de nuevo, una agrupación sistemática que establece una relación entre el grupo de casos a decidir y una de las modalidades castigadas por el Código como violación. Sabemos que el ayuntamiento carnal al que accede la mujer para evitar un sufrimiento físico que se le inferiría a ella misma es violación intimidatoria. Por ello también tiene que darse ese delito cuando la amenaza de malos tratos se dirige, no contra la mujer, sino contra un tercero. Pues igualmente brutal es el autor —y, con ello, el ataque— en un caso como en el otro: la brutalidad del delincuente no se modifica ni un ápice porque amenace con inferir el sufrimiento físico a la misma mujer o a un tercero. Y si la amenaza de agredir a un tercero es ya típica en el sentido del artículo 429, con mayor motivo lo será también —aunque tampoco en este caso la pena señalada por el Código penal al mal alcance la de reclusión menor— la amenaza de privar de la vida a un feto, de producir un aborto.

## 6. CONCLUSIONES

Resumo: Aunque todo yacimiento por intimidación sea subsumible en la literalidad del artículo 429, caso primero, supuesto segundo, no todo yacimiento por intimidación constituye violación. La pena de reclusión menor sólo se explica porque el legislador quería tipificar con esa modalidad de violación ataques gravísimos a la libertad sexual. En la misma dirección habla un segundo argumento de carácter sistemático: pues si todas las modalidades de violación del artículo 429 constituyen ataques de suma reprochabilidad contra la libertad sexual de la mujer, el supuesto de violación intimidatoria tendrá que presentar análogas características de gravedad. De acuerdo con ello, y después de esta-

blecer —sobre la base del criterio rector de la gravedad— el principio general de que el autor ha de exigir el yacimiento inmediato, amenazando, si no, con causar el mal en el acto, hemos tratado de determinar cuáles son los males —con cuya ejecución se amenaza de manera inmediata— objeto de la intimidación del artículo 429. Para resolver esta cuestión hemos tomado por referencia, como índice de gravedad, la pena señalada por el Código a la ejecución de ese mal, en base a ello hemos excluido del ámbito del artículo 429 la amenaza de males no constitutivos de delito, y, para aquellos otros que sí lo constituyen, hemos fijado el límite —acudiendo a distintos razonamientos— en la pena de reclusión menor. Pero no sólo ese criterio del desvalor del mal amenazado es utilizable para determinar la gravedad del ultraje sexual. El mismo Código, en las otras modalidades de violación distintas de la intimidatoria, nos ha mostrado qué es lo que entiende por ataque gravísimo a la libertad sexual. Por ello, también la comparación con esas otras modalidades puede ayudarnos a determinar yacimientos intimidatorios de carácter gravísimo y merecedores, en consecuencia, de la pena de reclusión menor. La conclusión a que hemos llegado operando con todos estos criterios es que, prescindiendo de casos de laboratorio que no pueden ser discutidos dentro del marco de esta exposición, constituyen violación intimidatoria sólo aquellos supuestos en que se amenaza con matar, violar o agredir a un tercero o a la misma mujer.

Quiero volver a insistir, sin embargo, en que lo expuesto es sólo un intento de aproximación al difícil problema de delimitar la intimidación en los ultrajes sexuales violentos; un problema del que hasta ahora la ciencia y la jurisprudencia españolas prácticamente no se habían ocupado. Tal vez alguno o algunos de los criterios que he sometido aquí a discusión puedan servir en el futuro para la delimitación dogmática de la intimidación del artículo 429.

#### 7. LA OBJECCIÓN DEL DESCUIDO DEL ASPECTO SUBJETIVO EN LOS CRITERIOS EMPLEADOS

Una vez expuestos los criterios de delimitación que me parecen correctos, ha llegado el momento de ocuparse de la eventual objeción (32) de que la tesis que propongo ha descuidado el aspecto subjetivo. La objeción surge respecto de supuestos como el de la mujer casada que accede a yacer para evitar —este es el mal con el que se la amenaza— que una pasada infidelidad llegue a conocimiento de su marido. Esta amenaza es tan grave, así pudiera argumentarse, que incluso es imaginable que la mujer, puesta en la disyuntiva, prefiriese morir a que su marido se enterase del adulterio.

A esta eventual objeción contesto con cuatro argumentos.

Primer argumento: El problema que se planteaba en la violación:

---

(32) Cfr. *supra* II 4.

intimidatoria era el de determinar la gravedad del ataque a la libertad sexual. Naturalmente que para determinar esa gravedad existen infinidad de criterios: racionales e irracionales, objetivos y subjetivos, compartidos por la mayoría de los ciudadanos o sólo por un grupo minoritario. Pero si queremos huir de la arbitrariedad, de lo que le parece a cada uno y de lo incontrolable, sólo puede haber un criterio: la valoración dada por la ley penal como objetivación del espíritu común.

Segundo argumento: Imaginemos el supuesto de un sujeto que, sin exigir nada de la esposa y sólo por odio y para ofenderla, comunica al marido la infidelidad. Por mucho que a la mujer le importe esa injuria y que alegue que hubiera preferido morir a soportarla, no conseguirá que al autor se le castigue con mayor pena que la de destierro y multa. Como no conseguiría que se elevase en nada la pena contra el estafador, por más que asegure que tenía en tanta estima la cosa estafada que antes que perderla hubiera sacrificado la vida. Y es que el Código ni en la injuria ni en la estafa ni en ningún otro delito determina la gravedad del ataque tomando como criterio la susceptibilidad de la víctima. La gravedad del ataque y, en consecuencia, la pena a imponer se calibran en base a criterios que no tienen en cuenta la sensibilidad personal de cada sujeto pasivo del delito. Este es el procedimiento que sigue el Código y este es, también y precisamente, el procedimiento que hemos tratado de seguir aquí para determinar la gravedad del yacimiento intimidatorio.

Tercer argumento: Adoptar el criterio subjetivo para determinar la gravedad del ataque sexual es entrar en un terreno de fronteras imprevisibles. Pues también la mujer coqueta de nuestro ejemplo podría conseguir que se castigase al hombre con reclusión menor si demostraba convincentemente que hubiera preferido la muerte a que se llegara a conocer su verdadera edad.

El cuarto y último argumento recurre a la justicia material: Ciertamente que una mujer puede preferir perder la vida o que la maltraten físicamente a que su marido se entere de una pasada infidelidad. Pero el autor que comete un ataque verdaderamente brutal —y, por ello, el único que en justicia merece la pena de reclusión menor— es el que hace elegir a la mujer entre acceder a yacer y: o perder la vida o sufrir un terrible maltrato de obra (para aludir a dos casos característicos de violación intimidatoria). El otro delincuente, el que la amenaza con comunicar al esposo el adulterio, será más hábil, más astuto; pero su ataque no alcanza en brutalidad, ni con mucho, al de que va a matar o martirizar a la mujer como castigo por haberse negado a acceder a sus deseos deshonestos. Si se me permite emplear una terminología ya superada, diría que el delincuente que amenaza con matar o agredir es un caso paradigmático del “tipo de autor” de violador; y diría también que quien amenaza con revelar infidelidades pasadas si la mujer no accede a cohabitar con él, es un sujeto que responde al “tipo de autor” del chantajista: por eso opino que se le

debe castigar en base al delito que en el Código español equivale al chantaje.

### III. LA POSIBILIDAD DE VIOLACION DE LA MUJER DE VIDA DESHONESTA Y DE LA PROPIA ESPOSA

Para finalizar, pasemos ahora a discutir dos supuestos que, desde antiguo, ocupan a la doctrina. ¿Puede violarse a una prostituta? ¿Es punible en algún caso la violación de la propia esposa?

1. La opinión dominante en la ciencia española (33) dice que el yacimiento mediante fuerza o intimidación realizado con una prostituta es violación; de esta tesis discrepa el maestro JIMÉNEZ DE ASÚA (34). La doctrina jurisprudencial dominante admite también que la mujer deshonesto puede ser sujeto pasivo de la violación; así, las sentencias de 4 de diciembre de 1906 (35) y de 17 de noviembre de 1956 (36).

El argumento que alega la opinión minoritaria: dado que la violación es un delito contra la honestidad, si la mujer "no es honesta no cabe violar un bien inexistente y sólo queda un delito de coacción" (37), tiene una gran fuerza de convicción. Pues si el título IX del Libro II del Código Penal español reza: "De los delitos contra la honestidad", parece que allí donde no haya lesión del bien jurídico: honestidad, como sucede en el caso de la violación de la prostituta, no podrá darse tampoco ese delito. La doctrina no se ha sustraído del todo a esta argumentación, reconoce que en muchos de los delitos del título IX no hay ataque a la honestidad, y aboga, de lege ferenda, por la distribución de esos delitos por otros títulos del Código o por la creación de nuevos títulos con epígrafes más adecuados (38). Pero

(33) Véase Pacheco, El Código Penal III, 1849, págs. 125, 132; Groizard, El Código penal de 1879 concordado y comentado, tomo V, Salamanca, 1893, páginas 85/86; S. Tejerina, Derecho penal español II, 1954, pág. 295; Puig, Derecho penal IV, 1959, pág. 32; Mendoza, El delito de violación, págs. 31, 113; Quintano, Curso II, 1963, págs. 339, 346; Cuello, Derecho penal, tomo II (vol. II), 1967, pág. 532; R. Devesa, Derecho penal, Parte Especial, 1969, página 163 (anteriormente, R. Muñoz/R. Devesa, Derecho penal II, 1949, pág. 261, habían mantenido otra opinión).

(34) Cfr. Crónicas de Derecho penal hispanoamericano en los años 1954-1955 y 1956-1957, en: El Criminalista, 2.ª serie, tomo III, Buenos Aires, 1960, pág. 137. Véase también lo expuesto, en referencia al Código Penal español de 1928, por J. de Asúa/Antón, Derecho penal conforme al Código de 1928, tomo II (Parte Especial), Madrid, 1929, pág. 219.

(35) Cfr. Colección Legislativa (Jurisprudencia Criminal), págs. 402-404 (404).

(36) A. 3380.

(37) J. de Asúa, El Criminalista, 2.ª serie, III, 1960, pág. 137.

(38) Sobre todo esto, cfr.: J. de Asúa/Antón, Derecho penal II, 1929, página 217: "Nuestro Código (sc. el español de 1928), en el título X del libro segundo, trata como "delitos contra la honestidad": la violación y los abusos deshonestos, el incesto y estupro, los delitos relativos a la prostitución, el rapto, los delitos de escándalo público, el adulterio y amancebamiento. Pero en realidad, el adulterio es un delito —caso de serlo— contra la relación matrimonial;

prescindamos de las consideraciones de lege ferenda: el hecho es que el extraño contenido del título IX hace preciso detenerse en el problema. Porque si el bien jurídico protegido es la honestidad, no se explica cómo es que el legislador ha incluido en el título la violación de una niña menor de doce años, aún cuando esté ya completamente corrompida; ni se entiende tampoco por qué el artículo 449 castiga el adulterio de incluso una mujer pública; ni se ve dónde está la honestidad atacada en los tipos de aquellas legislaciones que castigan la mera ejecución de actos homosexuales entre adultos; ni se alcanza a comprender por qué en los Códigos extranjeros en que es punible tal hecho se incluye en los delitos contra la honestidad a la bestialidad, siendo así que la honestidad es un concepto normativo que no puede ser referido a animales, sino sólo a personas.

La inconsecuencia que supone que el legislador haya creado un título para proteger la honestidad incluyendo luego en él delitos que no representan ataque alguno contra la honestidad, inclina a pensar que lo que en realidad sucede es que el epígrafe: "De los delitos contra la honestidad" no va referido a un bien jurídico. Estamos aquí ante un fenómeno parecido al que se da, por ejemplo, en el título VII, donde, como escribe QUINTANO (39), "el Código Penal abandona en su epígrafe la habitual redacción de tomar por base el bien jurídico" para reunir una serie de delitos sobre el fundamento común de que todos ellos son cometidos por funcionarios. Algo análogo encontramos también en el título III que alude a las "falsedades". "Este epígrafe" —vuelvo a citar a QUINTANO (40)— "tiene el inconveniente de sustituir la alusión al bien jurídico (sc. de la seguridad del tráfico fiduciario),

---

el rapto, un delito contra la libertad y el buen orden de la familia, y algunas formas de escándalo público, así como las infracciones relativas a la prostitución, son delitos contra las buenas costumbres y no van contra la honestidad del individuo, en su sentido estricto, sino contra la sociedad"; Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung, Beiträge zur Sexualforschung*, tomo 12, Stuttgart, 1957, quien después de constatar que "en la literatura científica y en la jurisprudencia se mencionan simultáneamente, como objeto de protección de las disposiciones penales sobre violación y coacción sexual, dos bienes jurídicos: la libre autodeterminación sexual (libertad sexual) y el honor sexual" (pág. 42), afirma: "Vemos, pues, que el bien jurídico del honor sexual ha experimentado tal proceso de socavamiento que sólo ha quedado un eslabón léxico. Lo mejor sería prescindir de él, a fin de excluir la última posibilidad de extraer consecuencias equivocadas. Si la violación de cualquier mujer, independientemente de cual sea su reputación, es punible según el § 177, es absurdo y conceptualmente falso hablar de una lesión de la honra"; y Cobo, *El bien jurídico en el adulterio* (artículo 449 del Código Penal), en *ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES* 1963, quien estima que "el legislador español no ha estado afortunado en la inscripción del adulterio en la rúbrica de 'contra la honestidad'" (página 510), y que "en forma alguna es la honestidad el bien jurídico protegido (sc. mediante la criminalización del adulterio), sin que nos encontremos vinculados a la sistemática legal" (pág. 511).

(39) Curso II, 1963, pág. 549.

(40) Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo IV: Infracciones contra la comunidad social (coordinado por Gimbernat), Madrid, 1967, pág. 554.

por lo que al fin y al cabo no pasa de ser un medio comisivo, el falsario”.

En el título IX, esa es mi opinión, la referencia a “delitos contra la honestidad” pone de manifiesto algo común a los hechos allí tipificados: que se cometen mediante acciones deshonestas, inmorales desde el punto de vista del pudor. Los bienes jurídicos atacados mediante esas acciones deshonestas son muy diversos: la familia, en el adulterio; en el rapto, según la sentencia del TS de 4 de abril de 1966 (41), “la honorabilidad de la familia y la autoridad de los padres”; en la violación, la libertad sexual de la mujer. En lo que coinciden todos estos delitos es en que es una acción deshonestas la que produce la lesión del bien jurídico.

Aceptando esta tesis, nada se opone a considerar violación el yacimiento violento o intimidatorio con una prostituta. Pues el bien jurídico protegido no es la honestidad y, por ello, es indiferente la condición de la mujer. Lo único que importa es que la lesión del bien jurídico se haya realizado mediante una acción deshonestas. Y eso precisamente es lo que ha sucedido: mediante una fornicación extramatrimonial —acción deshonestas (42)— se ha lesionado el bien jurídico de la libertad sexual.

2. Pasemos a examinar el siguiente problema. La situación de las distintas opiniones es ésta: El Tribunal Supremo español, a diferencia de la jurisprudencia alemana, no ha tenido ocasión hasta ahora, por lo que alcanzo a ver, de ocuparse de la cuestión. En la ciencia, GROIZARD (43) dice que no es posible la violación de la propia esposa. La doctrina dominante española —S. TEJERINA (44), QUINTANO (45), CUELLO (46) y R. DEVESA (47)— es de otra opinión. Prescindiendo de pequeñas diferencias y matices entre los distintos autores, la tesis fundamental es ésta: El yacimiento o los abusos deshonestos con la propia esposa, usando de violencia o intimidación, es un comportamiento típico en el sentido del artículo 429 ó 430; pero el marido está amparado por la causa de exclusión de lo injusto del ejercicio de un derecho. La acción, pues —así se opina—, es típica, pero no antijurídica. Los autores españoles se apresuran a decir, y ello es

(41) A. 1766.

(42) No es posible entrar aquí en la cuestión de cuál es la moral que debe tomarse por base para interpretar el Código penal español o para crear normas juridicopenales; de ahí la provisionalidad de algunas de las tesis que aquí se exponen. Sobre el problema de la remisión de la ley a la moral, cfr., detalladamente, Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Gimbernat, Madrid, 1968, págs. 247 y ss.; sobre el contenido de la moral sexual desde las más diversas perspectivas, cfr. la obra “Sexualidad y crimen”, traducción de Gimbernat, Madrid, 1969, en la que figuran contribuciones de juristas, sociólogos, teólogos, psiquiatras, etc.

(43) Cfr. El Código penal V, 1893, pág. 85.

(44) Véase Derecho penal II, 1954, págs. 295/296.

(45) Cfr. Curso II, 1963, pág. 348 (véase, sin embargo, la nota 4 de esa página); Comentarios, 1966, pág. 786.

(46) Véase Derecho penal, tomo II (vol. II), 1967, pág. 534.

(47) Véase Derecho penal, Parte Especial, 1969, pág. 165.

perfectamente consecuente con su tesis, que si, por el motivo que sea, la esposa no está obligada a cohabitar con el marido, ya no concurrirá la exigente de ejercicio de un derecho, el comportamiento típico será también antijurídico y, por ello, punible como violación. Así, se habla de violación por parte del marido cuando cohabita con su mujer en un paraje público y cuando, por padecer una enfermedad contagiosa o por el débil estado de su mujer, pone en peligro la salud de ésta. Y se habla de abusos deshonestos violentos del marido contra la mujer cuando la fuerza a realizar actos sexuales contra natura (48). En Alemania, donde en el tipo de la violación (§§ 176, número 2 y 177) se hace referencia expresa a que el yacimiento ha de ser “extramatrimonial” (49), la doctrina y la jurisprudencia admiten, sin embargo, los abusos deshonestos violentos (§ 176, número 1) sobre la propia esposa cuando se la obliga, por ejemplo, a cohabitar en público (50) o a realizar actos sexuales antinaturales (51).

---

(48) Por todos, cfr. Cuello, Derecho penal, tomo II (vol. II), 1967, páginas 534/535: El yacimiento “ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer no constituye violación, pues aquél, al disponer sexualmente de ésta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho, pero además la mujer no puede invocar, en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido, agresión ilegítima. Podrá aquél, en ciertos casos, ser responsable de vías de hecho o de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación... El acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituirá violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuese peligroso para ella o para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etc.), o cuando constituyere un acto lesivo del pudor público o del de la propia mujer (v. g., si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas). El marido que obliga, con violencia o intimidación, a su cónyuge a conjunción anormal —contra natura— no es culpable de violación, sino de abusos deshonestos, pues el acceso carnal a que se refiere el delito de violación es, como se ha dicho, el normal”.

(49) Sobre esto, en sentido crítico, Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, 1957, pág. 44 (“Para explicar esta situación jurídica sólo pueden servir las valoraciones burguesas del siglo pasado con su característico privilegio del varón”), 117 (“Más bien me inclino a admitir que sería más coherente suprimir las distinciones entre heterosexual y homosexual, así como entre dentro y fuera del matrimonio y agrupar los delitos en un tipo unitario de la coacción sexual, en el cual únicamente se deberían destacar especialmente el coito y las acciones análogas al coito”).

(50) En este sentido, por ejemplo, v. Hentig, Sittlichkeitsdelikte unter Ehegatten, en: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, tomo 42 (1929), pág. 264, nota 3; Maurach, Deutsches Strafrecht BT, 1964, pág. 417; Welzel, Strafrecht, 1969, pág. 422; Schönke/Schröder, StGB, 1969, nota marginal 3 a al § 176, página 958; y la Audiencia Territorial de Baviera (citada en Schönke/Schröder, loc. cit.).

(51) En este sentido, por ejemplo, Hanke, Rechtsgüter bei Sittlichkeitsverbrechen, tesis doctoral, Marburg, 1926, pág. 44; v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch, 1927, pág. 545; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18 ed., Tübingen 1931, § 176 I, pág. 397; Mezger, Leipziger Kommentar II, 1958, pág. 97; y el Reichsgericht (sentencia citada en Schönke/Schröder, StGB, 1969, nota marginal 3 a al § 176, pág. 958). En contra —basándose en que en los abusos la “deshonestidad” (“acción deshonesto”) es un elemento del tipo—: Levy, Die Gewaltanwendung, 1932, pág. 39: “Tropezaría con muy grandes dificultades la constatación de lo que sea deshonesto entre

En mi opinión, el ayuntamiento carnal entre esposos no puede ser nunca ni siquiera típico en el sentido del artículo 429. Ciertamente que el marido que acude a la violencia o a la intimidación ataca la libertad sexual de la mujer; pero no lo hace como hemos visto que requiere el epígrafe del título IX, a saber: no lo hace mediante una acción deshonestas (52). La referencia a la honestidad que se hace en ese título no supone, como he tratado de demostrar, que se agrupe a toda una serie de delitos porque atacan el bien jurídico "honestidad"; la honestidad de que habla el Código lo que supone es que se ha agrupado a toda una serie de delitos por su característica común de ser acciones deshonestas que atacan bienes jurídicos de distinta naturaleza. Pues bien: el yacimiento matrimonial no puede nunca ser deshonesto. Esto requiere una ulterior explicación: cierto que el marido que, con violencia o intimidación, cohabita con su mujer, a pesar del peligro evidente que ello representa para la salud de la esposa, comete una acción reprobable. Pero la reprobabilidad no proviene en tales casos de la deshonestidad de la acción, sino de la falta de sensibilidad, de lo desconsiderado de la actuación del marido. Y el título IX sólo está ahí para castigar lesiones de bienes jurídicos mediante acciones deshonestas; para acciones reprobables por su falta de sensibilidad y por su desconsideración están otros tipos del Código. De lo dicho deriva el siguiente criterio fundamental: todo depende de si la negativa de la mujer a yacer es o no arbitraria: si la mujer —por una enfermedad o por cualquier otro motivo fundamentado— tenía razones para negarse a cohabitar, el marido responderá por un delito de amenazas condicionales o coacciones en eventual concurso con otro de lesiones. Pienso que no otra cosa debe regir para el supuesto en que el marido obliga a la mujer a yacer en un paraje público; cierto que aquí hay una acción deshonestas; pero la deshonestidad no deriva del hecho de que el marido cohabite con su mujer, sino de la falta de pudor que representa el hacerlo en público; y el desvalor que esa deshonestidad contiene queda totalmente reprimido y compensado mediante la aplicación del tipo del escándalo público que concurrirá con amenazas condicionales o coacciones y, eventualmente, con lesiones.

---

esposos, siendo así que éstos se otorgan la acción sexual más intensa: el coito"; Schönke/Schröder, StGB, 1969, nota marginal 3 a al § 176, pág. 958: "No es prácticamente posible ni moralmente admisible establecer, dentro del sector del matrimonio, distinciones entre acciones sexuales que son deshonestas y aquellas otras que no lo son". Sin concretar sobre el problema Binding, Lehrbuch, Besonderer Teil, I, 1902, pág. 202: "No puede pasar desapercibido que el matrimonio sustrae la deshonestidad a una serie de acciones entre los esposos y que no pueden convertirse en deshonestas aunque sean impuestas".

(52) Hemos visto (supra nota 51) que la doctrina alemana, porque figura expresamente en el tipo, requiere en los abusos la "deshonestidad" de la acción. En mi opinión, y como ya he indicado, del título IX ("De los delitos contra la honestidad") se deduce, aunque ello no se diga *expresamente* en el tipo —en la violación, por ejemplo, sólo se habla de "yacimiento", pero hay que entender "yacimiento *deshonesto*"—, que los bienes jurídicos protegidos en el título deben ser lesionados mediante acciones deshonestas.



# Herencia y criminalidad

Alfonso SERRANO GOMEZ  
Doctor en Derecho

## I

### ESTUDIO GENETICO EN RELACION CON LAS DIFICULTADES QUE EXISTEN PARA DETERMINAR SI SE HEREDA O NO LA CRIMINALIDAD

El problema del origen de la vida, dónde comienza y cuáles son las causas o elementos que la inician está hoy en camino de ser descubierto. Igual sucede con el sistema hereditario, aunque todavía queda mucho camino por recorrer.

Están en boga estos estudios y varios de los investigadores han sido galardonados con el premio Nobel en los últimos años (1). Se ha llegado al estudio de lo más simple, un complejo sistema de nucleoproteínas integradas principalmente en dos grupos de ácidos: el "ribonucleico" (ARN) y el "desoxirribonucleico" (ADN). PAULING, COREY, WATSON, KORNBERG, MATTEI, BUTENAND, KUHN, OCHOA, etcétera, han realizado investigaciones muy importantes en relación con esos ácidos. De todas formas, en el origen y fundamento de la vida, así como en la transmisión de los caracteres hereditarios, aún queda mucho por descubrir.

Sin embargo, esta preocupación es casi tan antigua como la humanidad, así: En el Manava Dharma Sastra, se puede leer "...la mujer es como un campo de labranza donde el varón deposita su semilla"...; Dice Platón en su Timoteo, "... la simiente masculina, constituida por animalitos de origen divino, se alimenta y desarrolla en el seno materno" (2). Se discutió mucho sobre cuál de los dos progenitores era el verdadero transmisor de los caracteres heredita-

---

(1) WATSON, WILKINS y CRICK, SEVERO OCHOA, etc.

(2) JIMENA F. DE LA VEGA, *Teoría de la Herencia y Herencia molecular*, Madrid, 1963, pág. 9.

rios, hasta que en el año 1875 VSCAR HERTWING descubre que en la transmisión de la herencia coopera tanto el hombre como la mujer.

Muchas de las conclusiones obtenidas sobre la biología de la reproducción humana proceden de trabajos realizados con animales inferiores (3). No cabe duda, pues, de que los conocimientos actuales sobre esta materia reposan sobre una base no muy experimentada, aunque en los últimos años se está consiguiendo muchos adelantos. También cabe señalar que el material recogido no vale igualmente para todas las especies, pues precisamente el proceso de la reproducción es la función orgánica que más varía de unas especies a otras (4).

Si el ser humano no es bien conocido; si en muchos aspectos todavía no se pueden sacar conclusiones ciertas, nos indica esto que hemos de tropezar con serias dificultades en el estudio de los factores hereditarios, que trataremos seguidamente.

El estudio de la herencia humana depende de hipótesis basadas en el trabajo experimental realizado con otros animales y plantas.

## H E R E N C I A

Herencia significa tanto como la transmisión de los caracteres biológicos de los padres o ascendientes (5).

Como vemos, la herencia, en sentido genético, es la transmisión de los caracteres del progenitor a la prole.

Surgen, sin embargo, muchos interrogantes a este punto, a saber:

1. Se transmiten todos los caracteres del padre y de la madre.
2. Se transmiten en mayor proporción los de uno que los de otro.
3. Dará la unión origen a un ser diferente a los progenitores.
4. Se recibe algo de los antepasados.
5. Puede haber modificaciones en el claustro materno.
6. Puede haber modificaciones en el alumbramiento.
7. Influyen las enfermedades hereditarias.
8. Puede aparecer algún carácter nuevo que no tuvo ninguno de los padres ni ascendientes.
9. Se transmiten a la progenie las malformaciones o mutilaciones sufridas por alguno de los padres durante la vida.

(3) HOVANITZ, W., *Tratado de Genética*, trad. de Téllez Molina, Madrid, 1957, pág. 8.

(4) O. M. S., *Biología de la reproducción humana*, serie de informes técnicos, núm. 280, pág. 3 y ss. Ginebra, 1964.

(5) SINNOTT, E. W., *Principios de Genética*, trad. de Antonio Prevosti, Barcelona, 1961, pág. 19.

10. Cabe provocar algún cambio con los medios conocidos hoy por la Medicina y en qué sentido.
11. Influye la edad de los padres.

Tropezamos con toda esta serie de problemas que, sin duda, influyen en el nuevo ser y que pueden formarle con más o menos modificaciones en su constitución genotípica, como después veremos. Puede haber, además, otras dificultades, como la salud de la madre durante el período de gestación, situación de los progenitores en el momento de la cópula, intoxicación por alcohol, drogas (6), infecciones venéreas, etc.

## F E C U N D A C I O N

El origen de todo ser humano comienza desde el momento en que uno de los 350 millones de espermatozoos que aporta el hombre en el momento de la eyaculación, se junta y fusiona con el huevo maduro aportado por la mujer. La importancia de la fecundación —unión de núcleos y protoplasmas de ambas células sexuales— estriba en la transmisión de los caracteres paternos y maternos al embrión (7), en la transmisión hereditaria.

Una vez terminado el proceso de fecundación, comienza el desarrollo del huevo o germen, por medio de la división sucesiva del mismo —por mitosis—, en nuevas células iguales a la primera, hasta constituir el ser humano, con sus formas y caracteres propios, compuesto por 200 mil millones o más de células, procedentes de la primera (huevo o cigoto), que vienen a constituirle en el nacimiento (8).

El nuevo ser —embrión— al final del segundo mes, ya tiene una marcada forma humana, llegando al final del tercero a tener aquellas relaciones de tamaño que caracterizan la forma general del feto (9).

El cigoto se compone de 46 (10) cromosomas, 23 aportados por el padre en el espermatozoo y 23 por la madre en el huevo. Aquí, en los cromosomas, es donde se encuentra el factor hereditario, localizado en los "genes". Son éstos, por tanto, los portadores de la herencia.

---

(6) En el Congreso Mental de Londres, celebrado en agosto de 1968, el doctor DONALD LAOURIA, presidente del Consejo de Drogas del Estado de Nueva York, dijo haber encontrado cromosomas defectuosos en algunos niños, cuyas madres habían tomado LSD durante el embarazo.

Recuérdese los efectos producidos por la Talidomina, que afectó a miles de niños.

(7) FISCHER, ALFRED. *Compendio de Embriología Humana*, traducción de Pons Tortellá, Madrid, 1951, pág. 18.

(8) FISCHER, ALFRED, obra cit., pág. 66.

(9) SINNOTT, obra cit., pág. 24.

(10) BOTELLA LLUSIÁ, *Endocrinología de la mujer*, Madrid, 1961, pág. 264.

Se encuentran alineados a lo largo de los cromosomas, llevando cada uno cientos o miles de ellos (11).

Aparece la teoría de los genes en 1910, ideada por MORGAN, que la crea para poder dar una explicación a las teorías mendelianas de la herencia.

Los factores hereditarios presentes en las células del organismo, que dan lugar a los caracteres visibles, se llaman genes. Uno de estos genes puede afectar sólo a un carácter visible, o bien a diferentes caracteres a la vez. En toda especie o variedad determinada hace falta un gen para cada uno de los caracteres (12).

Los genes se combinan de dos en dos, uno procedente del padre y otro de la madre, que se sitúan en el locus, dentro del cromosoma. Si ambos genes son idénticos responden al mismo carácter, se dice que el individuo que nace es "homocigótico" para ese carácter; si, por el contrario, los genes responden a carácter opuesto —no son idénticos—, se dice que el individuo es "heterocigótico".

Todo carácter hereditario, por tanto, necesita de un par de genes, por lo menos, uno aportado por el padre y otro por la madre.

Cuando los genes responden a distinto carácter —heterocigóticos—, puede ocurrir: Que ambos tengan la misma potencia, o que uno sea más potente que el otro; al primero se le llama "gen dominante" y al segundo "recesivo". Al combinarse dos genes de la misma potencia pueden manifestarse ambos a la vez; si no la tienen, es decir coexiste un gen dominante con otro recesivo en el locus, sólo se manifiesta el carácter hereditario del primero. No obstante, el gen recesivo no desaparece, queda latente, hasta que se combina en una nueva generación con otro gen del mismo tipo y también recesivo. Los caracteres hereditarios recesivos solamente aparecen en los sujetos que reciben un gen de este carácter aportado por el padre y otro por la madre; solamente se dan en los sujetos homocigóticos. Sin embargo, el carácter hereditario dominante se da tanto en éstos como en los heterocigóticos.

Sobre la composición de los cromosomas se han realizado estudios bastante avanzados. OCHOA y KORNBERG, entre otros, han trabajado con los ácidos nucleicos: El ribonucleico (ARN) y el desoxirribonucleico (ADN). Los cromosomas están compuestos, principalmente por el último, sustrato químico de los genes que lleva consigo la transmisión de los caracteres hereditarios (13).

---

(11) AUERBACH, C., *La ciencia de la Genética*, trad. de Muñoz de Carlos, Madrid, 1962, pág. 33.

(12) HOVANITZ, obra cit., pág. 3 y ss.

(13) BALCELLS GORINA, *Patología General*, Barcelona, 1965, pág. 50.

1. *Se transmiten a la prole todos los caracteres del padre y de la madre.*

La máxima aproximación se encontraría en aquellos casos en que los genes del progenitor macho fuesen idénticos a los de la hembra, pues daría lugar a la semejanza de todos los gametos. No obstante, lo normal es que, tanto el óvulo como el espermatozoide, tengan algún gen distinto (16).

Al haber semejanza en los progenitores también la habrá en la prole, aunque este supuesto es muy difícil que se dé.

2. *Se transmiten en mayor proporción los de uno que los de otro.*

En efecto así ocurre, ya que todo depende de la forma en que respondan los genes para cada carácter, según sea "homocigótico" o "heterocigótico" el individuo en relación con dicho carácter. Lo difícil es determinar para qué caracteres uno de los progenitores es dominante y para cuáles lo es el otro. Ya vimos como HOVANITZ mantiene que tanto el óvulo como el espermatozoide tienen algún gen distinto (17), por lo que el nuevo ser necesariamente ha de estar influenciado en mayor proporción por el factor hereditario de uno de los padres que por el del otro. Es difícilísimo que exista algún caso en que se transmitan en igual proporción los caracteres de uno y de otro de los progenitores.

3. *Da la unión origen a un ser diferente a los progenitores.*

Es casi imposible que el hijo sea exactamente igual a los padres. Tenderá a parecerse más al uno que al otro, pues para que fuese igual a ellos también los progenitores debían de serlo entre sí, cosa realmente difícil. No hay dos personas o individuos, ni siquiera del mismo sexo, que sean exactamente iguales, dice HOVANITZ (18).

Solamente se admite por los autores una máxima identidad en cuanto al caudal genético en el caso de los gemelos "univitelinos". Por tanto, para que el hijo fuese idéntico a los padres sería necesario el matrimonio entre hermanos de este tipo, cosa imposible, ya que siempre lo son del mismo sexo. En los "bivitelinos" ya no existe esa identidad, son como dos hermanos cualquiera. Aparte de que repugnaría el matrimonio entre hermanos, se tropezaría con las dificultades en las uniones consanguíneas, teniendo la descendencia muchas posibilidades de ser tarada y, desde luego, no con el mismo caudal genético.

---

(16) HOVANITZ, obra cit., pág. 5.

(17) HOVANITZ, ídem., ídem. 5.

(18) Obra citada, pág. 35.

No hay probablemente dos seres humanos que tengan idénticos genes, salvo en el caso de los gemelos "univitelinos" (19).

Tengamos presente que se recibe también parte del caudal hereditario de los antepasados, así como el problema incontrolable de las mutaciones.

#### 4. *Se recibe algo de los antepasados.*

En general, se mantiene por los autores que el individuo puede heredar, y de hecho así ocurre, alguno de los caracteres de sus antepasados.

GALTON sostiene que todo individuo presenta caracteres heredados de sus antepasados, padres, abuelos, bisabuelos, etc., en proporción progresivamente menor conforme se alejan. Establece: 1/8 del caudal hereditario de los bisabuelos y 1/4 de los abuelos.

PEARSON señala que la influencia es menor, un 0,0630 para los bisabuelos (en vez del 0,125 señalado por GALTON), y de los abuelos el 0,1988 (en lugar del 0,25) (20).

Sin embargo, en todo esto se ha de tener presente las uniones entre familiares, si la relación de parentesco es más o menos lejana. A menos distancia en el parentesco mayor caudal hereditario se recibe de los antepasados. Se dio esto en las antiguas familias nobles y en los capitalistas actuales. Señala BAUER el caso del Emperador Guillermo II de Alemania, quien en doce generaciones debía haber tenido 4.096 predecesores y solamente tuvo 275. No obstante, estas uniones son perjudiciales por dar lugar a la transmisión de ciertas anomalías.

#### 5. *Puede haber modificaciones en el claustro materno.*

El estado de salud de la madre puede afectar, sin duda de ninguna clase, al feto, así como los accidentes que pueda aquélla sufrir. Nuestro Código penal protege a la mujer en período de gestación contra toda clase de violencias que sobre la misma se realicen, artículo 411 y siguientes.

La O. M. de la Salud recomienda: "Los antibióticos se deben utilizar con prudencia durante la gestación, pues su administración puede tener efectos perjudiciales, tanto en la madre como en el feto... La interferencia de esas sustancias en el metabolismo del ácido nucleico natural puede provocar la transmisión de una información genética incorrecta que dé lugar a la síntesis de moléculas proteínicas patológicas y a la aparición de una enfermedad achacable a la alteración de la clave genética" (21).

(19) O. M. Salud, núm. 282, pág. 5.

(20) HARO GARCÍA, F., *Genética Humana*, Barcelona, 1961, pág. 11.

(21) O. M. de la Salud, pág. 31, núm. 282.

6. *Puede haber modificaciones en el alumbramiento.*

La Organización Mundial de la Salud establece que, efectivamente, puede el parto producir ciertos efectos desfavorables en el feto humano. Puede provocar síntomas de "hipoxia", "hipercapnia", "acidosis" u otras modificaciones metabólicas.

"Aún está por precisar si los breves periodos de "hipoxia" provocados por las contracciones uterinas normales o si los descensos más prolongados e intensos de la tensión parcial de oxígeno causados por la hiperactividad uterina ejercen efectos duraderos sobre el feto... Es posible que la hiperactividad uterina pueda provocar lesiones permanentes del cerebro que causen trastornos neurológicos graves" (22).

Todo esto además de otras malformaciones o mutilaciones que se pueden originar en los partos anormales.

7. *Influyen las enfermedades hereditarias.*

No cabe duda de que hay enfermedades que se transmiten por los progenitores a la prole. Sin embargo, salvo unas cuantas que lo son fatalmente, otras dependen de que el nuevo ser viva en un medio que provoque su aparición (23), ya que teniendo cuidado nunca sería afectado. Pese a todo, hay muchas enfermedades que todavía no se sabe si, en efecto, son hereditarias o no, aunque se tengan sospechas más o menos convincentes de que lo sean (24).

El principal problema de todo tipo de enfermedad o tara física, sea hereditaria o ambiental, estriba en sus ulteriores consecuencias, en la inferioridad física, complejo o crisis que pueda llevar a delinquir al que la padece.

8. *Puede aparecer algún carácter nuevo que no tuvo ninguno de los padres ni ascendientes.*

Nos encontramos aquí con el problema genético de las mutaciones.

Fue DE VRIES, en 1902, quien descubrió en las plantas la aparición espontánea de caracteres hereditarios nuevos, que no se encontraban en las generaciones anteriores.

Se habla de mutación cuando un nuevo carácter mendeliano aparece en una especie del organismo que anteriormente carecía de él. La Reina Victoria procedía de una familia que jamás había padecido de hemofilia, hasta que la enfermedad se reveló en uno de sus hijos varones y en alguno de los hijos de sus hijos. Posiblemente la muta-

(22) Número 280, pág. 31.

(23) O. M. S., núm. 282, cit. pág. 15.

(24) SINNOTT, obra cit., pág. 47-48.

ción se produjo en una de las células germinales de uno de sus progenitores (25).

Las mutaciones representan el cambio de un gene que posiblemente difiera del original o su composición o estructura química (26). En la actualidad se atribuyen a cambios en la estructura de los ácidos ADN de los cromosomas, pueden ser al igual que los demás genes dominantes o recesivos y cabe la posibilidad de que desaparezcan después de varias generaciones o de que persistan indefinidamente (27).

Es difícil recuperarse de una mutación, salvo en los casos excepcionales de que una nueva mutación restituya al gene original.

Todas las mutaciones suelen ser nocivas. Las enfermedades que padece el hombre se deben a mutaciones sufridas por los hijos de personas sanas.

Se han provocado mutaciones por medio de los rayos X (MÜLLER recibió en 1946 el Premio Nobel por los estudios realizados). También las radiaciones atómicas producen mutaciones, aunque en el hombre siempre suelen ser perjudiciales y se desconocen sus efectos (28). Sólo un 1 por 1.000 de ellas pueden ser beneficiosas, dice AUERBACH (29).

La mutación se puede producir en cualquier fase del desarrollo del organismo. Si se produce en un gameto maduro —óvulo o espermatozoide—, la descendencia tendrá la mitad del carácter afectado normal y la otra, afectada por la mutación. Cuando más tarde se efectúe la mutación menor será el efecto que produzca sobre la fracción del cuerpo afectada (30).

Las mutaciones son poco frecuentes. Su estudio —como todo lo referente a la herencia— se hace difícil y lento, ya que no se pueden emplear con el hombre procedimientos rápidos y directos como en los animales y plantas. Su estudio se hace por medio de las enfermedades o anomalías hereditarias que padecen las personas.

Para AUERBACH, uno de cada 10 gametos —aproximadamente— lleva algún gene afectado de mutación. Sin embargo, esto no quiere decir que uno de cada diez niños nazca anormal o incapacitado. Indica esto que, en efecto, hubo una mutación pero la mayoría de éstas producen efectos tan pequeños que no influyen en el normal desenvolvimiento de la persona (31).

Varían los efectos de las mutaciones de unas enfermedades a otras. No en todas se dan con la misma frecuencia, influyendo también que el gene mutado sea dominante o recesivo.

(25) (26) AUERBACH, obra cit., pág. 271.

(27) BALCELLS, obra cit., pág. 55.

(28) O. M. S. Sección de informes técnicos, núm. 282, pág. 19. *Genética Humana y Salud Pública*, Ginebra, 1964.

(29) Obra cit., pág. 275.

(30) SINNOTT, obra cit., pág. 273.

(31) Obra cit., pág. 272 y ss.

### 9. *Malformaciones o mutilaciones.*

Ligado con el tema de las mutaciones, tenemos el de las mutilaciones o malformaciones producidas durante el desarrollo del embrión, feto o posteriormente. No hay que confundir ambos problemas. Mientras el primero afecta al genotipo, es decir, se transmite a la progenie, en el segundo cabe la pregunta de si se transmite o no.

Nos encontramos ante las modificaciones que puede sufrir el ser humano durante cualquier período de su vida, tal como el desarrollo de los músculos, habilidad para el trabajo, taras por accidentes, enfermedades, etc., y si la prole se verá afectada por las mismas. Así se admitió y hasta el propio DARWIN y LAMARK afirmaron estos principios, considerando éste que los caracteres adquiridos eran la base de toda evolución en las generaciones posteriores.

WEISMAN (1834-1914), precursor de la Genética moderna, se opuso a la transmisión hereditaria de los caracteres adquiridos. Distingue entre el "plasma germinal", que es invariable y engendra al resto del cuerpo "soma". Si éste se puede modificar, nunca lo puede ser aquél. Para demostrarlo cortó la cola a una serie sucesiva de generaciones de ratones, no obstante seguían naciendo con cola y de tamaño normal.

Viene casi a coincidir la teoría del "plasma germinal" y del "soma" con la del "genotipo" y "fenotipo", creada por JOHANNSEN (1911), aunque éste la perfecciona.

Luego las mutilaciones o malformaciones no se transmiten (32), solamente afectan al individuo que las sufre, se reflejan en su "fenotipo" o "soma", nunca en el "genotipo". Igual sucede con las variaciones debidas al efecto del medio ambiente, que nada tienen que ver con el caudal genético de la persona, tal como conseguir un color más oscuro de la piel por el desarrollo del pigmento melánico de la misma, poniéndole al sol (33).

### 10. *Cabe provocar algún cambio con los medios conocidos por la Medicina.*

Normalmente son perjudiciales para el individuo los cambios que se pueden efectuar en la composición química de los "genes". Ya vimos el problema de las mutaciones y las consecuencias que pueden tener las provocadas.

Se pueden provocar por medio de rayos X, radiaciones atómicas o por algunos productos químicos. Suelen ser nocivas y no se conocen cuáles son sus efectos (34).

(32) BALCELLS, obra cit., pág. 56.

(33) HOVANITZ, obra cit., pág. 6.

(34) O. M. de la Salud, núm. 282, pág. 18.

La Organización Mundial de la Salud recomienda, por tanto, que se debe tener mucho cuidado con el consumo de alimentos irradiados: parece ser que pueden aumentar la tara en las mutaciones, así como en la utilización de rayos X, productos químicos y radiaciones atómicas (35).

No obstante, con las plantas y animales sí se han conseguido cambios —mutaciones— que son favorables para la selección de nuevas variedades (36).

Con los avances de la Genética en los últimos años se ha conseguido luchar contra algunos genes recesivos; se ha intentado evitar, en lo posible, matrimonios entre “heterocigóticos”, portadores de alguna carga recesiva. Ya se emplean procedimientos en algunos casos para la localización del gen recesivo (en la anemia de Cooley en Italia). Lo importante es saber quiénes son portadores de otros genes transmisores de enfermedades (37).

#### 11. *Influye la edad de los padres.*

Murphy hizo un estudio sobre este tema y llegó a la conclusión de que en la especie humana los hijos con algún defecto comparados con sus hermanos normales se encontraban en relación a la edad de la madre: a más edad de ésta, mayor peligro de anomalía en la descendencia. Distingue un grupo de edades, que, resumiendo, se concreta: para las mujeres comprendidas entre los treinta y cuarenta y nueve años, el número de hijos con alguna tara es tres veces superior al de las madres menores de edad. Señala como enfermedades más frecuentes: el mongolismo, anomalías cardíacas, etc. (38).

A conclusiones similares llega la Organización Mundial de la Salud (39), señalando que algunas enfermedades hereditarias se producen con más frecuencia según la edad de los padres o el orden de nacimiento (mongolismo, eritroblastosis, etc.).

Suele aumentar con la edad de la madre, pero no se modifica con la del padre. Establece dicha Organización que el peligro es muy lento, en cuanto a su avance con la edad, hasta los treinta y cinco años, aumentando conforme se acercan a la menopausia. El aumento de dos y cuatro veces entre las edades de treinta y cinco y treinta y nueve años; de cinco a diez para las edades de cuarenta a cuarenta y cuatro, y de diez a veinte veces a partir de los cuarenta y cinco años.

Una explicación de lo anterior nos lo da la propia Organización

(35) Número 282, pág. 27 y ss.

(36) BALCELLS, obra cit., pág. 56; sobre malformaciones congénitas, véanse números 1, 2 y 3 de *Anales de la Medicina*, 1964.

(37) O. M. S., núm. 282, pág. 34 y ss.

(38) HOVANITZ, obra cit., pág. 390.

(39) Sección de informes técnicos, núm. 282. *Genética Humana y Salud Pública*, Ginebra, 1964, pág. 22 y ss.

Mundial de la Salud, al señalar: "Los óvulos fecundados en los últimos años de la vida fértil proceden de ovocitos viejos (en el caso de la mujer pueden tener hasta cuarenta años), supervivencia de una población que, al envejecer, quizá ha adquirido defectos genéticos.

Ese hecho explica, probablemente, que las madres de edad relativamente avanzada tengan hijos afectos de anomalías congénitas con más frecuencia que las madres que se reproducen al comienzo de la vida fértil (40).

Después de observadas todas las dificultades anteriores en relación con la procreación, se aprecia claramente que es prácticamente imposible saber lo que transmiten los progenitores a su prole. Los hijos se parecerán más a uno de los padres que al otro, o a ninguno de los dos. La Genética aún no ha llegado a ninguna conclusión definitiva. Todavía hay muchas hipótesis que aclarar.

Si en el aspecto del mundo natural, que obedece a unas leyes, con más o menos modificaciones, no se ha llegado a nada concreto, pese a la gran cantidad de estudios realizados, ¿qué se puede decir de la transmisión de la delincuencia?: en realidad nada. Es una incógnita todavía más difícil de aclarar, pues no obedece a ningún principio concreto, ya que, además de la herencia en sí, hay multitud de causas y condiciones que, a la postre, contribuyen a la formación de la personalidad del autor, muy importante para determinar su vida recta o delictiva.

## II

### ESTUDIO DE LOS HERMANOS GEMELOS

Para demostrar las transmisiones hereditarias se hace el estudio de los hermanos gemelos, pues en los procedentes del mismo óvulo, es donde más semejanza puede haber entre dos seres humanos. Si son tan iguales, necesariamente han de haber recibido cada uno los mismos caracteres hereditarios (41); por tanto, si ambos delinquen, resultará que se hereda la delincuencia. Consideremos todo esto.

Veamos si esa identidad se da primeramente en el aspecto físico, es decir, en su configuración externa.

En los procedentes del mismo óvulo, fecundado por un solo zoospermo, denominados "univitelinos", "monozigóticos" o "idénticos", sí que la hay; sin embargo, no ocurre lo mismo con los procedentes de dos óvulos distintos, son como dos hermanos cualesquiera y se les llama "dizigóticos", "bivitelinos" o "fraternos".

A simple vista se aprecia la gran identidad entre los hermanos

---

(40) Serie de informes técnicos. Biología de la reproducción humana, número 280, Ginebra, 1964, pág. 11.

(41) O. M. S. Los gemelos "univitelinos" tienen idénticos genes. Número 282, citado, pág. 5.

“univitelinos”. Según Von Rhoden, hay semejanza en los siguientes caracteres:

1. Color.
2. Forma y crecimiento del pelo.
3. Crecimiento y distribución del vello.
4. Color del iris.
5. Color de las pestañas.
6. Crecimiento de las pestañas.
7. Color y circulación sanguínea de la piel.
8. Grupos sanguíneos.
9. Dilataciones vasculares.
10. Pecas.

Señala como características menos seguras, entre otras, los surcos de la lengua, forma de la nariz y labios, forma de las manos y uñas, tipos de las crestas papilares de los dedos y de las rayas de las palmas, etc.

Hurwitz se opone a lo anterior, diciendo que no todas las características presentan concordancias en cuanto a los más pequeños detalles. Afirma que la cuarta parte, aproximadamente, de los gemelos, son de esta clase.

Cabe la posibilidad de esa identidad a simple vista en el aspecto físico. Sin embargo, siempre habrá algo que nos pueda diferenciar a los hermanos “univitelinos” y que no falla: el dibujo de las crestas papilares, bien dactilares o palmares, donde se encontrarán muchas diferencias. Cabe la posibilidad de la misma fórmula, pero en la subfórmula aparecerán puntos característicos de diferenciación. Todo esto pese a lo que dice Rompp y el supuesto de las dos huellas iguales encontradas en Jamaica.

En octubre de 1893, la comisión Troup llegó a la conclusión de que las posibilidades de encontrar dos huellas dactilares idénticas es menor de uno por sesenta y cuatro mil millones. Pueden coincidir la de dos o tres dedos, pero no la de diez (42).

D. Abundo, Perera, en España, y otros, son partidarios de la transmisión hereditaria de ciertos rasgos en los dibujos papilares (43).

Newman (genético), Freeman (psicólogo) y Holzinger (estadista), en 1937, hacen un estudio sobre diecinueve parejas que vivieron separados y las comparan con hermanos que vivieron juntos y separados (44).

Estudian, entre otros aspectos, la estatura, peso y longitud de la cabeza. Encuentran diferencias entre ellos, más notables entre los que se criaron separados que entre los que lo hicieron juntos y más en

(42) Tomado de la obra de G. BROWNE y ALAN BROCK. *Huellas dactilares*.

(43) Véase SERRANO GÓMEZ, *La igualdad en los gemelos*, en Revista de Policía Española, núm. 21, septiembre 1963. Ver R. P. E., núm. 59, trabajo de GÓMEZ GUTIÉRREZ A.

(44) Citado por SINNOTT, obra cit., pág. 174 y ss.

los hermanos fraternos que entre los idénticos. Llegan a la conclusión que estas diferencias se deben más al ambiente que a la herencia.

Auerbach expone el estudio de una serie de gemelos en relación con el raquitismo que padecen. De sesenta parejas de hermanos idénticos, cincuenta y tres fueron afectados los dos, mientras que en siete casos solamente lo fue uno; de setenta y cuatro fraternos fueron afectados los dos en dieciséis casos y uno de ellos en cincuenta y ocho. También aquí se aprecia la similitud en cuanto a la adquisición de las enfermedades indicadas, más concorde en los hermanos idénticos (45).

En realidad son muchos los estudios que se han realizado para determinar la transmisión de ciertas enfermedades que se duda si son hereditarias o no. Siempre son más afectados los hermanos idénticos que los fraternos (46).

También en el coeficiente intelectual se aprecian diferencias entre los hermanos idénticos, aunque son menos que en los fraternos y de que vivan juntos o separados. Sinnott expone un estudio realizado por Snyder, Lehmann y Verscner (47).

Consideremos ahora la conducta de los gemelos. Si los idénticos realizan los mismos hechos o muy similares, de conducta delictiva, no cabría duda entonces de que la delincuencia se hereda. Para que esto sea cierto, si uno de los hermanos idénticos comete un delito, necesariamente habrá de cometerlo el otro, sobre todo si su relación con el mundo exterior y su educación son similares.

Pasamos a exponer una serie de estudios realizados por los autores. Los inicia Francis Galton, en 1876, siendo posteriormente ampliados y perfeccionados por Diemens. Más modernamente es Lange quien ha dado impulso a las investigaciones, continuadas por otros, tanto en el campo criminológico como en el de la medicina.

El procedimiento que siguen todos los autores, con alguna modificación, es el de considerar a los padres de los gemelos; principalmente al padre. Si éste fue delincuente —y por la transmisión de los caracteres hereditarios—, uno de los gemelos idénticos delinque, fatalmente debe hacerlo el otro. Por el contrario, sin uno de los gemelos fraternos comete una infracción legal, el otro puede hacerlo o no, siendo más frecuente los casos en que no delinque. Cuando dos hermanos cometen delito se dice que hay entre ellos concordancia, y discordancia en los casos que uno delinque y el otro no.

La concordancia es más frecuente entre los gemelos idénticos que entre los fraternos. Lange hace un estudio de treinta parejas de gemelos, de los que trece eran idénticos y diecisiete fraternos, obteniendo los siguientes resultados: en los primeros en diez ocasiones fueron condenados los dos hermanos, mientras que en los tres pares restantes

(45) Obra citada, pág. 170.

(46) Obra citada, pág. 182-183.

(47) SÁNCHEZ MONGE, *Genética*, Madrid, 1966, pág. 363, expone un estudio realizado por KALLMAN y REISNER, sobre la transmisión de la tuberculosis.

Mientras afectó en el 87,3 por 100 de los casos a los gemelos idénticos, a los fraternos fue en el 25,6 y a los demás hermanos el 25,5.

solamente lo fue uno de ellos; en los fraternos hubo solamente dos casos en que fue condenado el otro gemelo (concordancia), mientras que en los restantes casos hubo discordancia.

Vamos a resumir en un cuadro el estudio de Lange y los de otros:

### RESULTADOS DE EXPERIENCIAS SOBRE GEMELOS

	GEMELOS IDENTICOS			GEMELOS FRATERNOS		
	UNIVITELINOS			BIVITELINOS		
	Número total	Concordancia	Discordancia	Número total	Concordancia	Discordancia
LANGE .....	13	10	3	17	2	15
LEGRAS .....	4	4	0	5	0	5
ROSANOFF .....	37	25	12	28	5	23
KRANZ .....	31	20	11	43	23	20
STUMPFL .....	18	13	5	19	7	12
TOTAL .....	103	72	31	112	37	75
Total en tantos por ciento ...		69,9	30,1		39,0	61,0

Se observa que en los gemelos idénticos la concordancia es en un 70 por 100, mientras que la discordancia es del 30 por 100. En los fraternos las proporciones casi se invierten.

Posteriormente, LENZ, O. VON VERSCHUER y W. WITZ, en un estudio sobre doscientas quince parejas, llegan a conclusiones similares. También STUMPFL, en un trabajo posterior, con dieciocho parejas de idénticos y cuarenta y siete de fraternos (diecinueve del mismo sexo y veintiocho parejas compuestas por un hermano de cada sexo), llega a los mismos resultados (48).

En cuanto a la transmisión de las enfermedades hereditarias las proporciones son muy similares, como hemos visto anteriormente, en relación con el raquitismo y la tuberculosis.

### OBSERVACIONES

Se ha hablado de los conceptos concordancia y discordancia. Estos términos, puramente formales, no están acordes con la realidad. Pongamos por caso cuándo uno de los hermanos es un delincuente empedernido, varias veces detenido, mientras que el otro ha sido sancio-

(48) AUERBACH. obra cit., pág. 174, expone unas conclusiones en relación con la criminalidad de los gemelos, realizada en Alemania, Holanda y Estados Unidos. Los resultados obtenidos fueron: para los univitelinos, 72 por 100 de concordancia y 28 por 100 de discordancia; para los bivitelinos 66 por 100 de concordancia y el 34 por 100 de discordancia.

nado por una falta leve o impago de una multa. No indica esto una gran concordancia con la conducta criminal. Lo mismo se puede argumentar en la discordancia, cuando uno fue sancionado por una simple bagatela y el otro no lo fue nunca. Todo esto sin contar con la vida oculta del delincuente, de la que casi nunca se llegan a conocer todas sus actividades.

Para salvar las dificultades de la concordancia señaladas, STUMPFL establece junto a la concordancia formal otras especies que son:

1. Igualdad de los gemelos, respecto al hecho de ser condenado.
2. Igualdad respecto al número de delitos.
3. Igualdad respecto al tipo de delito.
4. Igualdad respecto a la conducta social diaria.
5. Igualdad respecto a los signos esenciales y profundos del carácter.

Para el autor, la concordancia en los univitelinos va aumentando en cada grupo, siendo casi completa en los dos últimos. Por otra parte, la discordancia también es progresiva en los bivitelinos, siendo total en los dos últimos grupos.

Pese a todo:

- a) Hay dificultad en saber cuándo los gemelos son univitelinos o bivitelinos. Se emplean diversos procedimientos, no todos igual de convincentes. Hay quien se inclina por la igualdad física (49), mientras que Sinnott emplea otros procedimientos más complicados. En realidad, dice, se desconoce el verdadero origen de los gemelos univitelinos (50) (51).

Ya aquí se tropieza con una seria dificultad. Normalmente el aspecto físico debe haber sido la base fundamental para la clasificación en los estudios expuestos, pues en la época en que se efectuaron no eran los adelantos de la Medicina muy considerables. El procedi-

---

(49) STUMPFL en sus estudios se basa en esa igualdad; en muchas ocasiones no llegó a ver a los dos hermanos, haciendo el diagnóstico de univitelinos o no por medio de fotografías.

(50) Obra cit., pág. 174 y ss., señala:

Los monovitelinos tienen gran parecido físico y respuestas semejantes en tests mentales; siempre son del mismo sexo; suelen estar encerrados en la misma membrana y unidos a la misma placenta, aunque hay excepciones a ambos principios, y tienen el mismo grupo sanguíneo. Los bivitelinos pueden ser del mismo o distinto sexo; suelen estar envueltos en membranas embrionarias distintas y tienen placenta separada, hay excepciones a ambos principios; pueden tener el mismo o distinto grupo sanguíneo.

(51) OLUF THOMSEN también dice que se debe hacer la distinción durante el parto.

VON ROHDEN se inclina por ciertas igualdades físicas, ya expuestas.

Modernamente algunos emplean la prueba gustativa de la Tiourea.

Los primeros procedimientos son complicados, y los dos últimos tienen mucho margen de error.

miento que señala Sinnott parece más convincente. Sin embargo, además de fallar a veces, es difícil de realizar y, aunque en algún raro caso se haya hecho, no va a ser precisamente en los que después sean delinquentes.

- b) Algunos, como LANGE y LEGRAS, estudian un número muy reducido para sacar conclusiones generales.
- c) Es mucha la coincidencia en los resultados obtenidos.
- d) Algunos menosprecian o sitúan en segundo lugar otros factores, como el económico, social, ocasional, provocación exterior, familia, que sin duda influyen. Si en realidad todo se debe a la herencia, la concordancia en los idénticos debía ser del 100 por 100. No se olvide que la concordancia entre los idénticos es menor cuando se criaron en ambientes distintos y culturas diferentes.
- e) Es poco el material de que se dispone para poder dogmatizar.
- f) Hay diferencias en el coeficiente intelectual, como vimos, que llevará a apreciar de forma distinta la realidad, antes de decidirse a delinquir.
- g) En el supuesto de que sean mujeres, la criminalidad es mucho menor.

De todos modos hay un hecho cierto y es el de que los gemelos univitelinos tienen más rasgos en común y mayor similitud en su constitución física y conducta que los bivitelinos y demás hermanos.

Sin embargo, también es cierto que los caracteres hereditarios recibidos de los padres varían mucho de un hermano a otro de los fraternos o corrientes; es frecuentísimo que ni tan siquiera se parezcan en lo físico a sus progenitores, incluyendo los idénticos.

Después, todavía queda la forma de pensar y actuar de cada uno que, sin duda, nunca serán iguales.

Concluimos diciendo, que si no hay igualdad en el aspecto físico, donde para nada interviene la voluntad de la persona, mucho menos la hay en el de la conducta que puede desviarse del recto proceder por las causas más variadas, incluso no apreciadas por el propio individuo (52) (53).

## POSTURA DE LA DOCTRINA

La antigua creencia de que la criminalidad se heredaba (54) está hoy completamente superada. Aunque con más o menos timidez se niega aquel principio, sustituyéndolo por otro que, en términos ge-

(52) SERRANO GÓMEZ, R. P. E., núm. 21, cit.

(53) No se puede asegurar que un gemelo univitelino será delincuente porque lo haya sido el otro hermano. INTRONA, "Lo studio dei gemelli dal punto di vista medico legale e criminologico". Sc. Pos., 1960, pág. 615 y ss.

(54) En las "Leyes de Manú", se recomienda al rey que no se casara con

nerales, se puede resumir: "La criminalidad no se hereda, pero sí cierta predisposición a ella"; no hay una predestinación a delinquir. De todas formas, unos dan más margen a esa predisposición que otros, llegando algunos a considerar que se eleva hasta el 91 por 100, mientras que otros solamente le conceden el 12 por 100 (55).

El criminal "nato" no existe. La teoría de que hay naturalezas con ciertos rasgos físicos y psíquicos que determinan al delincuente, iniciado seriamente por Lombroso (1835-1909), no es sostenida por nadie, así como tampoco los estudios sobre antropología tienen interés, sobre todo los referentes a cráneos, cerebros, centros nerviosos, potencia visual, agudeza acústica, longitud de los miembros, estatura, aspecto psíquico, facciones del rostro, etc., comparadas con las del hombre considerado normal (56).

Hemos visto, principalmente, la opinión de los criminólogos y algún penalista. También se unen a la corriente general los estudiosos de genética (57) (58).

Todos admiten, además de esa posible predisposición hereditaria, otra serie de factores que van a influir en la comisión de hechos delictivos por el autor. La edad, el sexo, la familia, sociedad, situación

---

mujer cuya familia hubiese padecido epilepsia, elefantiasis, etc., ya que se transmiten éstas al igual que las condiciones morales.

Decía el Dr. LE BON: "Se nace criminal como se nace jorobado, canceroso o tísico y nada puede impedir que se deje de ser criminal.

MAUDSLEY señala: "Del verdadero ladrón, como del verdadero poeta, puede decirse que se nace, no que se hace".

En España, CARPENA dice que la influencia hereditaria es enorme (obra citada, pág. 412).

TH. RIBOT. *La herencia psicológica*, pág. 83 y ss., trad. de Ricardo Rubio a la 5.ª edición. Madrid, 1928, dice que el robo se hereda, mencionando a otros autores que opinaban como él. DESPINE, GAMA MACHADO, etc.

(55) MIDDENDORFF, ob. cit., pág. 93 y ss.; SEELING, ob. cit., pág. 236; EXNER, *Biología Criminal*; MEZGUER, *Criminología C. Calón, Criminalidad infantil y juvenil*, Barcelona, 1934, pág. 21; LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Delincuencia juvenil*, I, pág. 465 y ss., Madrid, 1956; FRANCHINI INTRONA, *Delinquenza Minorile*, Padova, 1961, pág. 72 y ss.; SHELDON GLUECK, *The Problem of Delinquency*, Boston, 1959, pág. 43 y ss., etc., etc.

Ver también P. MONTES, *Precursores de la ciencia penal en España*, Madrid, 1911, pág. 189-218, recoge el pensamiento español de aquella época.

(56) Realizaron estudios sobre algunos de estos puntos, además de LOMBROSO, BORDIER, TENCHINI, ESCUDER, RAUX, MACÉ, MARRO, DIMITRI, OTTOLENGHI, SALILLAS, RONCORONI, LACCASAGNE, GOLGI, CARRACA, BIRAKOV, etc.

(57) Dice SINNOTT, obra cit., pág. 181: "La criminalidad como tal no se hereda. Se hereda una tendencia hacia un acondicionamiento similar de la conducta."

(58) AUERBACH, obra cit., pág. 175, escribe: "La criminalidad, como las enfermedades mentales parece ser el resultado de circunstancias ambientales desfavorables que actúan sobre una constitución genética receptiva. La tendencia del crimen no es una cuestión de destino, cuanto más triunfe la sociedad en eliminar las causas ambientales que conducen al crimen, mejorando las condiciones sociales y la educación, más raras serán las oportunidades para que estos indeseables genes lleguen a manifestarse en actos criminales."

económica, etc., son circunstancias y situaciones que se han de tener presentes para determinar por qué se cometió un delito.

Hemos visto una serie de dificultades en cuanto a la transmisión de los caracteres hereditarios. Los estudios se han realizado, generalmente, sobre especies inferiores; la doctrina de los genes no es completa, el problema de las mutaciones puede ser importante; se recibe algo de los antepasados, sin saber cuánto y qué; se desconoce lo que se recibe de cada uno de los progenitores; lo que se conoce está basado, principalmente, en el estudio de ciertas enfermedades que se suponen hereditarias, pero que algunas de ellas también pueden depender del medio ambiente donde se desenvuelve el individuo, etc. Tampoco con el estudio de los gemelos univitelinos se llega a conclusiones serias. Por todo ello, concluimos diciendo:

- a) En la actualidad no hay nada concreto en relación a lo que verdaderamente se recibe de los padres. Son tantas las dificultades, que apenas si tienen valor los adelantos de la ciencia, no teniéndolo en cuanto a la posibilidad de la heredabilidad del delito (59).
- b) Tampoco se puede concretar nada en relación con esa predisposición a delinquir. Hay constituciones más o menos inclinadas, pero, ¿quién puede asegurar que eso se heredó?; puede ser debido al ambiente; como consecuencia de una mutación; debido a la combinación de los caracteres de ambos progenitores: a modificaciones en el cláustro materno o en el propio alumbramiento; a enfermedad posterior, etc.
- c) El estudio de los gemelos, como el de las familias criminales (60), tampoco lleva a conclusiones aceptables. En último extremo, siempre hay que considerar otros aspectos ajenos a la herencia, nos demuestra esto la menor criminalidad en la mujer.

Por otra parte, la moderna Biología criminal llega a las conclusiones siguientes:

- a) Los padres pueden haber tenido disposiciones criminales, sin que el hijo las tenga.

---

(59) ТН. RIBOT, en su obra ya citada, cuya primera edición es de 1893, hace un estudio amplio de la herencia. Todavía no se conocían las Leyes de Mendel. Recoge todo el pensamiento sobre el tema hasta sus días; habla de los estudios de LAMARK, DARWIN, SPENCER, HÄECKEL, GALTON, WALLACE, WEISMAN y otros.

Expone conclusiones sobre la herencia, basadas en estudio empírico, y se ha de reconocer que, en muchos aspectos, pese a que han pasado más de setenta años, apenas si se ha adelantado algo. No obstante, se han aclarado algunos errores.

(60) En la familia americana Juke hubo: 219 criminales o vagabundos y 20 prostitutas o dueñas de burdeles; a resultados similares se llega en las familias Zero, Victoria y Kallidak.

- b) El hijo puede tener una tendencia criminal, sin que las hayan tenido ni los padres ni los abuelos.
- c) Puede existir esa tendencia en los padres y en los hijos, pero tener obstáculos en unos u otros o en todos y no haberse manifestado al exterior.

Terminamos diciendo: que la predisposición al delito, que se pueda heredar, no es suficiente para delinquir y que, igualmente, puede cometer un delito todo aquél que carezca de tal predisposición (61). Hoy se comienza a especular con las anomalías cromosómicas, como causa de la criminalidad, así el poseer un cromosoma *Y* suplementario (en Australia se conoce el caso de un joven que asesina a una chica; en Alemania otro varón asesina a tres mujeres, y en Francia un tercero que asesinó a una prostituta), pidiendo para los autores la exención de responsabilidad o por lo menos una atenuación de la misma (62).

### III

#### GENOTIPO Y FENOTIPO

En todo ser humano hay algo que no cambia, es inalterable y, en definitiva, es lo que transmite a su prole, esto es: el genotipo. No hay dos personas con idéntico genotipo, salvo los gemelos univitelinos. El "fenotipo" es un producto de la herencia y el ambiente, pudiendo ser modificado por ambos (63).

(61) Recordando que los estudios sobre la transmisión de los caracteres hereditarios se basan en los experimentos de seres inferiores o en las enfermedades llamadas hereditarias, cabe señalar:

SINNOTT apunta que no hay distinción clara entre las enfermedades que son o no hereditarias. Obra cit., pág. 47:

SÁNCHEZ MONGE, dice: "alrededor del 30 por 100 de las anomalías cardíacas son realmente hereditarias, pero el resto se debe a otras causas, tales como infecciones maternas, sobre todo de virus, durante el embarazo... Muchos tipos de demencia son hereditarios y lo mismo ocurre con otras anomalías mentales... No obstante, hay que tener mucho cuidado con las investigaciones que tratan de la herencia de los caracteres psicológicos, pues hasta la fecha no ha podido ser medida la importancia relativa del genotipo y el medio. Los estudios realizados sobre gemelos monocigóticos, educados en distinto ambiente, parecen probar que los caracteres psíquicos son muy poco influidos por el ambiente; que la inteligencia lo es más y la personalidad o temperamento, mucho más...". Obra cit., pág. 367 y ss.

Nos demuestra lo anterior la poca seguridad que hay en la transmisión hereditaria y que el temperamento, inteligencia y personalidad, que tanta importancia tienen en la conducta humana, pues, en suma, son los que la dirigen, son notablemente influidos por el ambiente.

(62) Véase "Cromosomas y Criminalidad...", MORO VIGAL, en *Revista de Policía Española*, junio 1969.

(63) SINNOTT, obra cit., págs. 36 y 45.

El mundo exterior puede influir sobre el fenotipo, pero nunca en el genotipo. En realidad, como dice HURWITZ, son dos términos difíciles de separar.

No todo el proceder del hombre hay que achacarlo a uno u otro, pero de lo que no cabe duda es que la conducta seguida, el ambiente, la familia y otras muchas circunstancias harán cambiar el fenotipo de cualquier individuo y su conducta se verá influenciada notablemente por esos cambios experimentados a su contacto con el mundo exterior. Aquí es donde nosotros basamos el verdadero origen de toda conducta criminal, teniendo poco valor el genotipo (64).

#### IV

### ESTUDIO DE OCHO PAREJAS DE GEMELOS

Solamente hemos encontrado ocho parejas de hermanos gemelos, de entre todos los 750 chicos delincuentes que estudiamos, en las que por lo menos uno de ellos ha delinquido. Hay otras familias donde también había gemelos, sin embargo, hasta el momento no han cometido ningún delito y sí otro u otros de los demás hermanos (65).

No hacemos distinción entre si son univitelinos o bivitelinos, ya que solamente podríamos hacerlo a través del parecido físico, que no nos parece suficiente. Por el contrario, solamente hay un caso claro de hermanos fraternos; es uno en que son de distinto sexo.

Las parejas son de las edades siguientes: una de trece años, una de catorce, dos de quince, una de dieciséis, una de dieciocho y dos de veinte. A excepción de la pareja de distinto sexo, las condiciones ambientales son las mismas.

La de los gemelos de trece años la componen un varón y una hembra. Mientras la hermana se ha portado bien, observando buena conducta y siendo aplicada en el colegio, el chico cometió diversos hurtos en el lugar donde trabajaba a compañeros de trabajo, más sustracción de una motocicleta y dinero a los padres.

Siempre actuaba solo y los padres no tienen más hijos.

Otra la componen los hermanos de veinte años, trillizos, de la que solamente sale delincuente uno de ellos, observando los otros buena conducta y vivían ya de su trabajo.

X, no se parece físicamente nada a sus otros dos hermanos. Murieron los dos primeros descendientes de la familia, no quedando más

---

(64) VER BALCELLS GORINA, A., obra cit., pág. 49; AUERBACH, obra citada, página 49; HOVANITZ, obra cit., pág. 4, sobre el concepto y contenido de ambos.

(65) Véase nuestra obra: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, en prensa, Editorial Doncel.

que los tres. Debido a la penuria familiar, a los tres años son internados en un colegio de beneficencia. Están allí hasta los siete, pasando posteriormente a otro de similar categoría, hasta la edad de quince años.

Durante todo este tiempo X es muy travieso y, al parecer, padece oligofrenia, ya que a esa edad apenas si sabe poner su nombre y malamente leer. No puede, por tanto, ingresar en la Escuela de Artes y Oficios, como sus hermanos. A raíz de esto fallece la madre.

Dos años después, cuando ya sus hermanos habían aprendido un oficio, X, no sabía trabajar en nada. El padre y los otros dos cambian de domicilio, pasando de la capital de la provincia donde vivían a otra de más vida. X decide enrolarse voluntario en el servicio militar, del que deserta poco después y se le sanciona.

Al terminar en el Ejército va en busca de su padre y hermanos. Le buscan trabajo y lo abandona dos semanas después; a los pocos días se marcha de mozo en un circo que, seguidamente, también abandona, cometiendo un delito de hurto en la misma ciudad donde terminó con el circo. Se le condena a dos meses de arresto, que cumple. Al salir de la prisión sigue su vida delictiva.

El padre se vuelve a casar. Los otros hijos aprueban el matrimonio, pero aquél se marcha con la mujer a la ciudad natal.

Los de catorce años actúan separadamente en infracciones contra la propiedad, en dos casos cada uno, pero siempre unidos a otros. Pertenecen a una familia de ocho hermanos, que habitan en una chabola, donde viven hacinados. El padre, aunque sin antecedentes penales, se embriaga con frecuencia y observa mala conducta. La madre trabaja en la limpieza, para levantar un poco la penuria de la familia. Dos hermanos, uno de dieciséis años y otro de veinte, han sido detenidos varias veces por delitos contra la propiedad. No hay promiscuidad, porque solamente hay dos hembras, las más jóvenes de la familia, con ocho y nueve años.

Las otras dos parejas de menores, con quince años, siempre actúan los hermanos juntos. En una lo hacían unidos a otros dos de más edad que ellos; la otra operaba con dos también de quince años. En ambos casos la situación familiar es baja en el aspecto socio-económico.

Las tres parejas restantes, también con situación familiar negativa, pero sin antecedentes penales de los padres, han cometido delitos contra la propiedad. En un caso los hermanos actuaron separadamente, en la otra juntos y en la última solamente delinque uno de ellos. Todos actuaron unidos a otros.

Se observa de todo lo anterior:

Que los hermanos gemelos actúan con más frecuencia juntos que los demás hermanos. Se debe a que estos chicos, por tener la misma edad, viven como si fuesen amigos, yendo a todas partes juntos y el motivo de delinquir con más frecuencia se desprende de lo que ocurre en todos los grupos de chicos, donde, si alguno es delincuente, los demás terminan siéndolo o se retiran del grupo.

Que, salvo en un caso, donde el padre cometió un hurto de pe-

queña importancia, los padres de las restantes siete parejas carecen de antecedentes penales. No se refleja para nada la transmisión hereditaria.

Que los ambientes económicos y familiares donde se desenvuelven suelen ser nocivos, lo que tiene gran valor en la delincuencia.

Que al actuar siempre con otros, salvo en dos casos, puede tener gran valor en su conducta criminal la inducción de los otros.

Esa diferencia que se aprecia de no actuar siempre los hermanos gemelos juntos no debe ser tanta, pues, tal vez, pertenecen al mismo grupo criminal, donde no siempre actúan todos y, en ocasiones, no son detenidos más que parte de los que intervienen.

Las zonas de las ciudades donde han vivido esos chicos, así como sus amistades en general, no son de una gran honradez que digamos.

Separándoles, sean idénticos o fraternos, qué duda cabe que los resultados delictivos serán muy diferentes, sobre todo si los niveles social y económico donde se desenvuelven difieren notablemente. Esto es muchísimo más importante que cualquier otra circunstancia hereditaria recibida (temperamento, inteligencia, etc.) la que siempre es difícil de conocer y nunca se sabe lo que se recibe y si en efecto se recibe algo de esto en concreto que, verdaderamente, pueda predisponer al delito.

Al ser el número de parejas estudiadas muy pequeña y sin distinguir si los hermanos son univitelinos o no, poco valor es el que puede tener este estudio. Sin embargo, hemos pretendido simplemente apuntar que el estudio de los gemelos no aclara nada en cuanto a la transmisión de la criminalidad de padres a hijos.

## V

### ASCENDENCIA CRIMINAL DE 250 CHICOS DELINCUENTES

Nos encontramos, como siempre, condicionados a la realidad de los hechos probados. Qué duda cabe que alguno de los padres de estos 250 chicos que consideramos han cometido algún delito y no aparecerán como tales, por no ser descubiertos, no ser denunciados, o no fueron sancionados.

Solamente hemos comprobado los antecedentes del padre y la madre de los chicos; no hemos podido remontarnos a los abuelos, porque, entre otras dificultades, por aquel entonces los defectos de la estadística y archivos eran muy superiores a los actuales y con el expurgo de archivos muchos expedientes han sido eliminados por haber fallecido ya el interesado.

Tropezamos con otra dificultad: Casi todos los que consideramos están vivos; muchos con edad media, por lo que pueden cometer

todavía algún delito. Sin embargo, por no haber otra posibilidad, ya que tratamos chicos, no padres de adultos, hemos de admitir los resultados. Pese a todo, cada cual puede admitir el margen de error que crea oportuno.

Hacer el estudio preguntando por los antecedentes penales a los propios delincuentes, no da buenos resultados, porque unos desconocen la realidad y otros la ocultan. No obstante, también hemos utilizado este procedimiento, como veremos después.

Los chicos, de cuyos padres exponemos los antecedentes, son menores de veintiún años.

Pese a que conocemos a familias delincuentes, en las que todos sus miembros han cometido algún delito, sobre todo en quinquís y gitanos, en las que vemos ahora no aparece ningún supuesto en que el padre y la madre lo sean.

Hay casos en que el padre es delincuente y la madre ha cometido alguna infracción administrativa; se ha peleado con alguna vecina—ocasionándose incluso lesiones leves—, etc., conductas no constitutivas de delito, por lo que no las consideramos.

De los 250 varones —padres—, se obtienen los siguientes resultados:

Doce, son delincuentes reincidentes contra la propiedad: en general, cometieron hurtos y robos.

Ocho, han cometido uno, dos o tres hurtos, constitutivos de delito.

Cinco, han sido autores de uno o dos robos.

Uno, cometió estupro más otro delito de hurto.

Uno, cometió estupro.

Seis, otros delitos.

Los hijos de estos treinta y tres adultos delincuentes, cometieron las siguientes infracciones:

Veinticuatro, cometieron delito contra la propiedad (hurto o robo).

Cuatro, abusos deshonestos (sus padres fueron condenados: uno por hurto; otro por estupro y hurto; otro por hurtos, y el cuarto por cometer abusos deshonestos con el hijo en cuestión, causándole lesiones en otra ocasión).

Cinco, por otras infracciones.

Actuaron los chicos en siete ocasiones solos, el resto unidos a otros, aunque alguna vez también lo hiciesen individualmente.

Cabe considerar:

- a) *En relación con la familia.*—La madre había fallecido en dos familias; otros dos matrimonios estaban separados; cuatro varones eran habituales a la bebida, y cuatro matrimonios venían observando mala conducta (dos de ellos eran gitanos).
- b) *Número de hijos.*—Dos eran hijos únicos; cinco familias tenían dos hijos; ocho familias, tres; nueve, cuatro; dos, cinco; tres, seis; y más de seis hijos solamente los tenían tres de las familias.

- c) *Situación económica*.—Doce familias se encontraban en situación francamente mala; ocho, en situación baja; dos, están en situación regular, y solamente viven bien tres de ellas.
- d) *Condición de la vivienda*.—Seis chabolas; dos solamente tenían una habitación; siete, dos habitaciones; trece, tres habitaciones, y tres, cuatro o más. Una familia vivía realquilada y otra en pensión.
- Ocho eran propietarios de la vivienda y el resto la tenían en arriendo. Había promiscuidad de sexos en tres casos. En otros, aunque vivían hacinados, no se daba la promiscuidad por predominar notablemente los hijos de un mismo sexo.
- e) *Trabajo de los padres*.—Veintitrés no tenían un trabajo cualificado (sin especificar); siete tenían cierta especialidad, y solamente tres, ocupaban puestos especializados.

En cuanto a las madres: una asistenta; otra en servicio de limpieza, una, cocinera; una, era ama de llaves; una, vendía billetes en la boca del Metro; y la última vende el T.B.O. en la calle.

Todos los autores eran varones; no aparece ninguna chica.

De las 250 hembras —madres—, se obtienen los siguientes resultados:

Siete, ha cometido uno, dos o tres hurtos, constitutivos de falta.  
Dos, incitación a la rebelión.

Una, aborto criminal.

Dos, son delincuentes con múltiples reincidencias, pero todos hurtos (una es quinqu).

Una, es prostituta habitual y, últimamente, manceba.

Una, cómplice de robo.

Cuatro, arrestadas en juicio de faltas por causar lesiones leves en riña.

Aunque en total son dieciocho, se podían excluir las últimas y las siete primeras, ya que sus hechos no constituyeron delito, siempre lo fueron por falta. Sin embargo, las vamos a considerar, a fin de conseguir una comprensión más amplia de la situación familiar.

Los hijos de estas dieciocho mujeres cometieron las siguientes infracciones:

En general, todos delitos contra la propiedad, por hurto o robo. Hay dos por abusos deshonestos y un exhibicionista.

Hay dos chicas. Ambas cometen hurtos. Una, es hija de la prostituta y la otra, de una que cometió hurtos.

Los hijos de las dos mujeres que cometieron el delito de incitar a la rebelión, cometieron hurto y robo; el de la correspondiente a aborto criminal, también hurto; el exhibicionista es hijo de una de las mujeres que fue arrestada por causar lesiones en riña, y los dos de abusos deshonestos —que son hermanos y actuaron con otros—, su madre también cometió hurto.

Dos chicos intentaron suicidarse y también una madre, siendo de distinta familia.

Actuaron solos cinco de ellos y los demás unidos a otros.

Cabe considerar :

- a) *En relación con la familia.*—El padre había fallecido en cuatro de las familias; dos chicos eran hijos de soltera, aunque la madre se casó después, no con el padre del joven; dos mujeres estaban casadas en segundas nupcias, siendo el chico hijo del primer matrimonio; solamente en dos casos el matrimonio observa mala conducta; el padre se embriaga con relativa frecuencia sólo en una familia.
- b) *Número de hijos.*—Solamente uno es hijo único; tres familias, tienen dos hijos; tres familias, tres; cuatro, cuarto; tres, cinco; dos familias, seis; y más de seis hijos, dos familias.
- c) *Situación económica.*—Cinco familias se encuentran en situación francamente mala; seis en baja; seis, en regular, y una, vive bien.
- d) *Condición de la vivienda.*—Una es chabola; dos solamente tienen una habitación; cinco, dos habitaciones; ocho, tres habitaciones, y más de tres, solamente una. Una familia vive en habitación realquilada.

Cuatro son propiedad y el resto en arriendo. Había promiscuidad de sexos en dos casos, son las viviendas de una sola habitación con comedor cocina; no la había en la chabola.

- e) *Trabajo de las madres.*—Solamente lo hacían tres, en limpieza, asistente y recogida de basuras por las calles, respectivamente. La situación laboral de los maridos es similar a la que vimos.

Preguntados directamente los chicos, en trescientos casos, distintos de los anteriores, por los antecedentes familiares, obtuvimos las siguientes respuestas: en veintiún casos, había sido condenado el padre, en dos, la madre y en veinticinco, algún hermano.

Hay que tener en cuenta:

- a) Que la casi totalidad desconocen el pasado de sus padres e incluso de algún hermano mayor, y
- b) Que hay en algunos casos falta de sinceridad.

Los trescientos chicos eran penados, o habían sido detenidos por la comisión de algún delito.

## CONCLUSIONES

Tampoco el estudio de las familias nos lleva a nada positivo en favor de la transmisión hereditaria de la criminalidad, por las razones siguientes:

- a) Solamente de los doscientos cincuenta matrimonios considerados, treinta y tres varones delinquieron y siete mujeres. Sin embargo, verdaderos delincuentes solamente encontramos a doce hombres y tres mujeres; los demás han cometido una o dos infracciones aisladas, generalmente en su juventud o estando solteros, formalizándose con el matrimonio. Considerando nada más esos quince, resulta que solamente en el 6 por 100 de los matrimonios, alguno de los padres fue delincuente; si los consideramos aisladamente, es decir, los quinientos sujetos que componen esos doscientos cincuenta matrimonios, el tanto por ciento se reduce a la mitad. Consideramos el primer supuesto, ya que fue delincuente uno de los padres y lo pudo transmitir al hijo.
- b) La situación económica es deficiente.
- c) La vivienda tampoco es buena.
- d) El ambiente social en que viven tampoco (mal ambiente de barrio).
- e) Las familias están cargadas de hijos, lo que les agrava más los aspectos anteriores.
- f) Los chicos se suelen unir a malas compañías. Hemos visto que en pocas ocasiones actúan solos.
- g) Situación cultural baja y por las dificultades socio-económicas son chicos de baja formación moral y sin dominio de la voluntad, no siendo capaces de dominarse, a veces, ante el delito o la inducción a él.
- h) Dificultad en encontrar un trabajo bien remunerado o especializado, pues no se encuentran en situación para ello.
- i) A veces falta el padre o la madre, o el ambiente general de la familia no es bueno.
- j) Bastantes familias proceden del campo y no se adaptan con facilidad a la vida de la capital y lo mismo sucede a sus hijos. Aquí pierden casi el control sobre ellos, principalmente cuando también la madre ha de trabajar.
- k) La ocasión; necesidades de pequeños vicios que el chico empieza a adquirir conforme va creciendo; deseo de divertirse o tener bienes que no le corresponden por su edad, son propios de los adultos y debe esperar unos años, pero no es capaz de dominarse, etc.

Casi la totalidad de los hechos delictivos cometidos por los chicos menores de veintiún años son contra la propiedad. El robo y el

hurto llenan estas actividades. Vivir mejor, pues el trabajo no les da para mucho, ya que han de entregar el salario casi íntegro a la familia —otros se pervierten por quedarse con demasiado, se habi-túan a gastar y nos les llega para divertirse—; tener algo los que no trabajan; necesidad, incluso, son las causas principales de esta delincuencia. No se olvide que, económicamente, andan mal de dinero, afectados por la situación familiar.

Otra cosa es la delincuencia de los que tienen dinero; la de esos países de gran desarrollo económico. Aquí se da más la violencia y los delitos contra las personas, tráfico de drogas, etc. Hoy, en España, por lo menos en los chicos que hay reclusos en las instituciones penitenciarias, no se dan tales circunstancias.

Si a ese 6 por 100, les restamos los casos en que los jóvenes han delinquido por los motivos que hemos expuesto, u otros similares, seguro que se reduciría a la mínima expresión.

También los padres autores que hemos considerado, en no pocas ocasiones delinquieron por motivos similares a los de sus hijos y no por causas hereditarias.

Se trata de una sociedad tarada en el aspecto socioeconómico, moral y cultural, no con genes recesivos que les inclinen al delito. Se debe a modificaciones del fenotipo, no a la constitución genotípica.

*Consideración final.*—Hasta aquí la realidad del valor criminológico de la herencia. Sin embargo, la Genética evoluciona mucho más aprisa que la Criminología, que lo hace muy lentamente; posiblemente aquélla nos descubra factores con los que se puedan sacar conclusiones más precisas referente a la conducta de los seres humanos.

En noviembre del presente año un equipo de científicos de la Universidad de Harvard, dirigidos por el doctor Jonathan Beckwith, logra aislar y fotografiar un "gen". El esfuerzo es muy notable si se tiene en cuenta que son la base de la transmisión hereditaria. Sobre esto ya se están haciendo las más variadas conjeturas: el propio Beckwith estima la posibilidad de crear ciudadanos "dóciles"; Lederberg —premio Nobel de Genética— asegura que se podrán curar muchas enfermedades hoy incurables y que las ventajas del descubrimiento serán superiores a los inconvenientes.

Nos encontramos en los comienzos de una posible "ingeniería genética". Si esto ocurre, habrá que esperar a las nuevas directoras de la misma y ver si los científicos son capaces de hacer cambios, de forma controlada, en los genes. Mientras esto no ocurra, seguiremos manteniendo que la criminalidad en sí no se hereda —aunque haya personas más predispuestas que otras a delinquir—; que el fenotipo tiene gran valor en la misma, mientras el genotipo, que apenas si ofrece interés, tiene mucho menos valor.



# SECCION LEGISLATIVA

## PROYECTO DE LEY DE PELIGROSIDAD SOCIAL

Por acuerdo del Consejo de Ministros se ha remitido a la Presidencia de las Cortes Españolas el Proyecto de Ley de Peligrosidad Social, que esta Presidencia ha enviado a la Comisión de Justicia para su estudio. Ha sido publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas» de 14 de enero de 1970 (N.º 1086).

La exposición de motivos dice así:

«La Ley de 4 de agosto de 1933, denominada de Vagos y Maleantes, señaló por vez primera en nuestra Patria de modo sistemático, los estados peligrosos anteriores al delito y algunos posteriores a él, disponiendo la imposición de medidas de seguridad a las personas en quienes el Juez apreciara peligrosidad como posición personal socialmente valorada y específicamente prevista en alguno de sus preceptos. Respetó, con ello, el ineludible principio de legalidad, amparador de las garantías individuales, y atribuyó la jurisdicción a los Juzgados de Instrucción especialmente establecidos, otorgándoles competencia para la declaración de peligrosidad y creando, en definitiva, un sistema mixto de individualización, legislativo y judicial, de las medidas de seguridad, con sentencias indeterminadas y con facultad electiva entre varias de aquéllas. Las medidas de seguridad tendían a la doble finalidad de excluir de la vida social al peligroso que no era merecedor de la libertad, y a protegerlo, educarlo y readaptarlo, dando intervención a los órganos jurisdiccionales en la comprobación de los resultados del tratamiento impuesto.

Constituyó dicha Ley un avance técnico indudable y supuso un paso acertado en la necesaria política criminal de defensa y protección, en cuyo campo ha producido estimables resultados que se aspira a completar con los no menos importantes de adaptación de los peligrosos.

Los cambios producidos en la sociedad, los avances tecnológicos y su repercusión en los valores sociales y morales, así como las modificaciones operadas en las ideas normativas del buen comportamiento humano y la aparición de estados peligrosos característicos de los países desarrollados, no contemplados en el ordenamiento de 1933, han motivado que la referida Ley, a pesar de los retoques parciales que recibió, no pueda cumplir del todo al presente las finalidades que le fueron asignadas; de ahí que para dotar de mayor eficacia a ese ordenamiento positivo, cuyo valor potencial tantas veces se ha destacado, se hace preciso elaborar esta reforma, que manteniendo los principios en que aquél se inspiró, adecúe su contenido a las necesidades actuales en bien de los propios sujetos a quienes ha de aplicarse y de la sociedad que ha de integrarlos.

La presente reforma pretende, pues, principalmente:

1.º Corregir los defectos observados en el sistema en sí y en la aplicación de la Ley, cuyo título de «Vagos y Maleantes» se sustituye por el más

adecuado, y más correctamente comprensivo de las diversas conductas que contempla, de «Peligrosidad Social».

2.º Exigir el conocimiento de la personalidad biopsicopatológica del presunto peligroso y su posibilidad o probabilidad de delinquir, determinándose técnicamente sus condiciones antropológicas, psíquicas y patológicas, para ponderarlas adecuadamente; y ello, porque al no tratarse de una Ley penal, sino de una serie de preceptos contra categorías subjetivas de peligro, debe requerirse para imponer medidas de seguridad la prueba del estado peligroso del sujeto.

3.º Eliminar del texto aquellos estados peligrosos que hoy resultan anacrónicos o inútiles, así como los que representan una innecesaria superposición al delito con la consiguiente duplicidad de pena y medida de seguridad. De este modo han desaparecido los preceptos relativos a la posesión no justificada de dinero; juegos prohibidos; venta de bebidas alcohólicas y favorecimiento de la embriaguez; ocultación de nombre o uso de documentación falsa de identidad; incitación al terrorismo y atraco y apología del delito; tráfico de sustancias de ilícito comercio; comisión de delitos imposibles, así como otros estados de peligrosidad análogos, opuestos al legalismo ineludible que el tratamiento de estas cuestiones reclama.

4.º Modificar otros muy ligeramente, como los de mendicidad profesional, gamberrismo, migración clandestina y reiteración y reincidencia, estableciendo, por lo general, matices que hacen más exigente su apreciación. Estos retoques mermarán la ambigüedad de que adolecían tales figuras.

Para los toxicómanos se sustituye el término «habitualidad» por el de «asiduidad», por entender que aquél limita excesivamente la conducta definida. Y aunque, ciertamente, la palabra «asiduidad» carece de significado jurídico y criminológico, se utiliza como expresión de un síntoma de menor intensidad y persistencia en la repetición del comportamiento antisocial.

En el tipo de las conductas reveladoras de inclinación al delito se elimina la concurrencia a casas de juegos prohibidos, que es supuesto que no implica en todo caso peligrosidad social.

5.º Crear las nuevas categorías de estados peligrosos que las actuales circunstancias sociales demandan, tales como las referentes a la prostitución de mujeres y al tráfico y favorecimiento del consumo de estupefacientes, que aspiran a reducir al mínimo estas taras sociales; a los menores de veintiún años en abandono familiar y perversión moral, y a los que, aun mayores de edad, se agrupan en bandas con actividades reveladoras de evidente predisposición delictiva, con lo que se pretende evitar una extensa faceta de actividades antijurídicas y lograr la rehabilitación de los inadaptados. También se incluye a los enfermos mentales cuando estuvieran abandonados y sin adecuado tratamiento, que deben ser objeto de un régimen preventivo que permita lograr su curación y evitar su potencial peligrosidad.

6.º Reducir la duración de internamiento en establecimiento de custodia; actualizar la cuantía de las multas y ampliar el catálogo de las medidas con las de arresto de fin de semana, prohibición de obtener el permiso de conducción de vehículos de motor o privación del mismo, prohibición de visitar establecimientos de bebidas y otros lugares, clausura de locales y represión judicial. Por último, se retorna a la indeterminación absoluta de las medidas

para ebrios y toxicómanos, por estar más en función de la necesidad curativa.

7.º Redactar de forma más simple y precisa los preceptos que hacen referencia a la organización jurisdiccional, competencia y procedimiento, imprimiendo mayor celeridad en éste y acentuando los principios de contradicción e inmediación judicial.

Se suprime la facultad de los Tribunales de lo criminal de declarar el estado peligroso. Se regula y facilita la defensa del sujeto a expediente en ambos grados jurisdiccionales, así como los ceses y juicios de revisión de medidas cuando aparezcan síntomas de regeneración, y se duplican, con las mayores garantías de la doble instancia, las posibilidades de impugnación de las resoluciones judiciales al conceder recurso de apelación contra los autos de revisión.

En la ejecución de las medidas de seguridad se adopta un sistema basado en la unicidad, continuidad y diligencia, como elementos primordiales de todo proceso de profilaxis y reincorporación social, que pretende que las dos funciones, de señalar tratamiento y realizarlo, se reúnan en el orden judicial, a fin de que éste, en contacto con el peligroso, pueda dirigir las modalidades de ejecución, sin menoscabo de las facultades de la autoridad administrativa.

8.º Finalmente, se crean nuevos establecimientos especializados donde se cumplan las medidas de seguridad, ampliando los de la anterior legislación con los nuevos de reeducación para homosexuales, prostitutas y menores, así como los de preservación para enfermos mentales, que deben ser realidad en el momento de entrada en vigor de la Ley. Establecimientos que, dotados del personal idóneo necesario, garantizarán en la forma más técnica la reforma y readaptación social del peligroso, con la intervención activa y precisa de la autoridad judicial especializada.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

## PROYECTO DE LEY

### TÍTULO PRIMERO

#### De los estados peligrosos y de las medidas de seguridad

### CAPÍTULO PRIMERO

#### Categorías del estado peligroso

Artículo 1.º Quedan sometidos a las prescripciones de la presente Ley las personas mayores de dieciséis años que expresan los artículos segundo y tercero de la misma. Los menores de dicha edad serán puestos a disposición de los Tribunales Tutelares de Menores.

Art. 2.º Serán declarados peligrosos sociales, aplicándoles las correspondientes medidas de seguridad, quienes probadamente resulten incluidos en cualquiera de las categorías siguientes:

- 1.º Los vagos habituales.
- 2.º Los rufianes y proxenetas.
- 3.º Los homosexuales.
- 4.º Las mujeres que ejerzan la prostitución haciendo de ella el principal medio de vida.
- 5.º Los menores de veintiún años en estado de abandono familiar que se hallaren moralmente pervertidos.
- 6.º Los mendigos profesionales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos.
- 7.º Los enfermos mentales que por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado signifiquen un riesgo para la comunidad.
- 8.º Los ebrios habituales y los toxicómanos asiduos.
- 9.º Los que promueven o fomenten el tráfico de estupefacientes, o se dediquen al mismo, y los dueños o encargados de locales y establecimientos en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca el tráfico o el consumo de drogas.
10. Los que con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres, o del respeto debido a las personas, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico con perjuicio de la comunidad o sus miembros, o daño de los animales o las cosas.
11. Los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva.
12. Los que de modo habitual y lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello.
13. Los que por su trato asiduo con delincuentes o maleantes, por su frecuente asistencia a los lugares donde éstos se reúnen o por la repetida comisión de faltas penales o contravenciones de policía, incluidas las de circulación, atendidos el número y entidad de aquéllas y éstas, revelen inclinación al delito.

Art. 3.º También podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los reincidentes y reiterantes por delitos dolosos en quienes sea presumible la habitualidad criminal.

## CAPITULO II

### De las medidas de la seguridad

Art. 4.º Son medidas de seguridad:

1.ª Internamiento en un establecimiento de custodia o trabajo adecuado a la personalidad del sujeto peligroso dentro del cuadro de clasificación que reglamentariamente se establezca, por tiempo no inferior a seis meses ni superior a tres años cuando se trate de internamiento en establecimiento de custodia; y por el tiempo mínimo que fije la sentencia o el auto de revisión y máximo de tres años, cuando se imponga internamiento en establecimiento de trabajo.

2.ª Internamiento en un establecimiento de reeducación por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años.

3.<sup>a</sup> Internamiento en un establecimiento de preservación hasta su curación o hasta que, en su defecto, cese el estado de peligrosidad social.

4.<sup>a</sup> Arresto de cuatro a diez fines de semana.

5.<sup>a</sup> Aislamiento curativo en casas de templanza hasta su curación.

6.<sup>a</sup> Prohibición de obtener el permiso de conducción de vehículos de motor o privación del mismo por tiempo no inferior a tres meses ni superior a dos años.

7.<sup>a</sup> Clausura de establecimientos de un mes a un año.

8.<sup>a</sup> Obligación de declarar el domicilio o residir en un lugar determinado por el tiempo que se establezca.

9.<sup>a</sup> Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe.

La duración de esta medida será fijada según arbitrio judicial. El sujeto prevenido queda obligado a declarar el domicilio que escoja y los cambios que se produzcan.

10. Prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas durante el tiempo que se fije.

11. Expulsión del territorio nacional, cuando se trate de extranjeros.

12. Reprensión judicial.

13. Sumisión a la vigilancia de la autoridad.

La vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá el carácter de tutelar y de protección.

Los delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia.

La duración de esta medida será de uno a cinco años y podrá ser reemplazada por caución de conducta. No podrán ser fiadores los ascendientes, los descendientes y el cónyuge.

14. Multa de 1.000 a 50.000 pesetas.

15. Incautación y pérdida, en favor del Estado, de dineros o efectos.

### CAPITULO III

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

Art. 5.<sup>o</sup> Las medidas de seguridad se adaptarán a las categorías de sujetos peligrosos de la forma siguiente:

1.<sup>o</sup> A los vagos habituales se les impondrán, para que las cumplan sucesivamente, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de trabajo.

b) Obligación de declarar su domicilio o residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de delegados.

2.<sup>o</sup> A los rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena o exploten menores, enfermos, lisiados o ancianos se les aplicarán, para que las cumplan sucesivamente, las siguientes medidas:

a) internamiento en un establecimiento de trabajo.

b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio, obligación de declarar su domicilio y sumisión a la vigilancia de los delegados.

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

3.º A los homosexuales y a las prostitutas se les impondrán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de reeducación

b) Prohibición de frecuentar ciertos lugares o establecimientos públicos y sumisión a la vigilancia de los delegados.

4.º A los menores de veintiún años a que se refiere el número quinto del artículo segundo se les aplicarán, simultánea o sucesivamente, todas o algunas de las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de reeducación.

b) Arresto de cuatro a diez fines de semana.

c) Reprensión judicial.

d) Prohibición de frecuentar ciertos lugares públicos o de residir en determinado lugar o territorio.

e) Sumisión a la vigilancia de los delegados.

5.º A los enfermos mentales que se encuentren en la situación a que se refiere el número séptimo del artículo segundo se les impondrán, para el cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de preservación hasta su curación.

b) Sumisión a la vigilancia de los delegados.

6.º A los ebrios habituales y toxicómanos asiduos se les aplicarán, para su cumplimiento sucesivo, aislamiento curativo en casas de templanza, prohibición de obtener permiso para conducir vehículos de motor o privación del mismo, y sumisión a la vigilancia de los delegados; y, además, a los ebrios habituales, prohibición de visitar establecimientos de bebidas.

7.º A los relacionados con el tráfico y consumo de estupefacientes a que se contrae el número noveno del artículo segundo, se les impondrán simultáneamente las tres primeras siguientes medidas y, sucesivamente, la restante:

a) Internamiento en un establecimiento de trabajo.

b) Pérdida de los efectos incautados.

c) Multa de 1.000 a 50.000 pesetas.

d) Prohibición de residir en lugar o territorio determinado, con obligación de declarar su domicilio y sumisión a la vigilancia de los delegados.

A los dueños de los locales se les cerrará, además, el establecimiento.

8.º A los comprendidos en los números 10 y 11 del artículo segundo se les aplicarán, simultánea o sucesivamente, todas o algunas de las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de trabajo.

b) Arresto de cuatro a diez fines de semana.

c) Multa de 1.000 a 50.000 pesetas.

d) Reprensión judicial.

e) Prohibición de frecuentar ciertos lugares públicos o de residir en determinado lugar o territorio.

f) Sumisión a la vigilancia de los delegados.

A los integrantes de bandas o pandillas se les podrá imponer, además, para su cumplimiento posterior, al internamiento en establecimiento de tra-

bajo, en su caso, la prohibición para obtener permiso de conducir o la privación del mismo.

9.º A los que habitual o lucrativamente faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello se les asignarán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de trabajo y multa de 1.000 a 50.000 pesetas.

b) Prohibición de residir en un lugar o territorio determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados.

10. A los que observaren la conducta reveladora de inclinación al delito definida en el número 13 del artículo segundo se les impondrán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de custodia o de trabajo.

b) Prohibición de residir en un lugar del territorio y sumisión a la vigilancia de los delegados, y, en su caso, prohibición de obtener permiso de conducir vehículos de motor o privación del mismo.

11. A los reincidentes y reiterantes de presumible habitualidad criminal se les aplicarán, para su cumplimiento sucesivo, las siguientes medidas:

a) Internamiento en un establecimiento de custodia o de trabajo.

b) Prohibición de residir en un lugar o territorio determinado, obligación de declarar su domicilio y sumisión a la vigilancia de los delegados.

Art. 6.º Si los declarados peligrosos fueren extranjeros serán expulsados del territorio nacional, y si quebrantaren la orden de expulsión serán internados en un establecimiento de custodia o de trabajo.

Art. 7.º Por ningún motivo se concederán los beneficios de la condena y libertad condicional a los declarados peligrosos sociales.

La redención de penas por el trabajo, la amnistía y el indulto no afectarán al cumplimiento y extinción de las medidas de seguridad, salvo que la Ley en que la amnistía se conceda dispusiere especialmente lo contrario.

## TITULO II

### De la jurisdicción y del procedimiento

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### De la jurisdicción

Art. 8.º La facultad de declarar el estado peligroso e imponer las correspondientes medidas de seguridad está atribuida exclusivamente a los actuales Juzgados de Instrucción que para ello se designen, con cometido único o simultáneo con el que les esté asignado en el orden jurisdiccional penal.

La competencia territorial se determinará por el lugar en que de modo principal se hayan manifestado las presuntas actividades peligrosas.

Art. 9.º El órgano superior de todos los Juzgados a quienes se encomienda la aplicación de la presente Ley y competente para conocer de los recur-

sos de apelación, que se interpongan contra resoluciones de los mismos, será una Sala especial con sede en Madrid, integrada por un Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que la presidirá, y dos Magistrados, con o sin relevación de sus otras funciones.

Podrá constituirse, si la necesidad del servicio lo exigiere, una segunda Sala de igual composición que la anterior.

Art. 10. Los Juzgados que tengan como único cometido la aplicación de esta Ley, tendrán adscritos permanentemente los funcionarios del Ministerio Fiscal que se precisen. En lo demás, el servicio se atenderá por los funcionarios de la plantilla de la Fiscalía de la Audiencia correspondiente.

A las Salas especiales de apelación se adscribirán los funcionarios del Ministerio Fiscal que se juzgue necesario.

Art. 11. Reglamentariamente se regularán los nombramientos de Jueces, Magistrados y Fiscales, se fijará la circunscripción territorial de los Juzgados, se determinará qué Juzgados tendrán como único cometido la aplicación de esta Ley y se señalará todo lo referente a la designación de Secretarios y personal facultativo, auxiliar y subalterno.

## CAPITULO II

### Del procedimiento

Sección primera: Del procedimiento en los Juzgados.

Art. 12. El procedimiento para la declaración del estado de peligrosidad y aplicación de las medidas de seguridad podrá promoverse de oficio, o a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa de la Policía, o en virtud de denuncia de particulares.

Se seguirá expediente individual para cada denunciado o presunto peligroso, sin posibilidad de acumulación a otros.

Art. 13. Cuando un Tribunal o Juzgado entienda que un procesado, acusado o condenado en proceso penal de que conozca pueda estar incurso en alguno de los estados peligrosos que define el artículo 2.º de la presente Ley, remitirá testimonio de los antecedentes necesarios al Juzgado a quien compete la tramitación del expediente de peligrosidad.

Los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley y las Salas especiales que establece el artículo 9.º, remitirán asimismo a los Juzgados competentes testimonio de actuaciones de las que puedan resultar la comisión de hechos delictivos o la participación de los encartados en ellos.

Art. 14. Los Fiscales promoverán y la Policía practicará las diligencias de investigación de conducta que puedan determinar la incoación de expedientes de peligrosidad social o constituir elementos de juicio que deban ser tenidos en cuenta en los mismos.

Art. 15. En los expedientes intervendrá el Ministerio Fiscal desde su iniciación, y como parte, el supuesto peligroso desde que se le dé vista del mismo.

Art. 16. Iniciado un expediente, se participará al Presidente y al Fiscal de la correspondiente Sala de Apelaciones.

En la fase inicial del procedimiento, el Juez oírà al presunto peligroso sobre los extremos que lo motiven, su identidad personal, estado, profesión, domicilio o residencia y manera de vivir durante los cinco años anteriores, consignándose circunstanciadamente las respuestas que diere. También reclamará informes de conducta y antecedentes penales y policiales del mismo, así como cuanto sea preciso para corroborar su edad e identidad personal, reseñando o uniendo los documentos que aquél pueda presentar al propio fin.

Acordará asimismo el Juez la investigación antropológica, psíquica y patológica del sujeto a expediente, mediante dictamen pericial médico; y cuando estuviere especialmente indicado, recabará información sobre sus factores familiares y sociales a técnicos o instituciones idóneas, y llevará a cabo las restantes diligencias de comprobación que estime necesarias.

Art. 17. El Juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

1.<sup>a</sup> Si el presupuesto peligroso no pudiere ser citado o careciese de domicilio conocido, decretar su detención.

2.<sup>a</sup> Si dejare de comparecer sin justa causa, declararle rebelde y acordar su prisión provisional.

3.<sup>a</sup> En caso de estado de vehemente indicio de peligrosidad, decretar la prisión provisional.

La prisión provisional de los ebrios y toxicómanos y enfermos mentales se llevará a cabo en establecimientos psiquiátricos penitenciarios. La de los restantes sujetos a expediente, en cuanto sea posible, en los establecimientos que correspondan a la categoría peligrosa por la que fueren denunciados o que motive la incoación.

El auto de prisión no necesitará ser ratificado. Contra él sólo procederá el recurso de reforma.

Art. 18. Las diligencias a que se refiere el artículo 16 habrán de practicarse en plazo de quince días, transcurrido el cual, o una vez recibidos los informes reclamados y realizadas las demás comprobaciones que el Juez haya acordado de oficio o a instancia del Fiscal, se dará vista de lo actuado al presunto peligroso por el plazo de cinco días para que pueda proponer las pruebas de descargo, referidas de modo exclusivo a los siguientes extremos:

1.<sup>o</sup> La demostración de que ha vivido durante los cinco años anteriores de un trabajo o medios de subsistencia legítimos.

2.<sup>o</sup> la inexactitud de los hechos que se le atribuyen.

A este fin se le designará antes Procurador que le represente y Letrado que le defienda en la forma prevenida en el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si no los nombrase él.

Art. 19. El Juez rechazará las pruebas que no tengan el objeto señalado en el artículo anterior.

Las pruebas admitidas se practicarán contradictoriamente en el plazo de doce días, si han de tener lugar en la sede del Juzgado, y de veinte si hubieran de practicarse fuera de la misma.

Art. 20. El Juez, practicadas las pruebas, oírà al Fiscal y al presunto peligroso en un plazo sucesivo de cinco días, durante el cual producirán por escrito las alegaciones procedentes, que se unirán al expediente.

Si la parte dejare de utilizar este trámite, se le tendrá por decaído en su derecho y el expediente seguirá el curso debido.

Transcurrido dicho plazo, el Juez dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia, que habrá de contener uno de los dos pronunciamientos siguientes: a) Declarar probada la peligrosidad del sujeto, en cuyo caso calificará ésta con arreglo a la presente Ley, consignará los hechos que la acrediten y señalará las medidas de seguridad aplicables. b) Declarar que no ha lugar a la adopción de medidas de seguridad por no darse las condiciones del estado de peligrosidad o por ser infundada la denuncia.

La sentencia se notificará al encartado y al Fiscal al siguiente día de dictada.

Quando se rechace la denuncia por infundada, podrá el Juez ordenar se proceda de oficio o, a instancia del Fiscal o del supuesto peligroso, contra el particular que la hubiere presentado, caso de ser aquélla constitutiva de delito.

Art. 21. Contra la sentencia del Juez procederá el recurso de apelación ante la Sala especial de Apelaciones.

El recurso podrá ser interpuesto por el Fiscal o por el interesado en el plazo de tres días a contar desde la notificación de la sentencia.

El Juez acordará emplazar al Fiscal y a la parte para que comparezcan en el Tribunal superior dentro del quinto día.

#### Sección segunda: Del recurso de apelación.

Art. 22. El Tribunal designará, cuando sea preciso, Abogado y Procurador al presunto peligroso en la forma prevenida en esta Ley.

El Fiscal y el sujeto a expediente podrán proponer a la Sala, y ésta acordar, si lo estima pertinente, que se reitere ante el mismo el examen de alguno de los testigos y la ampliación de las diligencias practicadas por el Juez.

El Tribunal, además, podrá acordar de oficio las diligencias que estime oportunas y nueva audiencia del encartado.

Las diligencias acordadas se practicarán con o sin intervención de la parte, según la Sala determine.

Todas las pruebas se practicarán en el plazo de doce días, y dentro de los diez siguientes se celebrará vista oral, sin la presencia del encartado en el expediente, a menos que éste lo solicitase y el Tribunal lo estimare conveniente.

La sentencia se dictará dentro del tercer día, y contra ella no procederá recurso alguno, salvo el juicio de revisión para la confirmación, sustitución, reducción o prolongación de todas o algunas de las medidas de seguridad, a tenor de lo establecido en el capítulo IV de este título y lo dispuesto sobre ejecución de medidas de seguridad en el artículo 25.

### CAPITULO III

#### De la ejecución de las medidas de seguridad

Art. 23. La ejecución de las medidas de seguridad corresponderá a los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley.

Art. 24. Firme la sentencia o el auto de revisión, el Juez cuidará del

cumplimiento de las medidas de seguridad impuestas y del tratamiento eficaz del peligroso con el fin de que se observe cuanto la Ley y el Reglamento preceptúan sobre el particular.

Art. 25. El Juez, previo informe de la Junta de Tratamiento o, en su defecto, del delegado que tenga a su cargo la vigilancia del peligroso social o de quien proceda recabarlo, podrá acordar, con audiencia del Fiscal, el cese de la medida que corresponda y su sustitución, en su caso, por la sucesiva, según vaya cumpliéndose el mínimo de las mismas; y en las que no tengan mínimo, cuando transcurra, por lo menos, la tercera parte de su duración. Se acordará siempre, sin más trámites, cuando se cumpla el máximo o se alcance, en las de internamiento por tiempo indeterminado, la condición fijada para ello en la Ley, en la sentencia o en el auto de revisión.

También acordará el Juez la cancelación definitiva por cumplimiento de la única medida o por extinción de la última en las de tracto sucesivo.

## CAPITULO IV

### Del juicio de revisión

Art. 26. Mediante el juicio de revisión, puede el Juzgado confirmar, sustituir, reducir o prolongar las medidas de seguridad que se hubieren acordado.

Art. 27. La revisión de las medidas de seguridad corresponde al Juzgado que hubiera conocido del expediente en que aquéllas se impusieron.

Si la sentencia o el auto se hubieran dictado por la Sala especial de Apelaciones y no fueran totalmente confirmatorias de la sentencia o auto de primera instancia, el Juzgado elevará propuesta de revisión a aquélla para su aprobación.

Art. 28. Podrán promover el juicio de revisión el Fiscal y el declarado peligroso. En los casos de los números segundo y tercero del artículo siguiente, el juicio podrá también iniciarse de oficio, por iniciativa de la Policía o por denuncia de particulares.

Art. 29. Procederá el juicio de revisión:

1.º Por modificación del grado de peligrosidad social o por la terminación de ese estado.

El declarado peligroso no podrá promover el juicio de revisión hasta que haya transcurrido el mínimo señalado en la Ley, en la sentencia o en el auto de revisión para la medida que se pretenda revisar; en las que no tengan mínimo, hasta que transcurra la tercera parte de su duración a partir de la iniciación de su cumplimiento, salvo si fuere la de residir en un lugar determinado, que podrá promoverse en cualquier momento posterior al comienzo de su ejecución, y en las de internamiento por tiempo indeterminado, hasta que transcurran cuatro meses desde el principio del mismo.

2.º Por haber quebrantado el peligroso cualquiera de las medidas a que hubiere sido sometido.

3.º Cuando por su conducta posterior a la sentencia o al auto de revisión y anterior a la cancelación de todas las medidas impuestas incurriere nueva-

mente en cualquiera de los casos de peligrosidad del artículo 2.º de esta Ley.

Art. 30. Iniciado el juicio de revisión, el Juez oirá al peligroso sobre el hecho que motive aquél, así como sobre su ocupación o manera de vivir si hubiere permanecido en libertad, y ordenará que dentro del plazo de doce días se practiquen las investigaciones, informaciones y comprobaciones que estime necesarias o útiles de las previstas en el artículo 16, incluso a instancia del Fiscal o del peligroso, siendo éste asistido por el Abogado y el Procurador que hubieren asumido su defensa y representación en el expediente o por los que designe o previamente se le nombren de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18. También podrá adoptar el Juez, si proceden, las medidas del artículo 17.

Seguidamente dará vista de lo actuado al Fiscal y al encartado por plazo sucesivo de tres días, para que el primero informe por escrito y el segundo haga las alegaciones de descargo que le convinieren.

Evacuados tales trámites, el Juez dictará auto dentro del tercer día, acordando la revisión y declarando no haber lugar a ella, que se notificará al Fiscal y a la parte.

Art. 31. Contra dicho auto de revisión podrá interponerse, dentro de los tres días siguientes, recurso de apelación ante la Sala especial, si las medidas acordadas excedieran del tiempo máximo por el que se impusieron en la sentencia o en el anterior auto de revisión, o se sustituyeran por otras, o las nuevas impuestas fueran de distinta naturaleza. El Fiscal podrá recurrir cualquiera que sea el auto dictado.

El Juez acordará emplazar al Fiscal y a la parte para que comparezcan en el Tribunal superior dentro del quinto día. La tramitación de la apelación será la prevenida en el artículo 22.

### **TITULO III**

#### **Del recurso de abuso**

Art. 32. El sujeto a medidas de seguridad podrá recurrir ante el Juez de Instrucción de su residencia o ante el encargado de la aplicación de esta Ley de su territorio de todo exceso o abuso que pudiera haberse cometido en la ejecución de la medida acordada.

En el primer caso, el Juez de Instrucción remitirá los antecedentes al competente para la aplicación de esta Ley. Este, previa práctica de las diligencias que estime convenientes y oído el Fiscal, podrá acordar las disposiciones pertinentes para corregir el exceso o abuso comprobado, sin perjuicio de lo demás que proceda.

### **TITULO IV**

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

Art. 33. Las medidas de seguridad prescribirán:

a) A los diez años, si se trata de internamiento en establecimiento de custodia o de trabajo.

b) A los cinco años, si se trata de internamiento en asilos curativos de templanza o en establecimientos de preservación y reeducación, o de sujeción a la vigilancia de los delegados.

c) A los tres años, en cualquier otro caso.

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

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

En todo caso, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo quedan interrumpidos si el peligroso fuera condenado por razón de delito.

### DISPOSICIONES FINALES

Art. 34. En todo lo referente al procedimiento y ejecución de medidas de seguridad, será supletoriamente aplicable la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo en cuanto a recursos, que no se admitirán otros que los expresamente establecidos en la presente Ley.

Art. 35. Se deroga la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y sus complementarias o modificativas de 23 de noviembre de 1935, 4 de mayo de 1948, 15 de julio de 1954 y 24 de abril de 1958.

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

1.<sup>a</sup> El nuevo procedimiento se aplicará a todos los expedientes que se incoen a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

2.<sup>a</sup> Las medidas de seguridad aplicables a los peligrosos sociales se regirán, en su efecto retroactivo, por lo establecido en los artículos 23 y 24 del Código Penal.

### DISPOSICIONES ADICIONALES

1.<sup>a</sup> El Ministerio de Justicia habilitará a efectos de esta Ley los establecimientos adecuados a la ejecución de las medidas de seguridad.

2.<sup>a</sup> Se establecerán en el Ministerio de Justicia, en la Sala especial de Apelaciones y en la Dirección General de Seguridad o en los Centros que ésta designe los registros especiales que sean necesarios con arreglo al Reglamento que se dicte.

3.<sup>a</sup> En el plazo máximo de un año someterá el Ministerio de Justicia al Gobierno el oportuno proyecto de Reglamento que desarrolle el contenido de la presente Ley.

4.<sup>a</sup> Se autoriza al Gobierno para revisar en la medida indispensable las plantillas de destinos del personal de la Administración de Justicia para que pueda dotar convenientemente los Juzgados encargados de la aplicación de esta Ley.

## Jurisprudencia penal correspondiente al primer semestre de 1967

Por FRANCISCO BUENO ARUS  
Letrado del Ministerio de Justicia  
Profesor de la Universidad de Madrid

### CODIGO PENAL

1. Artículo 1 (*Voluntariedad*).—La voluntariedad presunta de las acciones punibles suele aplicarse como concepto psicológico neutro a las imprudencias exentas de malicia. (S. 15 marzo 1967.)

La voluntariedad se concibe con doble contenido: querer la realización de un acto que la ley penal prohíbe y que es, por consiguiente, antijurídico, y querer en perfecta representación las consecuencias dañosas para el sujeto pasivo. Voluntad significa intención, que es dañada voluntad de hacer u omitir lo que la ley prohíbe con representación también voluntaria de las consecuencias de la acción. La voluntad intencional es el alma de los delitos dolosos. (S. 12 abril 1967.)

2. Art. 2 (*Fundamento*).—Al carecer el Juez penal de la facultad de inculpar o no tipos en función de libre arbitrio, por corresponder exclusivamente al legislador, en virtud del principio legalista que es el eje de nuestras leyes sancionadoras, éste, sin embargo, le otorga la posibilidad de iniciar la corrección por un lado de la falta de delitos que acogieran hechos que debieran serlo, y, por otro, de dulcificar los gravemente penados, a medio de las facultades que respectivamente precisan los párrafos 1.º y 2.º del artículo 2 del C. P., efectuando las oportunas exposiciones al Gobierno, sin perjuicio de no penar en aquella eventualidad y de ejecutar en ésta su acuerdo; y siendo este párrafo 2.º, más que una norma penal, una disposición de eminente sabor equitativo, por tender a corregir la fría justicia del caso concreto, enmendando lo justo legal, para templar su "acerbitas", "austeritas" y "durtia" por medio de los principios de la ética cristiana, operantes sobre la "caritas", "humanitas" y "benignitas" que mitigen su rigor. (S. 10 abril 1967.)

3. Art. 8, núm. 1 (*Enajenación*).—La eximente contempla el caso de trastorno de la mente en el momento de cometerse el delito, no el que se haya producido con posterioridad, siendo contrario a la noción de responsabilidad el argumento de que, al no distinguir la ley, la eximente invocada hay que aplicarla siempre que exista antes de la sentencia, porque ésta contempla siempre al sujeto en el momento de delinquir, no en la

situación o estado en que posteriormente pueda encontrarse. (S. 3 febrero 1967.)

4. (*Trastorno mental transitorio*).—Tiene declarado la doctrina de esta Sala que para estimar el estado de trastorno mental transitorio, tanto con carácter completo como incompleto, es necesario que el procesado sea un enfermo con base patológica mental. (S. 19 mayo 1967.)

5. Art. 8, núm. 8 (*Caso fortuito*).—En los delitos culposos esta eximente carece de contenido para aplicarla como atenuante, ya que su efecto es convertir el dolo en culpa, según el artículo 64 del Código penal. (S. 30 mayo 1967.)

6. Art. 8, núm. 10 (*Miedo insuperable*).—Al ser el miedo un sentimiento de angustia ante la presencia próxima de un mal real o imaginario, según lo define el Diccionario, para que dentro del área de lo penal pueda ser apreciado como eximente o atenuante de responsabilidad, es preciso que descansa en un presupuesto fáctico ineludible, la presencia de ese mal inminente y grave, de tal envergadura que el afectado por el mismo se encuentre en la alternativa de sufrirlo o librarse de él mediante el acto antijurídico de que se trate; por lo que, al realizarse éste bajo la perturbación anímica que produce el temor racional y fundado de sufrir un daño, no puede ser estimado. (S. 23 enero 1967.)

7. Art. 9, núm. 1 (*Eximentes incompletas*).—Cfr. §§ 4 y 5.

8. Art. 9, núm. 2 (*Embriaguez*).—La embriaguez como atenuante de la responsabilidad penal no es otra cosa, según tiene declarado esta Sala, que el estado de disminución de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas. (S. 12 abril 1967.)

9. Art. 9, núm. 4 (*Preterintencionalidad*).—La preterintencionalidad debe concebirse, según tradicionales enseñanzas, como un conjunto de dolo y culpa, y de dolo y caso, según el exceso dañoso fuera o no racionalmente previsible, y, por ello, nuestras normas penales permiten a los tribunales, en los supuestos de esta atenuante, o en los que deba aplicarse el artículo 50, ponderar lo previsible o prevenible del exceso para graduar la extensión de la pena a aplicar. La preterintencionalidad es estimable en los delitos dolosos de lesiones. No es apreciable en los delitos culposos. (S. 12 abril 1967.)

10. Art. 9, núm. 7 (*Motivos morales, altruistas o patrióticos*).—La atenuante séptima del artículo 9 del Código penal requiere, para apreciada, no sólo la eliminación de móviles de tipo material o lucrativo, sino la existencia de un ambiente moral que pueda proteger, y en cierto modo envolver, al acto ilícito y en este aspecto inmoral, que encierra todo delito, con fuerza suficiente para crear una situación o estado que no repugne a los sentimientos de honestidad de la sociedad en que se vive: proyección de moralidad y altruismo en el obrar que presupone la existencia de tales cualidades en el agente. (S. 9 junio 1967.)

11. Art. 9, núm. 8 (*Arrebato u obcecación*).—La circunstancia atenuante 8.ª del artículo 9 del C. P. descansa en dos postulados: la existencia de un estímulo poderoso, de origen moral o lícito, elemento objetivo extraño al sujeto, y la reacción anímica de quien lo sufre en tal intensidad que per-

turbe su entendimiento determinándole a obrar en determinado sentido y disminuya su voluntad para dominar aquellos impulsos. (S. 16 febrero 1967.)

La circunstancia atenuante núm. 8 del artículo 9 del C. P., de arrebató u obcecación, de naturaleza psicológica y pasional o emotiva, requiere un estímulo próximo, poderoso y de entidad suficiente por su gravedad, que provenga del sujeto pasivo, y que disminuya de forma evidente y clara el grado ordinario de intensidad y libertad de la inteligencia y el dominio de la voluntad del delincuente, derivándolos, al coartarlos y sobreexcitarlos, en dirección punible, y, por lo tanto, al margen del derecho, por perturbarlos de manera súbita, con ofuscación momentánea, de igual manera que le sucedería a la mayor parte de los hombres, pues el albedrío sufre deterioro por aquellas sugerencias extrañas que coaccionan el ánimo y que derivan de la manifestación de pasiones razonables, que no sean ilícitas, inmorales, antisociales o peligrosas por su causa o motivación; y esta gravedad de la causa originaria del estado emocional, que conduce a una relativa inimputabilidad, por los motivos dignos y poderosos que ofusquen la serenidad acostumbrada de la razón, no pueden basarse en meras contrariedades, molestias o estímulos cualesquiera, o en agravios de proporciones limitadas por su escasa entidad, ni tampoco sobre el acaloramiento debido a discusión entre las partes, o a disputa, o a situación de riña, porque entonces la motivación más que ajena es propia, al menos en gran parte, ni por fin, cuando la reacción al estímulo no obnubila las facultades intelectuales o volitivas, aunque cree un estado de sencilla irascibilidad, por el dominio sobre el temperamento del agente, que sin embargo obra con libérrima decisión lesivamente. (S. 17 mayo 1967.)

Si bien es cierto que este Tribunal, a semejanza de lo prevenido en el artículo 9, núms. 5.º y 6.º, del C. P., respecto a las circunstancias atenuantes de provocación y de vindicación, ha rechazado en muchas ocasiones la de arrebató u obcecación por la falta de inmediatez o de proximidad del estímulo, también ha declarado en otras que el tiempo transcurrido en nada obsta a la estimación de la última cuando por haber mediado una gran humillación o una grave afrenta se causó una perturbación psicológica de carácter perdurable, o cuando la humillación o la afrenta se reaviva en el momento de la acción delictiva. Es doctrina jurisprudencial que cabe apreciar la atenuante aunque el estímulo provenga de persona distinta del sujeto pasivo de la infracción cuando ambos estén ligados, de hecho, por cualquier vínculo de "solidaridad". (S. 28 enero 1967.)

Una sentencia del Tribunal Supremo en ningún caso es admisible que produzca un arrebató en la persona contra quien se dicta o sus familiares, para matar a la persona que obtuvo el fallo favorable, mientras no realice algún acto de provocación posterior a la misma, pues el cumplimiento del fallo ni es acto ilícito ni inmoral. (S. 28 enero 1967.)

12. Art. 9, núm. 9 (*Arrepentimiento espontáneo*).—Hay en la circunstancia 9.ª del artículo 9, en el C. P., impuesto un quehacer para satisfacción de la víctima o ayuda en la administración de justicia, movido por un impulso interno, voluntario, natural y libre que, en su mayor pureza, es de pesar a causa de los actos delictivos ejecutados, mezcla de sano dolor que la conciencia recuperada acusa y una rectificación externa para restablecer en lo

posible el orden, aunque por la incertidumbre de los actos interiores se amplie a otros móviles menos generosos la atenuante. (S. 9 febrero 1967.) (Análoga doctrina en S. 14 enero 1967.)

Para disminuir la pena, según el artículo 58 del C. P., como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, el artículo 9 recoge el arrepentimiento espontáneo de naturaleza subjetiva en su impulso con hondas raíces morales en cuanto pesar íntimo por el mal producido, y ampliado en derecho a las situaciones psíquicas de temor a la pena o a las consecuencias del hecho, siempre que no sean cálculo especulativo para una mayor impunidad o maniobra hábil del delincuente más avisado; ha de ser activo en una de las modalidades de ayuda a la víctima, aminoración del daño o colaboración con la Justicia. (S. 21 junio 1967.)

El arrepentimiento se presume cuando consta la realización de la conducta del procesado en alguna de las tres direcciones a que se refiere el precepto legal. (S. 18 enero 1967.)

La apreciación de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad ha tenido diversas apreciaciones por esta Sala, en los casos que se refieren a delitos culposos: un primer período que se admitía su apreciación y su compatibilidad (de ello es muestra la Sentencia de 10 abril 1948), hasta llegar a otro período restrictivo (SS. de 18 junio 1958, 19 junio 1959 y 26 febrero 1960), pero este período de restricción ha sido superado en resoluciones posteriores que vuelven a adoptar el criterio amplio adoptado anteriormente, y de ello es buena muestra la S. de 15 junio 1964, que sienta la doctrina de que en los casos de delitos culposos en que concurren los requisitos exigidos por la ley positiva en la conducta o actuación del interesado, sólo acudiendo a razones extralegales puede negarse la aplicación de esta causa de atenuación, por lo que, atendiendo a que ella puede valorar mejor la conducta del inculpaado, permitiendo distinguir al que hace algo con posterioridad a la producción del delito que pueda incluirse en una de las tres direcciones a que se refiere el texto penal discutido, diferenciándolo del proceder egoísta o desinteresado de otros distintos, y utilizando así debidamente el principio "pro reo", debe merecer la aplicación de la causa de atenuación. (S. 18 marzo 1967.)

13. Art. 10, núm. 1 (*Alevosía*).—Al presuponer la alevosía un juicio de valor referido al modo comisivo, según tiene declarado esta Sala, requiere un consciente aprovechamiento de la real indefensión de la víctima, entrando, por tanto, en juego no sólo los elementos objetivos, sino los subjetivos, que son en realidad los que le dan relevancia, la creencia del agresor de que en el momento de realizar la agresión no corre riesgo procedente de la defensa que pueda hacer el ofendido. No todo ataque por la espalda es siempre alevoso, según tiene también declarado esta Sala. (S. 16 febrero 1967.)

Al ser la alevosía una forma de ejecución de los delitos contra las personas en que el culpable en el momento de ejecutar el hecho no corre riesgo procedente de la defensa que pueda hacer el ofendido, según el concepto que de ella se da en el artículo 10 del C. P., hay que estimar como alevoso el ataque que se hace a una persona cuando se encuentra desprevenida hablando con otra, llegándose a ella por la espalda y, al tocarle en el hombro con la mano y volverse, se le clava el arma homicida en el pecho sin mediar

palabra y sin darle tiempo para huir ni para realizar acto alguno defensivo. (S. 23 enero 1967.)

Cfr. § 50.

14. Art. 10, núm. 2 (*Precio*).—Cfr. § 52.

15. Art. 10, núm. 7 (*Astucia*).—Esta circunstancia, con su carácter subjetivo, representa un medio ejecutivo anterior o coincidente con la infracción criminosa, que tiende a lograr su facilitación, por utilizar el delincuente medios ingeniosos y apropiados, o sagaces, o engañosos o falsos, y siempre importantes, que produzcan la colaboración decidida y sin reservas de la víctima en cierta parte importante del hecho delictivo, sin advertir o percibirse de la malévola intención de aquél, que, en actividad intelectual planeada, opera con su ardid, insidia y mendacidad, atrayéndolo hacia la más expedita efectividad de los actos de realización del hecho antijurídico penal. (S. 30 mayo 1967.)

16. Art. 10, núm. 9 (*Abuso de confianza*).—La circunstancia agravante número 9, del artículo 10 del C. P., de abuso de confianza, de matiz subjetivo y condición plenamente ética, requiere un “plus” de dolo en el sujeto activo o mayor perversidad, por romper las relaciones de cercana o íntima manifestación existentes entre él y el perjudicado, basadas por ello en la fe y en la lealtad, con el consiguiente aprovechamiento de las mayores facilidades que la situación le proporciona, y de la ausencia o disminución de defensa que para dar vida al propósito criminal la situación le presente, infringiendo, en definitiva, obligaciones jurídicas y morales de indeclinable acatamiento en la vida social de coexistencia armónica, que debía estrictamente respetar, por ser la “fidelitas” la esencia del vínculo entre ellos constituido; y produce esta circunstancia agravatoria, por lo general, la persona que presta servicios domésticos, si actúa delictivamente contra la propiedad del dueño, no ante el mero hecho de darse la relación de trabajo domiciliario objetivamente, aunque ya de por sí conceda un vínculo de mayor confianza, sino más bien cuando se haya utilizado en la actividad criminosa o tenido influjo en mayor o menor medida en su realización, lo que sucederá si el doméstico actúa con libertad plena y sin vigilancia que controle su mal hacer dentro de la casa y en situación de indefensión del dueño, y no como si fuera un extraño. (S. 15 abril 1967.)

Esta circunstancia no es incompatible con el delito de robo, como con reiteración ha dicho esta Sala, entre otras, en SS. de 27 diciembre 1948, 12 junio 1954, 11 febrero 1955 y 23 octubre 1962. (S. 15 abril 1967.)

Cfr. § 71.

17. Art. 10, núm. 13 (*Nocturnidad*).—La nocturnidad no es inherente al delito de evasión de presos. (S. 13 marzo 1967.)

18. Art. 10, núm. 14 (*Reiteración*).—Lo exigido para la apreciación de esta circunstancia es la constancia fáctica de los delitos antes sancionados y las penas impuestas, y cuando ello se cumple resulta forzosa la aplicación de tal causa de agravación, ya que en el texto penal aplicable a los hechos enjuiciados no existe la facultad que antes tenían los Tribunales para tomar o no tomar en cuenta la agravante, atendidas las condiciones del delincuente y la naturaleza, motivos y efectos del delito. (S. 11 febrero 1967.)

Es indiferente que las penas anteriores fueran impuestas por tribunales militares o civiles, o que hicieran referencia a delitos dolosos o culposos. (S. 20 marzo 1967.)

19. Art. 10, núm. 15 (*Reincidencia*).—Esta agravante tiene su fundamento, según doctrina de esta Sala, en la insensibilidad del procesado a las penas impuestas anteriormente y su tendencia a delinquir. (SS. 11 y 17 marzo 1967.)

La circunstancia de agravación 15 del artículo 10 exige precisamente que al delinquir el culpable esté ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del Código, precepto que no admite interpretaciones extensivas en perjuicio del reo. (S. 4 marzo 1967.)

Aunque el artículo 379 de la Ley Procesal Penal se refiere a que los antecedentes penales deben pedirse exclusivamente al Registro Central, las disposiciones administrativas correspondientes han tratado de coordinar el citado Registro Central con la realidad, para los casos que no consten en aquél los antecedentes que puedan no haber sido anotados en el mismo, y la propia doctrina de esta Sala ha establecido que el contenido del citado precepto legal no impide que se acojan las certificaciones referidas a los antecedentes que consten en Juzgados y Tribunales, que se hayan aportado a la causa de modo independiente de las certificaciones del Registro Central, según expresan, entre otras, las decisiones de 21 junio 1943, 6 febrero y 12 diciembre 1953 y 13 enero 1954. (S. 15 febrero 1967.)

Cfr. § 28.

20. Art. 10, núm. 16 (*Morada del ofendido*).—Realizar los hechos delictivos en el domicilio de una persona, incluso encontrándose el morador presente, demuestra una mayor perversidad en el culpable, por la falta de respeto a la morada ajena, y hasta un mayor peligro para los moradores si fuera descubierto el propósito criminal o sorprendido *in fraganti* y se intentara detenerle o imposibilitarle la huida. La agravante de realizar el hecho en la morada del ofendido no es inherente al delito de hurto. (S. 21 enero 1967.)

21. Art. 12 (*Responsabilidad penal*).—Es cierto que la responsabilidad penal surge de actos propios y no por conducta ajena, pero no supone quiebra de este general principio el que los hechos materialmente productores del resultado lesivo hayan sido realizados por un tercero, radicando, no obstante, la responsabilidad en quien ordenó aquella ejecución con olvido de elementales medidas aconsejadas por la prudencia, bien en atención a la edad del ejecutor, bien por las condiciones físicas o mentales del mismo, o por cualquiera otra circunstancia similar, cabiendo destacar que en definitiva la responsabilidad no le es exigida al procesado por la deficiente actuación de esa tercera persona, sino por la desafortunada elección de la misma y por la ausencia de vigilancia y cuidado, actos, todos, personalísimos de aquél y a nadie más imputables. (S. 19 junio 1967.)

22. Art. 14, núm. 1 (*Autores*).—El previo concierto para ejecutar un delito atribuye a los concertados la cualidad de autores, sea cualquiera la participación que se asigne a cada uno en los planes de ejecución. (S. 16 febrero 1967.) (Análoga doctrina en S. 3 marzo 1967.)

23. Art. 14, núm. 3 (*Cooperación necesaria*).—Cooperar es tanto como

obrar juntamente con otro para obtener un mismo fin... No es preciso que el cooperador realice todos los actos inherentes a la consumición, sino el elemento intencional, cooperando de manera eficaz. (S. 8 marzo 1967.)

Es necesario el auxilio prestado a la comisión de un delito de falsedad de un documento privado consistente en la participación del recurrente como testigo para acreditar la intervención en el contrato de la vendedora, que no fue real y cierta, sino simulada y mendaz. (S. 9 junio 1967.)

24. Art. 22 (*Responsabilidad civil subsidiaria*).—Si detenidamente se examina el artículo 22 del vigente C. P., regulador de la responsabilidad civil subsidiaria, del que la jurisprudencia de esta Sala ha dicho en la S. 21 octubre 1960 que la enumeración de personas que el precepto indica no es exhaustiva; siendo ello notoriamente acertado si se piensa en el fundamento teleológico de esta responsabilidad subsidiaria, que fue un atisbo de la responsabilidad objetiva, ahora establecida para los delitos de circulación, ya que pecuniariamente se responsabiliza sin culpa, aunque en conexión con la subjetiva responsabilidad penal y civil de primer grado del acusado, siendo indudable motivación de esta responsabilidad sin culpa plasmada en este artículo 22 el beneficio económico que se estuviera reportando al propietario o industrial en el momento de la comisión del delito. Por consiguiente, si, cuando se conduce el vehículo, se está reportando una utilidad y beneficio, ya sea de índole familiar o económico, al propietario del vehículo, es razonable y lógico que éste responda patrimonialmente de las consecuencias del delito. (S. 13 mayo 1967.)

Nace la responsabilidad subsidiaria de los amos, organismos y empresas de los delitos o faltas en que hubieran incurrido sus dependientes o empleados en el desempeño de sus obligaciones o servicios, no porque estas infracciones estuvieran mandadas o consentidas, pues entonces serían participantes, sino porque al ejecutar lo concerniente a sus deberes contravinieren a lo prohibido en la Ley penal; el servicio que prestan en beneficio ajeno es la circunstancia ocasional entendida en el artículo 22 del C. P. para los actos realizados como constitutivos de su servicio. (S. 7 abril 1967.)

25. Art. 23 (*Irretroactividad*).—Es patente que al insertarse en el ordenamiento punitivo una nueva figura, la única limitación a observar, derivada de la aplicación de las normas en el tiempo, y por principio de la irretroactividad de las Leyes penales consagrado en el artículo 23 del Código sustantivo, consiste en la imposibilidad de que sean calificadas como constitutivas de tal nuevo delito hechos cometidos con anterioridad al instante de vigencia de la Ley que lo haya implantado, y, superada tal limitación, entran en juego todas las normas del ordenamiento penal, relativas a la participación, grado de ejecución, determinación de la pena y cuantas otras se contengan con carácter general en aquel ordenamiento. (S. 26 mayo 1967.)

26. Art. 24 (*Retroactividad*).—Toda ley tiene vigencia o efectividad, debiendo cumplirse desde que entra en vigor hasta que es derogada, pero para ello generada a medio de un más o menos complicado proceso formativo interno, y luego de ser promulgada y publicada externamente, su fuerza vinculante se inicia, o bien a medio de un sistema instantáneo por correlativo

con la notificación solemne a los súbditos, o dilatando su eficacia hasta la llegada del día inicial de su plazo, en cuyo último supuesto pasa por un período más o menos largo de "vacatio legis", durante el que la ley es una simple expectativa o un "ente jurídico" de futura legalidad, que por la misma voluntad del legislador aplaza su vigencia por razones políticas o sociales, o técnicas, o procesales, o de simple práctica, cuando no sociológicas, y no puede decirse, en tanto su día de inicial efectividad se alcance, que obligue anticipadamente, porque significaría, además de contradecir el mandato del legislador, la derogación prematura de la ley anterior, todavía vigente, e imponer judicialmente un estado de derecho que la autoridad constituyente no deseó. (S. 18 mayo 1967.)

No han de producirse los efectos de la retroactividad antes de que la Ley favorable entre en vigor, porque sería dotarla de una eficacia legal que el ordenamiento jurídico no le otorga, como ha resuelto repetidas veces esta Sala (a propósito de la Ley de 24 de diciembre de 1962). (S. 20 marzo 1967.) (Análoga doctrina en SS. 6 y 11 abril y 9 junio 1967.)

27. Art. 61. (*Aplicación de la pena*).—Es errónea la aplicación conjunta en una sentencia de las reglas 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del artículo 61 del C. P., por su manifiesta incompatibilidad. No puede tener efectividad la facultad compensatoria de la regla 3.<sup>a</sup> cuando, por concurrir la doble reincidencia, resulta obligada la ascensión en grado. (S. 22 abril 1967.)

28. Art. 61, núm. 6 (*Multirreincidencia*).—En doctrina de esta Sala contenida en S. 16 enero 1967 se exteriorizó el criterio de sostener que la multirreincidencia podía darse entre penas impuestas en sentencias de 1958 y la comisión de este delito del artículo 535 bis, generado por Ley posterior; criterio perfectamente lógico, pues las circunstancias 14 y 15 y la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 61 no distinguen, ni por consiguiente se puede distinguir, entre delitos de creación legal anterior o posterior, ni realmente se trata de un problema de retroactividad o irretroactividad de la Ley penal, pues tanto la fundamentación psicológica de la reiteración y mucho más de la reincidencia miran preferentemente al "futuro", sancionando la mayor peligrosidad del que reitera actividades delictivas, y cualificadamente si son del mismo tipo antijurídico penal, pues, cuando reincide, llevando a cabo una nueva acción delictiva, no importa cuáles eran en el pasado los tipos penales agrupados en el mismo título, sino los que se agrupan en el momento de volver a delinquir, tipos que conoce o puede conocer por la ficción de potencial conocimiento de las leyes, plasmado en el básico principio de que "la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento". (S. 29 mayo 1967.)

Concurre esta circunstancia cuando el procesado aparece con dos condenas en distintas sentencias, aunque lleven la misma fecha. (S. 16 enero 1967.)

Cfr. § 80.

29. Artículo 69 (*Unidad de delito*).—Constituyen un solo delito los actos delictuales efectuados en concierto por varias personas, en momento único y sin solución de continuidad, con unidad de externa manifestación y con designio criminoso único, con identidad de lesión jurídico-penal, concurriendo los diversos actos en su conjunción para alcanzar el fin exclusi-

vamente propuesto por los delinquentes. Véanse SS. 2 octubre 1957, 28 septiembre 1962 y 4 noviembre 1963. (S. 21 abril 1967.)

30. (*Delito continuado*).—La singular figura del delito continuado, tan diversamente concebida en su dimensión de ejecución fraccionada y entidad real, requiere para existir, como elementos esenciales: subjetivamente, ánimo delictivo único por darse un propósito homogéneo en la culpabilidad del autor; objetivamente, lesión jurídica o violación idéntica del mismo precepto penal; y materialmente, pluralidad de actos, realizados en distintos momentos del tracto sucesivo de actuación delictual; y este Tribunal Supremo, además de estos presupuestos esenciales, ha completado su dimensión, exigiendo a su vez la unidad de ocasión y de sujetos activo y pasivo, y la condición negativa de que las acciones parciales no puedan ser individualizadas en cuanto a su número, fecha, valor de las mismas o por alguna otra circunstancia que permita singularizarlas con absoluta autonomía en orden a las demás, en cuyo supuesto, por ser una sustantiva realidad y no una forma adjetiva para beneficiar al reo con sentido humanitario de templanza, puede perjudicarle su aplicación, pues la penalidad ha de ser la que resulte de valorar la totalidad de las sustracciones de cosas ajenas cometidas. (S. 9 mayo 1967.)

Cuando se da unidad de resolución, de ley violada, de sujeto pasivo de los delitos e imposibilidad de concretar su número, puede admitirse la figura del delito continuado, al ser meros actos que, una vez violada en determinadas circunstancias una sola ley penal, en cada ocasión se viola una parte de ella que no determina entidad distinta de otras anteriores o posteriores. (S. 2 febrero 1967.)

El arbitrio del delito continuado no puede ser utilizado en los delitos contra las personas, aunque sea uno mismo el sujeto pasivo, porque cada acto es un ataque perfeccionado y diviso. (S. 6 mayo 1967.)

La plena diversificación de los sujetos pasivos por sí sola no sería bastante para negar la existencia de un delito continuado (S. 17 junio 1967.)

Como ha dicho la sentencia de 22 marzo 1966, la doctrina del delito continuado es una institución que por su origen y finalidad no tiene establecida una base dogmática fija e inamovible y una configuración cerrada e inasequible a las circunstancias del caso que se contemple en cada resolución, y que en cierto modo se encuentra en permanente evolución, porque los Tribunales tienen los principios jurídicos para buscar en la práctica la realización de la Justicia e implantar la defensa social que como primaria obligación tienen encomendada, lo que quiere decir que tal doctrina no puede dejar de aplicarse si lo reclaman altos intereses, aunque falte algún requisito de los comúnmente exigibles, si concurren otros principales que reclamen su aplicación, al haber indeterminación de fechas de comisión de los delitos y obedecer todos al mismo propósito, que en definitiva es el de obtener el perjuicio de una generalidad de personas indeterminadas, por lo que puede también en este caso hacerse aplicación de la doctrina de esta Sala sobre el particular en cuestión, siendo otra razón más en pro de la aplicación de la tesis del delito continuado. (S. 5 abril 1967.)

Cfr. §§ 55 y 60.

31. (*Concurso real*).—Fara la imposición al culpable de dos o más delitos, de todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, se precisa como antecedente indispensable que varios hechos estén con precisión individualizados con los caracteres que los configuren como delitos distintos. (S. 10 abril 1967.)

32. Art. 71 (*Concurso ideal*).—Cfr. § 73.

33. Art. 104 (*Responsabilidad civil*).—Ha puesto remate legal a la cuestión debatida sobre el tercero perjudicado por razón del delito en el artículo 104 del C. P. cuando se trata del Instituto Nacional de Previsión, la Ley de Seguridad Social de 28 de diciembre 1963, con el texto articulado de 21 abril 1966, cuyo artículo 97, núm. 3.º, concede a la Entidad Gestora, Mutualidad Laboral o Mutuas Patronales el derecho a reclamar al tercero responsable o al subrogado legal o contractual en sus obligaciones el coste de las prestaciones sanitarias que hubieren satisfecho, y para ejercitar este derecho el Instituto Nacional de Previsión, las Mutualidades o las Mutuas tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal, considerados como terceros perjudicados, según el artículo 104 del C. P. (S. 28 enero 1967.)

El propósito loable de evitar que la fraudulenta interposición de procesos penales fuese perjudicial para la reclamación indemnizatoria de ciertos accidentes de trabajo, provocó en el pasado, primero un Orden del Ministerio de Trabajo, y después, la inclusión en el Texto Refundido del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956 del artículo 189, que impone, en casos de posible existencia de un hecho que pudiera constituir accidente de trabajo, que se abonen desde luego las correspondientes prestaciones sin esperar el término de la causa penal correspondiente, y a reserva de que, existiendo realmente un delito, puedan las aseguradoras reclamar, bien en vía civil o en el proceso penal, el reintegro de lo abonado sobre la base de un accidente que después viniera a resultar delito, criterio reafirmado recientemente en la Ley de Seguridad Social y ya acogido por la jurisprudencia de esta Sala en la reciente S. de 28 enero 1967. (S. 31 mayo 1967.)

34. Art. 106 (*Responsabilidad civil*).—El preceptivo señalamiento de cuotas a que se refiere el artículo 106 ha de entenderse para los casos en que haya terceros perjudicados extraños a la infracción, pero no cuando son los perjudicados los propios culpables del mismo y único delito a cuya comisión contribuyeron ambos con sus actos descuidados o negligentes, pues en este supuesto carecen de acción el uno con respecto al otro, porque los dos están incurso en culpa originaria de los daños causados. (S. 19 enero 1967.) (Análoga doctrina en S. 3 mayo 1967.)

35. Art. 109 (*Responsabilidad civil*).—Las costas procesales no pueden imponerse a los procesados absueltos. (S. 21 enero 1967.)

36. Art. 113 (*Prescripción*).—Cfr. §§ 48 y 60.

37. Art. 117 (*Extinción de la responsabilidad civil*).—En cuanto disposición extintiva de las obligaciones, su renuncia inserta en los artículos 117 del C. P. y 4, con el 1.156, del C. civil, requiere como todos los negocios

jurídicos su validez por razón de capacidad, ausencia de vicio en la manifestación de voluntad y en especial las reglas sobre negocios jurídicos afectos al patrimonio en el derecho de familia. (S. 21 junio 1967.)

38. Art. 237 (*Desobediencia*).—A falta de preceptos análogos a los del artículo 458 del C. P., la definición legal de la gravedad en el artículo 237 del mismo Código, a los efectos de distinguir la desobediencia—delito de la desobediencia—falta, radica en el significado léxico de la palabra “grave”, que, contrapuesta a la de leve o liviana y referida a dicho delito, comprende todo lo que gravite con sensible pesadumbre sobre el prestigio de la Autoridad, cuyos legítimos mandatos, de no prestárseles la debida protección penal, no podrían ya elevarse a la altura que les corresponde por la actuación despectivamente rebelde de los obligados a cumplirlos. (S. 1 marzo 1967.)

39. Art. 244 (*Desacato*).—En los escritos de recusación se han de relacionar hechos concretos que pongan de manifiesto la conducta, a juicio de los redactores, irregular y a veces ilegal del funcionario recusado, y si bien deben redactarse todos los escritos judiciales con la máxima corrección y el debido respeto a la Administración de Justicia y a sus autoridades y funcionarios, en esta clase de escritos es fácil que se deslicen algunos que falten a esta norma, sin que por ello incidan en el campo penal, siempre que no atenten al honor o desborden los límites de la corrección o sean innecesarios para la exposición de los hechos fundamento de la recusación; por todo lo cual, excluida la intención dolosa, desaparece el delito del artículo 244 del C. P. (S. 6 marzo 1967.)

40. Art. 251 (*Propaganda ilegal*).—Este delito implica, no la entrega de impresos a una sola persona, sino a varias de ellas, para que así pueda entenderse que existe la difusión o reparto que la propaganda supone por sí misma... Una cosa es el móvil del agente y otra es que tenga el relieve adecuado el tipo penal para así poder comprender que el elemento de propaganda era adecuado y eficaz para poder producir los efectos deseados. (S. 23 enero 1967.)

Aunque llegara a admitirse el interno propósito de perjudicar el crédito, la autoridad o el prestigio del Estado, en la persona de sus funcionarios, el redactar un escrito, el firmarlo y presentarlo a la primera Autoridad Judicial del Territorio, y el recabar antes firmas, no para dar pábulo a los hechos, sino para avalar su contenido denunciador como acostumbra a hacerse cuando se pretende dar mayor consistencia a una petición que se formula ante las autoridades, en este caso para ejercitar el derecho, en principio lícito, de denuncia, no puede encuadrarse en el delito de propaganda ilegal. (S. 17 mayo 1967.)

41. Art. 254 (*Tenencia de armas*).—Al hablar de tenencia en el propio domicilio, no se refiere el C. P. a que el titular de éste las lleve consigo encima, en su persona, sino que basta que ese domicilio sea el suyo para reputar como de su pertenencia los objetos que allí se encuentren, a no ser que conste que fueron introducidos subrepticamente o contra su voluntad. (S. 26 abril 1967.)

42. Art. 283 (*Falsificación de moneda*).—El delito del núm. 1.º del artículo 283 del C. P. se comete por el mero hecho de fabricar moneda falsa, cualquiera que sea el procedimiento utilizado y la perfección o grado de imitación de las legítimas... Han de ser idóneas para ser admitidas en las transacciones y lesionar gravemente el crédito del Estado y la seguridad del tráfico mercantil, que son los bienes jurídicos protegidos en esta clase de delitos. (S. 17 marzo 1967.)

43. Art. 302 (*Falsedad*).—En el delito de falsedad, que es de lesión formal, el sujeto pasivo es la colectividad, a quien interesa el respeto de la fe pública quebrantada, siendo los titulares de ella los perjudicados. (S. 21 abril 1967.)

Cfr. § 73.

44. Art. 304. (*Falsificación de documento oficial*).—Son documentos oficiales los de un organismo encuadrado en la Organización Sindical, que tiene carácter de corporación de Derecho público, destinados a surtir efecto en un expediente. (S. 3 febrero 1967.)

45. Art. 329. (*Falso testimonio*).—El falso testimonio requiere la intención maliciosa de faltar a la verdad, negándola o diciendo lo contrario a ella al deponer en cualquier clase de causa. (S. 3 febrero 1967.)

46. Art. 334 (*Evasión de presos*).—Es indiferente el lugar en donde se lleve a efecto la evasión para que se entienda cometido el delito, sea este lugar el penal, la cárcel de tránsito o el sitio en que cumpla un destierro definitivo o en el que trabaje, en donde sólo esté sometido a custodia o vigilancia más o menos eficaz e intensa. (S. 24 mayo 1967.)

47. Art. 391 (*Cobhecho*).—La argumentación de que autorizada doctrina, y de acuerdo con ella reiterada jurisprudencia, lleva el momento de la consumación de este delito al de la aceptación de la dádiva por el funcionario, no puede hoy admitirse en modo alguno, ya que ello se podía discutir con arreglo al texto del C. P. de 1932, pero desde su reforma de 1944, que se conserva en el texto vigente, ya no cabe discusión alguna, pues, al castigarse igual a los que corrompieren que a los "que intentaren corromper" al funcionario público, se ha elevado de grado la figura delictiva imperfecta, que ha quedado asimilada a la consumación, y ello lo corrobora la doctrina de esta Sala, de la que son expresión las SS. 11 diciembre 1950, 14 abril 1952 y 8 noviembre 1955, expresivas de que el actual precepto legal no permite derivar el hecho a los campos de la tentativa ni de la frustración, porque, como dice la S. 31 octubre 1955, se consuma el delito con el sólo ofrecimiento, aunque éste no sea aceptado. (S. 16 enero 1967.)

48. Art. 396 (*Malversación*).—Se comete este delito siempre que se reintegre el dinero malversado antes de transcurridos diez días desde la incoación del sumario. Aunque existiera el propósito de apropiación definitiva, el delito seguiría encuadrándose en el artículo 396 si se hiciera la devolución durante el indicado período de gracia. El plazo de prescripción empieza a correr desde que se cometió la sustracción y no queda en suspenso mientras transcurren los diez días citados. (S. 6 junio 1967.)

49. Art. 399 (*Malversación*).—El denominado delito de malversación impro-

pia, tipificado en el artículo 399 del C. P., requiere, por ser una figura extensiva "ex lege", relacionarse de un lado con los demás delitos del capítulo X, título VII, del libro segundo del mismo, de los que obtiene su integración definitiva; y de otro, con las normas extrapenales que configuran los cargos de administradores y depositarios en orden a su cometido funcional sobre las cosas que se embarguen, secuestren o depositen, por acto legítimo de Autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; y si, como es muy corriente, su contenido se pone en coordinación con el artículo 394 del cuerpo punitivo, por haberse constituido previamente un embargo de bienes muebles, para asegurar responsabilidades sumariales, con la designación de depositarios, según el artículo 600 de la L. E. Crim., resultará que son elementos necesarios para la existencia de la infracción criminal, en las cualidades personales y en lo objetivo y formal: un cargo de depositario judicial, equivalente a función pública, en el inculpado; unos bienes embargados o retenidos que gozan de la estimación de caudales públicos, aunque originariamente fueran bienes privados; la aceptación del cargo y la custodia de los bienes efectiva, con obligación jurada de conservarlos a disposición del Juez; y como acto que genera la malversación, que el depositario sustraiga, o consienta que otro lo haga, los caudales o efectos públicos que tenía a su cargo, importando poco que no actúe con ánimo de lucro ni consiga utilidad directa, siendo suficiente la disposición en cualquier forma, y aunque se trate de depósito de bienes propios, ya que el delito protege el respeto a la relación constituida entre la Autoridad, el depositario y la cosa, no produciendo el embargo, en tal supuesto, una pérdida del derecho subjetivo de exclusión, que es el dominio, pues sólo limita las facultades de disposición, que exclusivamente corresponden al órgano jurisdiccional que decretó la traba, cambiándose, por lo tanto, el ilimitado derecho de propiedad por la restringida situación de dueño-tenedor, carente de derechos dispositivos hacia terceros a título gratuito u oneroso, e incluso a la simple ocultación, pues, al hallarse afectos a una responsabilidad civil están vinculados primordial y privilegiadamente a su levantamiento, hasta que se desemboque en la realización del valor para la prestación equivalente del "id quod interest", o se deje sin efecto la restricción. (S. 10 abril 1967.)

50. Art. 406 (*Asesinato*).—Como presupuesto de la figura de asesinato aparece en primer lugar la alevosía, parte del injusto que ha de ser querido y por tanto conocido, si no como estado anímico más culpable, si en cuanto fenómeno corporal tendente al aseguramiento del resultado o indemnidad en el obrar ilícito; en el acto núcleo de matar, el empleo de este medio puede ser desde el momento inicial y entonces su existencia es indiscutible, pero puede ser ocasional si durante la ejecución se presenta fuera del desarrollo de la actividad del agente, pues si éste se propone matar, las situaciones intermedias no significan mayor perversidad, merecedora de una más grave reprobación. (S. 14 enero 1967.)

51. Art. 411 (*Aborto*).—La existencia de una clínica dedicada exclusivamente a prácticas abortivas, con material y medicamentos destinados a este propósito, así como la organización adecuada del personal, no completan la figura del aborto, delito de resultado, término de una acción.

trascendente y no sólo peligro o disposición ni meras prácticas abortivas. (S. 26 enero 1967.)

52. Art. 415 (*Aborto cometido por facultativo*).—No puede estimarse que la condición de profesionalidad sea incompatible con la circunstancia de precio, porque los honorarios no pueden considerarse como tal, ya que la primera circunstancia va implícita en el tipo delictivo y tiene el fundamento de que persona titulada causase aborto abusando de su arte, mientras que la agravante genérica del núm. 2.º del artículo 10 del C. P., obrar mediante precio, es cosa ajena al tipo penal, y tiene el fundamento de la mayor perversidad que supone el que persona titulada abuse de su oficio o arte, obediendo precisamente al ánimo de lucro, porque no puede decirse que sean honorarios lícitos a percibir por el profesional, los ilícitos que corresponden a un acto de esta clase, y tan ilícitos que son constitutivos de un delito, además de ir en todos los aspectos contra la moral profesional de la persona titulada, y por eso el caso que aquí se plantea lo tiene resuelto la doctrina de esta Sala, de la que son muestras las decisiones de 4 marzo y 23 diciembre 1952, 13 marzo 1953 y 23 marzo y 13 diciembre, entre otras posteriores, de 1954. (S. 13 febrero 1967.)

53. Art. 420 (*Lesiones*).—Auténticamente influenciados muchos Ordenamientos penales sustantivos, entre ellos el nuestro, por la búsqueda del “resultado” como elemento prevalente para la punición, configuran muchas figuras delictivas, concretamente la de lesiones, con vistas al “resultado” con olvido de su accidentalidad, ya que de un acto plenamente malo y odioso pueden derivarse mínimas consecuencias, mientras que de una actuación ilícita, si, pero de mínima gravedad, pueden seguirse graves daños, incluso irreparables. (S. 12 abril 1967.)

Una cosa es la facultad que concede el artículo 11 del C. P. para estimar el parentesco una atenuante o agravante y otra es el precepto expreso, del artículo 420, que no deja su apreciación al arbitrio de los Tribunales, sino que señala la pena a imponer cuando las lesiones se produzcan a las personas que señala el artículo 405. (S. 18 enero 1967.)

54. Artículo 429 (*Violación*).—Entre la violación y el estupro puede encontrarse el criterio para su exacta distinción en la forma comisiva de uno y otro delito; en ambos tiene lugar el yacimiento, pero, mientras en la violación se logra contra la voluntad o sin la voluntad de la víctima, en el primer caso por actos de fuerza o por violencias morales y en el segundo aprovechándose de la imposibilidad de consentir, por el contrario, en el estupro hay siempre voluntad expresa o tácita de la estuprada, pero no libremente conseguida, sino que en unos casos existe el “prevalimiento” de la ventajosa posición del sujeto activo —autoridad, sacerdote— o el aprovechamiento de la convivencia doméstica —la guarda, educación o custodia de la víctima—, la relación parental próxima, o incluso la situación de angustiosa necesidad o la preeminencia laboral del patrono con respecto a la menor serviciaria; o se da, en fin, el típico y propio “engaño”, normalmente consistente en la promesa matrimonial, tácita o expresa, después incumplida. (S. 13 mayo 1967.)

No es imposible la aplicación simultánea de los números 1 y 3 del ar-

titulo 429 del Código Penal, pues son compatibles los dos presupuestos de hecho atendidos en ambos apartados: el de la violencia material contra la voluntad expresa de la víctima y el de la edad con falta implícita de voluntad, supuesto capaz de coexistir con el primero, pues si los años suponen ausencia de consentimiento, la fuerza ratifica esta situación de la ofendida, la violación real confirma la presunta. Las lesiones, aunque sean genitales como correlato de la violación, son penalmente autónomas de ella, según repetidas resoluciones fundadas en que la libertad sexual atacada es independiente de la integridad personal. (S. 8 febrero 1967.)

55. Artículo 430 (*Abusos deshonestos*).—El delito de abusos deshonestos, tipificado en el artículo 430 en relación con el 429 del Código Penal, precisa como elemento objetivo o material, una acción que lastime el pudor de persona de uno u otro sexo, que no sea o tienda al acceso carnal —en caso de ser la atacada una mujer— y que se realice a medio de fuerza o intimidación, o cuando la víctima se halle privada de su razón o sentido por cualquier causa, o por fin, siendo menor de doce años aunque preste su consentimiento, que la ley presume, sin admitir prueba en contrario, carente de discernimiento y, por lo tanto, inconsciente; pero, a su vez, a dicha tipicidad objetiva del acontecimiento ha de unirse indestructiblemente, en integración necesaria, el elemento subjetivo, intencional o ideológico, del móvil lúbrico, del propósito lujurioso o del espíritu de satisfacer y apagar el impulso sexual libidinoso, y que opera como dolo específico del tipo, requisito que, aun no siendo exigido expresamente por dicha norma, va implícito en su contenido, pues sin el ánimo lúbrico no se produce en el evento la deshonestidad exigida, por atrevido que éste pueda materialmente resultar, y no se origina, por tanto, dicho delito. (S. 12 mayo 1967.)

A diferencia de la tipificación legal de la violación, que se hace expresando que el hacer delictivo consiste en el yacimiento violento, cualificado por las circunstancias que también taxativamente se expresan, el de abusos deshonestos violentos, si bien tiene el denominador común de verificarse concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo 429, no hay expresión concreta de los actos que integren el tipo delictivo inculminado, sino que se acude a dos nociones de amplio y genérico contenido, el "abuso" y la "deshonestidad", lo cual supone que hay que ponderar si el abuso, equivalente a uso abusivo, inmoderado e injusto de la libertad sexual de la víctima y de su pudor, se realiza con cualquiera de la amplia gama de actos deshonestos y lujuriosos que consisten en manipulaciones activas o pasivas de tales actos. (S. 28 abril 1967.)

Siendo el delito de abusos deshonestos un delito de pura conducta o comportamiento, la posibilidad del delito meramente intentado es extremadamente difícil, aunque no radicalmente imposible, por ser necesario que falte una parte, generalmente la terminal, de la acción ejecutiva, y, como quiera que ocurre con la ofensa del bien jurídico ínsita en este delito—libertad sexual— aparece realizada desde los momentos de pura iniciación, es difícilísimo concebir la imperfección delictiva, porque basta una conducta de actividad deshonestas para que, atacados el pudor, la honestidad y la libertad

sexual del sujeto pasivo, el delito deba entenderse perfectamente consumado. (S. 28 abril 1967.)

Según tiene repetidamente declarado la doctrina de esta Sala, en los delitos de abusos deshonestos no puede aplicarse la teoría del delito continuado, al estar basada en que el hecho no se ha terminado de realizar, solamente se ha interrumpido para continuarlo posteriormente, lo que no cabe en los delitos de abusos deshonestos, toda vez que cada una de las ocasiones en que el sujeto satisface sus lúbricos deseos con la víctima, comete una ofensa total y distinta contra el pudor de la misma. (S. 12 junio 1967.)

56. Artículo 431 (*Escándalo público*).—Si se analiza con detenimiento la norma penal, se deduce que ésta sólo exige, como elemento sustentador del delito, que *per se* sean los hechos “de grave escándalo o trascendencia” y que sean ofensivos al pudor o a las buenas costumbres. (S. 16 marzo 1967.)

Si bien el artículo 431 del Código Penal, al configurar este delito sexual que no constituye ofensa al pudor y honestidad individual, sino a la moral pública y a las buenas costumbres como tónica de conducta de la colectividad social, exige que los hechos atentatorios al pudor y a la honestidad tengan una repercusión productora de escándalo o trascendencia graves, es preciso distinguir entre el concepto “escándalo” y la noción de “trascendencia” a los efectos tipificadores del delito previsto y sancionado en el referido artículo, sin que puedan equipararse como sinónimas ambas expresiones —*escándalo* y *trascendencia*—, puesto que ya en la redacción legal se utiliza la disyuntiva; y así, mientras “escándalo” equivale a acción o palabra que motiva que se piense mal de otro, produciendo indignación, lo cual supone que la acción mala sea conocida de terceros y dé lugar a la indicada reacción de desagrado al sentirse ofendido quien llega a saber del mal proceder, la “trascendencia” se predica del acto de extremada gravedad por sus probables consecuencias, de tal forma que la noción “escándalo” se proyecta a terceros y la “trascendencia” atiende a la importancia, gravedad y consecuencias del hecho realizado. En resumen, el “escándalo” se produce en los terceros, mientras que la trascendencia la lleva el acto en sí. (S. 3 mayo 1967.)

El tipo no muy preciso, por indescriptivo en su contenido valorativo de las conductas humanas, y de manifestación claramente objetiva, que como delito de escándalo público establece el artículo 431, párrafo 1.º Código Penal, trata de proteger dos diferentes bienes jurídicamente, bajo la amenaza de una sanción: el moral o ético del pudor y las buenas costumbres que todo ser humano particular o íntimamente debe poseer, y el respeto a la colectividad para no hacerla sufrir en el desarrollo de la convivencia interindividual el impacto de acciones lesivas al pudor y a las buenas costumbres, según sus sentimientos de moralidad media, establecida por su cultura, y de acuerdo al lugar, ambiente y tiempo de realización; pero, producido el acto específicamente inmoral, si éste queda en secreto o en la intimidad de quienes lo efectúan, se podrá cometer un pecado reprochable en el orden de la interna conciencia, siendo necesario para que surja la infracción criminal que la ofensa moral pase a lesionar el valor social protegido, con

incisión en el sentimiento de moralidad prevalente de la colectividad, por la proyección o publicidad de aquél a personas ajenas, cuya honestidad resulta agraviada, de lo que se deriva que el sujeto pasivo de este delito es la sociedad misma y que han de concurrir en conjunción ambos presupuestos; y, particularizando esta simple doctrina a los actos de homosexualidad o inversión del orden natural, aparece que los mismos no constituyen infracción criminal por su intrínseca condición si se mantienen secretos, pero lo causan si por cualquier circunstancia trascienden, se publican o en definitiva se proyectan socialmente, lo que sucede cuando se cometen en sitio público, como los parques o jardines de las poblaciones que sean frecuentados, ya que su realización en ellos determina una aceptación tácita de las lógicas consecuencias de su divulgación, que repugna a la conciencia social al percibir el impacto. (S. 8 junio 1967.)

Consistiendo el delito de escándalo público en la lesión de los sentimientos de pudor y morigeración de la sociedad, verdadero sujeto pasivo de esta infracción, es delito permanente y de ejecución continuada mientras no cese la conducta antijurídica del agente, aunque sean varios los actos porque éstos han de reputarse como integrantes de un solo hacer productor de un solo resultado; y de aquí que, cuando se declara probado que el procesado llevó a su domicilio en diferentes ocasiones a un joven para realizar actos deshonestos, hechos que al ser conocidos produjeron el natural escándalo, se contempla un solo delito, al ser uno solo el ultraje producido con aquella torpe conducta. (S. 11 marzo 1967.)

57. Artículo 434 (*Estupro doméstico*).—El ataque a la honestidad individual contenido en el delito de estupro doméstico que relata el artículo 434 del Código Penal, no requiere el elemento ideal que opera como condición modal en otros tipos, de la seducción engañosa de la mujer por el hombre, aunque no lo repudie, y si el requisito real y doloso del yacimiento, que, sin embargo, ha de ser consentido por la hembra sin la debida espontaneidad, porque su voluntad está viciada en su creación y manifestación por la coacción psicológica que el ambiente implícitamente ejerce sobre el ánimo de la menor, generando una mayor posibilidad para la realización de la infracción criminal, al no gozar de absoluta libertad espiritual y moral para oponerse y decidir libérrimamente a las pretensiones y presiones de intimidad libidínosa que el sujeto activo sobre ella realiza, prevaliéndose, si se quiere tácitamente, de un lado, de su posición superior en lo social y cultural sobre la doméstica, con el aprovechamiento efectivo de una desigualdad personal, que en ella es subordinación, con temor a desagradar y desobedecer y a dejar de acatar los reiterados deseos ajenos, sin facultad electiva plena, y de otro, y más acusadamente, acogiendo el hombre para favorecer su deshonesto pretensión, la situación de convivencia dentro de una misma familia y bajo un mismo techo hogareño, con relaciones de intimidad normal y trato continuo, que crean vínculos afectivos, y que deben ser objeto de protección defensiva penal, a medio de la tipificación indicada, que trata de dignificar el hogar, poniendo coto a las ventajas que al seductor proporciona de consuno la vida en común en familia y la relación de prevalencia o ascendencia y superioridad moral sobre la mujer menor que

depende de él y que son la causa efectiva de la entrega carnal. (S. 27 junio 1967.)

Dentro de la palabra "doméstico", la doctrina de esta Sala ha venido admitiendo la convivencia familiar o de otro tipo y las relaciones de criados o dependientes entre sí que por razón de sus servicios viven bajo el mismo techo, incluyéndose situaciones de temporalidad en la habitación. (S. 23 febrero 1967.)

58. Artículo 436. (*Estupro*).—Cfr. § 54.

59. Artículo 443. (*Perdón del ofendido*).—La manifestación del denunciante en el acto de formular la denuncia, de que estaba dispuesto a perdonar si el procesado abandona la finca para no tener que sufrir su presencia y evitar disgustos, es frase que sólo contiene un propósito sujeto a una condición, cosa muy distinta del perdón otorgado de presente y sin condiciones, que es el único viable para extinguir la acción penal. (S. 24 febrero 1967.)

60. Artículo 449. (*Adulterio*).—Esta infracción criminal es instantánea por consumarse en el momento de realización de cada acción carnal, y no permanente en sus efectos, porque en cada nueva infidelidad se renueva la voluntad lesiva, y se comete un distinto delito, no requiriendo un "status" entre hombre y mujer dilatado, pero si esta situación se produce por convivir con un solo varón en tracto sucesivo, entonces surge un delito continuado, nutrido por la unidad de propósito, de precepto penal violado y por la pluralidad de acciones, en cuyo caso la prescripción empieza a contarse desde que cesa la unión extralegal y se ha dejado de realizar la unión adulterina, delito continuado que no puede dar lugar a iniciar el cómputo prescriptivo por existencia de la "actio nata", sin que por lo demás puedan confundirse la prescripción del delito de adulterio con la prescripción del consentimiento, por no regularse éste en el Derecho penal, ni ser hábil en justa valoración jurídica someter ambas entidades a un mismo efecto, que llevaría a admitir una prescripción no querida por las normas. (S. 19 mayo 1967.)

61. Artículo 450. (*Adulterio*).—El delito de resultado de adulterio, como yacimiento de mujer casada con hombre que no sea su esposo, supone una adecuada y necesaria limitación a la libertad sexual, por quebrantar el deber de fidelidad conyugal concertado e impuesto, no sólo en el orden sacramental, sino también en el civil —art. 56 del Código privado—, con evidente lesión del vínculo y respeto matrimonial, de la honestidad y de la moralidad familiar, y de su esencial fundamento religioso, ético y jurídico; siendo en esta infracción, más relevante que el interés público violado, el privado conculcado, que afecta primordialmente al marido y a los hijos, por lo que se otorga a aquél como jefe de la familia el monopolio de la acción, haciéndole árbitro de la pena en el artículo 450 del Código Penal, ya que se exige, para que actúe la justicia, su acción privada, a medio del ejercicio de la querrela, como una condición objetiva de perseguibilidad, pero siempre y cuando previamente no haya consentido o perdonado —elemento negativo de la tipicidad— la traición a la fe conyugal, de forma expresa, y por tanto en manifestación externa, directa y clara de

su soberana voluntad, e incluso de manera tácita o presunta, deducida en "facta concludentia" de actos inequívocos del esposo, determinantes de aquiescencia, de aprobación de la conducta infiel, de transigencia, de tolerancia, de paciencia, de resignación acomodaticia, de condescendencia, de remisión de ofensa, o de notoria pasividad o inacción ante la vejación y ofensa menoscabadora de la dignidad familiar, que proclamen sin dudas, por tratarse de un dato de interpretación restrictiva, un estado de conciencia o íntima voluntad, en el que se aceptó libérrimamente el hecho contrario a la honestidad de la mujer legítima, en cuyos supuestos se priva al esposo de su acción y derecho a la persecución del adulterio, por su capacidad de aceptación de la afrenta, revelada por el consentimiento indudable, que en la manifestación tácita puede estar representado por la indudable tardanza o dilación en el ejercicio de la acción penal, siempre que no se deba a falta del conocimiento del hecho, o ausencia de pruebas necesarias, o a carencia de total convicción, ya que para tal fin se precisa inactividad procesal extensa, a partir de un conocimiento perfecto, que equivalga a un no hacer consciente por deseado, y que tardíamente no puede rectificarse, por no ser árbitro para revivir lo que más o menos generosamente se aceptó, y que debía ser reprobado desde su iniciación. (S. 19 mayo 1967.)

62. Artículo 452. (*Amancebamiento*).—En el delito de amancebamiento del artículo 452 del Código Penal, la Ley protege el orden sexual colectivo sobre la familia rectamente constituida y frente a la sociedad donde se produce escándalo con estas perturbaciones; en este estado el varón vive con otra mujer a modo de marido, continuamente, y cuando los actos se realizan fuera del hogar conyugal han de ser notorios, porque sólo así lesionan el bien jurídico protegido. Dos son, pues, las notas objetivas descritas en dicho precepto: la continuidad y la apariencia matrimonial de la unión del hombre y la mujer no propia, pues los yacimientos carnales, las relaciones íntimas, son reprobables, pero no confieren a la mujer la cualidad de manceba o concubina, aunque se hayan efectuado distintas veces no importa en qué tiempo; y el carácter de notoriedad si es fuera de la casa familiar, porque estos actos de convivencia cuasi conyugal sean públicos o porque hayan llegado a ser de conocimiento común. (S. 17 enero 1967.)

63. Artículo 452 bis a) (*Delitos relativos a la prostitución*).—El ejercicio por sí solo de la prostitución no es delictivo en nuestra actual vigencia y sólo genera la aplicación de una medida de seguridad dentro del ámbito de la Ley de Vagos a Maleantes. (S. 3 junio 1967.)

Del hecho escueto de que una sirvienta, aprovechando la ausencia de la dueña de la casa, facilite una habitación de la vivienda a una pareja de hombre y mujer para realizar el acto carnal, cobrando determinada cantidad, no puede concluirse la existencia de un delito de cooperación o protección de la prostitución del número 1.º del artículo 452 bis a) del Código Penal, porque, siendo la prostitución un tráfico o negocio, es preciso para llegar a la conclusión delictiva de la sentencia, que ésta declarara que la mujer era prostituta e iba allí a ejercer ese tráfico, y que también lo supiera la procesada, o que ésta se dedicara a facilitar habitaciones para ese fin. (S. 9 febrero 1967.)

64. Artículo 457 (*Injurias*).—El delito de injurias, eminentemente circunstancial, para calibrarlo ha de atenderse de modo primordial a la intención del actor, deducida en especial de su modo de proceder y de la finalidad perseguida, unido a las demás circunstancias anteriores, coetáneas e incluso posteriores, que rodean a los hechos y que sirven para explicarlos, contribuyendo a exteriorizar el estado de ánimo del agente y a poner de manifiesto la voluntad maliciosa o inocua de su acción. (S. 14 marzo 1967.)

Siendo el delito de injurias de carácter eminentemente objetivo y circunstancial, el elemento indispensable para que se produzca es el “animus injuriandi”, el propósito deliberado, frío, calculado de antemano, de agraviar con palabras o expresiones tendentes a deshonrar o menospreciar la fama o crédito de otra persona, presumiéndose el “animus injuriandi” constituyente del dolo específico siempre, mientras no se demuestre lo contrario. (S. 6 junio 1967.)

65. Artículo 487. (*Abandono de familia*).—El mero hecho del abandono no justificado ha de reputarse malicioso, según tiene declarado esta Sala, porque con él dejan de cumplirse voluntariamente los deberes de vida común, asistencia moral y demás inherentes a la vida conyugal, que, al ser impuestos por la ley —arts. 56 y 57 del C. Civ.—, su incumplimiento voluntario da contenido al delito que se examina; sin que pueda admitirse la excusa absoluta de haberse solicitado después del abandono la separación conyugal ante el Tribunal eclesiástico, olvidando que el delito quedó consumado en el momento mismo en que se abandonó el hogar conyugal sin causa justificada. (S. 15 abril 1967.)

66. Artículo 494 (*Amenazas*).—La acción de amenazar es relativa en sí y en sus efectos, pues el miedo concreto que la amenaza produce violando la libertad del sujeto pasivo es enteramente subjetivo y variable según las circunstancias e incluso el temperamento del sujeto amenazado, por lo que en cada caso debe ser ponderado de quién parte la amenaza, a quién se dirige y qué efectos puede producir en su ánimo, y si tiene la entidad suficiente, sobre todo en las condicionales, primero, para turbar la volición y después para conseguir que se realice aquello que es contrario a la voluntad del amenazado, y que no hubiese llevado a cabo sin el acicate de la amenaza; aunque preciso es reconocer que nuestro artículo 493 objetiva la acción —“el que amenazare a otro”— con independencia de que el efecto intimidativo se consiga o no; pero, no obstante, la doctrina y la jurisprudencia han exigido para reconocer la existencia del delito: a) la realidad material del peligro y del trastorno en el ánimo del sujeto pasivo; b) la eficacia de la intimidación acreditada por el cumplimiento de la condición, aunque naturalmente el hecho de que el conminado no se pliegue a las exigencias no priva de ilicitud a la amenaza inicial; c) el no ser esencial la posibilidad real de cumplimiento, cuando no se trate de una manifiesta y notoria inverosimilitud, pues la cuestión no estriba tan sólo en la realidad del mal y en sus posibilidades de ejecución abstractamente consideradas, sino en el efecto que la intimidación produzca sobre el sujeto pasivo; d) el no depender la existencia del delito de que el amenazante tuviera o no la seria intención de cumplir el mal futuro con que intimida,

pues lo que importa no es el verdadero propósito del culpable, sino las consecuencias que su amenaza produzca en el destinatario; e) la injusticia del mal, si bien en principio puede ser lícito el conminar con un mal que pueda o deba imponerse, tal conminación se convertirá en antijurídica si se condiciona su no actuación mediante precio o imposición de un hacer que ya de por sí resulte injusto. (S. 24 abril 1967.)

67. Art. 496 (*Coacciones*).—Esta clase de delito requiere un dolo específico indudable, pues no es meramente de resultado, sino típicamente intencional. (S. 1 abril 1967.)

68. Art. 500 (*Robo*).—En los delitos contra la propiedad es indispensable el ánimo de lucro del autor. (S. 23 junio 1967.)

69. Art. 510 (*Llaves falsas*).—Pueden serlo las legítimas sustraídas al propietario, comprendiéndose en tal concepto la totalidad de los medios que hagan posible su adquisición ilegal, por contrariar la voluntad expresa o tácita del propietario, tanto quitándose las, como arrebatándose las, como tomándose las, o, lo que es igual, desposeyendo de ellas a su legítimo dueño y custodio directo o indirecto, a medio de la aprehensión, producto de una voluntad contraria de apoderamiento doloso proveniente del sujeto activo, pues si las mismas se usan para tomar esos bienes jurídicos guardados, se rompe unilateral e indebidamente la relación entre la persona y la cosa, con el ejercicio de una actuación imperativa que la ley asimila a la fuerza. (S. 15 abril 1967.)

Son llaves falsas las retenidas por un vigilante de barriada que cesa en su cargo y, en vez de devolverlas a sus dueños, las retiene para servirse de ellas con fines ilícitos. (S. 10 febrero 1967.)

70. Art. 516, núm. 2 (*Hurto doméstico*).—Para la cualificación del hurto como doméstico es indiferente el mayor o menor tiempo que la sirvienta lleve en la casa, pues, por poco que sea, quedan al alcance de la admitida como complemento de la familia las cosas muebles del hogar fácilmente apropiables, que es lo que se tiene en cuenta para agravar el hurto desleal. (S. 27 febrero 1967.)

71. (*Hurto con abuso de confianza*).—La circunstancia agravante específica contenida en el núm. 2.º del artículo 516 del Código punitivo para el delito de hurto, de ser doméstico o intervenir abuso de confianza, que comprende disyuntivamente dos entidades diferentes, existirá en la segunda de sus formas siempre que la mayor culpabilidad del agente destruya la íntima relación de dependencia laboral o de otro tipo, que mantenga con el perjudicado, con base en la lealtad y la buena fe, aprovechándose de las mayores facilidades y de la ausencia o disminución de defensas, que para dar vida al propósito criminal la situación le presenta, con lesión de deberes morales y jurídicos que exijan una fidelidad inalterable. (S. 9 mayo 1967.) (Análoga doctrina en S. 25 enero 1967.)

El hecho de invitar a una persona a participar en una fiesta familiar en el domicilio de quien invita, aunque no se tenga una verdadera amistad con ella, implica confianza en su conducta y modo de proceder, pues no se admite en la intimidad de un hogar y se permite el libre acceso en las habitaciones a quien, bien por el trato directo que con él se tenga, bien por el aval

que lleva consigo la presentación hecha por cualquier familiar o amigo, no se la considere persona honorable digna de concurrir al acto y precisamente, por celebrarse este acto en un domicilio privado en donde por no estar al arbitrio de cualquiera el concurrir no hay agentes de la autoridad que custodien personas y cosas, aquéllas y éstas quedan bajo la salvaguarda del honor y confianza que inspiran los asistentes; y de ahí que cuando cualquiera de ellos, faltando a esos elementales deberes de lealtad, aprovecha las facilidades de su privilegiada situación para sustraer algo perteneciente al dueño de la casa o a otro invitado, su acción punible lleva el plus de agravación del núm. 2.º del artículo 516 del C. P. en adecuada correlación con el plus de facilidad de ejecución que encontró para cometer el delito. (S. 27 enero 1967.)

72. Arts. 519 y 520 (*Alzamiento de bienes y quiebra fraudulenta*).—El artículo 519 del C. P. admite que pueda ser cometido por comerciante y por quien no lo es, no tiene trámites judiciales anteriores mientras que la quiebra fraudulenta necesita su calificación en la pieza correspondiente y remisión de los antecedentes necesarios al Juzgado de Instrucción, para el alzamiento basta con la desaparición de los bienes y la denuncia mientras que la quiebra supone además de ser comerciante la inexistencia total y parcial de bienes y estar comprendida en alguno o algunos de los casos que establece el artículo 890 del C. Com., que en su núm. 1.º señala alzarse con todo o parte de sus bienes. (S. 4 abril 1967.)

Sólo en el seguimiento del juicio universal de quiebra, si realmente existe la insolvencia sobrevenida, puede determinarse el activo y pasivo de los deudores, y calificar, con plenitud de elementos de juicio, si su actuación fue fraudulenta, culposa o fortuita; siendo sabido que sin esta previa declaración, verdadero óbice de procedibilidad, los tribunales penales no pueden entrar a decidir si la actuación de los inculpados podría incluirse en la tipificación prevista en los artículos 520 y 521 del Código penal. (S. 17 junio 1967.)

73. Art. 529 (*Estafa*).—El engaño con resonancia penal es fingimiento, apariencia artera creada para determinar al sujeto pasivo a que realice un acto dispositivo con perjuicio de su patrimonio, viciado su consentimiento porque está deformada su representación a causa de los artificios del agente. (S. 17 febrero 1967.)

El engaño, base y esencia de la estafa, tiene que ser anterior o coetáneo y concurrente con el desplazamiento patrimonial defraudatorio. (S. 17 junio 1967.)

No existe este delito si no aparece engaño de ninguna clase que constituya una infracción superior al incumplimiento de un contrato, que, pudiendo ser constitutivo de una informalidad en el orden civil o mercantil, no lleva unido el dolo que pueda convertirlo en delito. (S. 13 mayo 1967.)

Es doctrina reiterada de esta Sala que, bajo la apariencia de un negocio jurídico civil o mercantil lícito, puede ocultarse una acción delictiva, si con la tipicidad concurren los demás factores exigidos por la Ley penal para la represión de la conducta del reo, como ocurre en el presente caso, en que bajo la apariencia de un contrato de compraventa mercantil subyace la

figura de la estafa propiamente dicha, caracterizada por la conducta dolosa y engañosa (simulación de una solvencia inexistente, más expedición y entrega de dos cheques a sabiendas de la falta de provisión de fondos), que causó un error en el dueño del vehículo acerca de la solvencia del procesado, error que, a su vez, fue causa del acto de disposición patrimonial realizado por aquél (transmisión de la propiedad del camión) y, en definitiva, del perjuicio sufrido por el mismo y del lucro perseguido por el encausado. (S. 31 enero 1967.)

Lo característico de la estafa y su modo usual de comisión es que un ardido engañoso determina la aceptación de un negocio por el que al fin resulte perjudicado por el mismo, consistiendo la principal en un modo de obrar, pero no hay que excluir aquellas formas de actuación del agente que consiste en maniobras, que por motivos racionales o fundados induzcan al sujeto pasivo a incurrir en un error que luego le produzca perjuicios, según tiene establecido esta Sala en resoluciones de 11 junio 1935 y 21 junio 1952, y más recientemente la de 12 mayo 1966 en relación con lo establecido en el aparentamiento de solvencia en los casos de utilización de hoteles y casas de comidas. (S. 5 abril 1967.)

No es cierto que, al ser la falsedad medio para cometer la estafa, aquélla quede subsumida en ésta y deba pensarse un sólo delito, porque desaparecida de nuestro ordenamiento penal vigente la figura jurídica de la falsedad con lucro, la falsificación de documentos adquiere sustantividad propia y entra como delito en el campo de la punición al crearse el documento falso, según viene declarando esta Sala, con independencia del delito que después pueda cometerse con el uso del referido documento. (S. 16 mayo 1967.)

La estafa y la falsedad son dos infracciones autónomas por su respectivo bien jurídico atacado, la propiedad del vendedor y la seguridad en el tráfico mercantil, por la voluntad expresada de defraudar en la primera y la de alterar la verdad en la segunda, aunque con fin mediato posterior coincidente, delitos independientes que se relacionan como medio necesario, pues era la forma de pago, con el fin de defraudar mediante la falsedad; situación concursal bien resuelta por la Audiencia con el empleo del artículo 71 del C. P., porque al acto dispositivo del vendedor precedió el engaño con el fingimiento de nombre y siguieron las letras de cambio posteriores instrumentos para el pago, actos distintos en el mismo hecho donde el engaño cambiario no se identifica con el del negocio mercantil, causa de la posible absorción, con dolo diverso, aunque concurrieran en el fin defraudatorio. (S. 30 enero 1967.)

74. Art. 532 (*Defraudaciones*).—Integran el delito del párrafo 2.º del artículo 532 del C. P.: la existencia de un contrato simulado; que ello ocasione un perjuicio a otra persona, es decir, a un tercero que no intervino en el contrato, y que el mencionado perjuicio sea conocido de modo cierto y positivo, aunque su cuantía, por falta de datos para su fijación exacta, se hubiese tenido que determinar por el Tribunal sentenciador en cantidad señalada a su prudente arbitrio. (S. 24 enero 1967.)

75. Art. 535 (*Apropiación indebida*).—Reiteradamente tiene declarado esta Sala, que la diferencia entre el delito de hurto y el de apropiación indebida consiste en que en el hurto, el culpable toma o sustrae las cosas muebles aje-

nas con ánimo de lucro, y sin la voluntad de su dueño, y en la apropiación indebida, recibe la cosa que hace suya de su legítimo dueño en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negare haberla recibido, que son los supuestos que contempla el artículo 535 de la Ley Sustantiva Penal. (S. 16 enero 1967.)

76. Art. 535 bis (*Cheque en descubierto*).—Este nuevo delito, predominantemente formal, que tiende a proteger penalmente la utilización del cheque como documento liberatorio de obligaciones de pago, se comete al dar en pago dicho documento a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no había en poder del librado provisión de fondos para hacerlo efectivo, sin distinguir cuál sea ese momento, y, por tanto, cualquiera que fuese el fijado para hacerlo efectivo, con tal que el librador sepa que entonces no tenía en la cuenta corriente numerario para que sea pagado, precisándose, por tanto, para la comisión del delito tres requisitos: que el cheque o talón de cuenta corriente se entregue en pago de una deuda u obligación preexistente y como medio liberatorio de la misma, que no existan fondos en la cuenta el día que deba ser pagado, y que esta circunstancia la conozca el librador al hacer entrega del documento. (S. 28 abril 1967.)

77. Art. 540 (*Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*).—En el arrendamiento de viviendas queda cubierto el riesgo en los pagos de alquileres por la garantía autorizada, y cualquiera cantidad percibida sobre el precio de locación que no represente aquel concepto de seguridad adquiere el de prima, porque es beneficio ilícito que altera el precio. (S. 19 enero 1967.)

Para incurrir en el artículo 1.º de la Ley de 27 abril 1946 no es menester arrendar, subarrendar o traspasar una vivienda; basta de cualquier otro modo ceder su uso, cobrando en concepto de prima una cantidad. (S. 29 mayo 1967.)

78. Art. 542 (*Usura*).—En este tipo penal no se enjuicia un hecho, sino una serie de hechos análogos que engendran el hábito o modo de ser del sujeto en su relación con la forma de facilitar dinero a otros. (S. 14 abril 1967.)

79. Art. 543 (*Usura*).—La circunstancia de que varios préstamos usurarios sean perseguidos en un solo sumario y que sean agrupados, por su continuidad antijurídica, en una sola figura delictiva, la del artículo 542 del C. P., que atiende para la sanción a la habitualidad del agente, no impide que, si alguno de esos hechos, que se engloban para componer ese "sui generis" delito continuado de usura, tuviese entidad suficiente para engendrar el delito de usura encubierta tipificado en el artículo 543 del mismo Código, no pueda separarse de aquel conglomerado y, reconociéndole, como en realidad la tiene, vida propia e independiente, castigarlo con separación de aquéllos; pues ha de tenerse en cuenta que en el delito de usura habitual y, digámoslo así, en cierto modo practicado al descubierto, se sanciona la permanencia y continuidad en la usura, ya que un solo caso puede tener fácil arreglo en la vía civil con las sanciones, prevenciones y cautelas para el futuro que la ley especial establece; y en la usura encubierta se castiga la falacia y maldad del agente que trata de evitar se descubra su actividad delictiva, tapándola

con la apariencia de un contrato que, al propio tiempo, le asegure también sus abusivas ganancias. (S. 30 enero 1967.)

Para encubrir un contrato usurario de préstamo con otro, éste ha de ser de tal naturaleza que obligue a devolver la cantidad recibida con el incremento excesivo, como en la compraventa simulada con el pacto de que, pasado cierto plazo, el deudor deberá volver a adquirir la misma cosa por el precio supuesto. (S. 26 enero 1967.)

80. Art. 546 bis a) (*Receptación*).—Si bien, no jugando la cuantía para la comisión y existencia del delito, es indiferente que el acusado conociera si lo sustraído valía más o menos, como tampoco trasciende la cuantía de lo adquirido, pues el delito, que impropriamente se encubre por la figura de la receptación, es el realizado con la sustracción de los bienes, delito que no puede ser dividido para ponderar respecto al receptor sólo el valor de lo recibido por éste, pues la razón teleológica de esta figura autónoma es, sin duda, sancionar la adquisición en propio provecho y beneficio, de bienes sustraídos. Por el contrario, la cuantía de lo sustraído y la calificación de robo o hurto es trascendente al efecto de determinar el encuadramiento que merezca el delito principal, cuya pena señalada al tipo delictivo por sí, con independencia de las circunstancias de su autor, no puede ser excedida en la aplicable al receptor en ningún caso. Según reiterada doctrina de esta Sala, la radical expresión del párrafo 2.º del artículo 546 bis a), “en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto”, obliga imperativamente a que la pena no supere a la correspondiente en toda su extensión al delito principal, sin que entre en juego, por consiguiente, la agravante de multirreincidencia, en cuanto supusiera que por la regla 6.ª del artículo 61 se excediera la pena señalada al delito encubierto. (S. 17 abril 1967.) (Análoga doctrina en S. 4 marzo 1967.)

81. Art. 564 (*Delitos contra la propiedad entre parientes*).—El artículo 564 sólo libera de responsabilidad penal a los familiares y por los delitos que en él se mencionan sin ánimo de lucro o de daño en contra de tercero, o sea, cuando se tenga el convencimiento de que el familiar de que se trate, por su voluntad presumible y por su clara solvencia, asumirá eficazmente la responsabilidad civil. (S. 27 enero 1967.)

82. Art. 565 (*Imprudencia*).—Inadmitida en nuestro Derecho la concepción de la imprudencia como “delito autónomo”, no hay error en calificar el delito como de homicidio y daños por imprudencia, con mejor técnica que calificarlo de delito de imprudencia del que resultaron homicidio y daños, pues, careciendo la imprudencia punible de sustancia propia, hay que inferirla siempre al delito doloso (\*). (S. 16 mayo 1967.)

En los delitos culposos, no es preciso que el agente haya realizado una actividad que directamente desencadenase el mal causado, sino que es suficiente para su punición que, por descuido, negligencia o falta de atención, deje de observar las precauciones a que esté obligado en el desempeño de su cometido. (S. 17 febrero 1967.)

La infracción culposa es imputable en los casos previstos por la Ley, en que se realiza un acto típicamente antijurídico, sin dolo, pero como consecuen-

(\*) Véase, en cambio, S. 26 mayo 1967, en párrafo 92.

cia de una conducta más o menos negligente en prever, prevenir o evitar las dañosas consecuencias que de la acción puedan devenir; aunque pierde mucho terreno la tradicional exigencia de que el acto inicial voluntario fuese lícito, y gana adeptos la posición de que el acto voluntario es también anti-jurídico, ya que de otra forma no tendrían adecuado encaje los delitos culposos de peligro, y no se podría incriminar ni tan siquiera por imprudencia a quien en principio actuase lícitamente. (S. 12 abril 1967.)

Para graduar la importancia de la culpa, es módulo obligado la mayor o menor entidad del peligro que se crea con la voluntaria conducta, la cual será gravemente culposa cuando el riesgo es inminente y ante él no se adoptan las mínimas precauciones. (S. 26 mayo 1967.)

El encuadramiento del acto imprudente en determinado grado de imprudencia no puede hacerse en consideración a que haya sido o no infringido un precepto reglamentario, que casi siempre resulta vulnerado en cualquier acto de aquella naturaleza, sino en la intensidad de la falta de precaución observada en el momento de obrar el agente, viniendo a ser, como se tiene dicho por esta Sala, una valoración cuantitativa del acto humano en relación con las medidas que deben adoptarse para no dañar a los demás en sus personas o cosas. (S. 2 junio 1967.)

El signo diferencial y sutil, entre la imprudencia temeraria y la simple antirreglamentaria, en las que como elementos comunes se dan la voluntariedad no maliciosa, el evento lesivo y la adecuada relación de causalidad, se encuentra en lo cualitativo y no en lo cuantitativo, por referirse a la infracción del deber de cuidado exigido con la más amplia o más estricta intensidad de la cautela o preocupación dejada de guardar por el agente, y, en definitiva, de la culpa, y cuya línea divisoria está encomendada establecer al ponderado arbitrio judicial, ante su relativismo y circunstanciabilidad subjetiva y objetiva, siendo el órgano jurisdiccional quien decidirá qué figura de aquéllas es la procedente en cada caso concreto, a medio del reproche de culpabilidad que la conducta merezca, en juicio de valor que le otorgue mayor o menor alcance. (S. 29 abril 1967.)

A todo hombre, en el desarrollo de su libertad, limitada por la de los demás, para que la coexistencia social, con su juego de límites, sea posible, se le exige ante cada circunstancia vital presente no causar lesión voluntaria a los otros, realizando la conducta obligada legal, reglamentaria o racionalmente, y dando efectividad al deber de cuidado que concretamente le sea exigible en adecuada cautela precautoria, que evite la antijuridicidad de su hacer o no actuar, por lo que incumplirá esta necesaria y obligada forma de conducta social, e incurrirá en imprudencia temeraria, que es la forma más grave de la culpa, si omite espiritualmente las precauciones, cuidados y diligencias exigidas por las circunstancias del momento, al dejar de tomar irreflexivamente medidas de cautela que el hombre normal y medio adoptaría en su actuar, y que son la causa de que se genere una situación de gravísimo peligro, que lleve al evento o mutación del mundo exterior, con daño de valores vitales o materiales, que podían fácilmente ser previstos, no siéndolo indebidamente, y que no fueran queridos ni deseados realizar. (S. 6 mayo 1967.)

No es por sí misma la cualidad personal de profesionalidad determinante de la agravación descrita en el segundo inciso del párrafo 5.º en el artículo 565 del C. P., sino la impericia o negligencia de aquella índole, mostrada en la concreta acción u omisión donde la falta de destreza y del cuidado exigibles se manifiestan en la inexperta maniobra o en la desatención más culpable en quienes se ha confiado por modo más explícito la seguridad general. (S. 9 marzo 1967.)

Es supuesto constante para el tránsito rodado la solicitud de los conductores en la conservación y mantenimiento de los vehículos en las condiciones exigidas por el Código de la Circulación y ante las incidencias del tráfico; cualquier omisión en sus cautelas crea situaciones peligrosas de variada gravedad que el agente acepta con su conducta ilícita. (S. 11 marzo 1967.)

Mientras no existan vías respectiva y exclusivamente destinadas a peatones y a vehículos de motor mecánico, y se dé, por el contrario, la concurrencia de uso entre unos y otros, será preciso que los conductores, por razones obvias de convivencia social, lo verifiquen conjugando armónicamente los principios de *confianza* y *defensa*, esto es, suponiendo y esperando que los usuarios de las vías cumplirán sus respectivos deberes en la circulación, pero aprestados también a defender su propia vida e integridad y la de otros concurrentes en el tránsito viario, si, como por desgracia ocurre, peatones y conductores olvidan frecuentemente las reglas del juego circulatorio y sin olvidar tampoco que también niños, enfermos, ebrios, ciegos, impedidos y la gran masa de oligofrénicos e inconscientes circulan muchas veces con olvido de todo cuidado y atención, sin que por ello tenga justificación ni disculpa que quienes conducen vehículos prepotentes y de notoria peligrosidad deban desentenderse de las situaciones de emergencia en el tráfico, aunque no las hubieren provocado, ni fueran en principio culpables de las mismas, pues la culpa ajena no legitima la propia y no debe preponderar la ley del más fuerte en las controversias circulatorias frente a los desmanes o errores del más débil. A esta concepción proteccionista, piadosa y francamente cristiana responde, a pesar de sus imperfecciones, el artículo 17 del vigente C. Cir., que impone al conductor el control en todo momento de la conducción de su vehículo y la obligación de adoptar en cualquier supuesto de emergencia las precauciones necesarias para evitar el daño propio y de los restantes utilizadores de las vías públicas, sin que, como reiteradamente ha declarado la doctrina de esta Sala, pueda compensarse la culpa de la víctima con el imprudente actuar de los conductores causantes inmediatos del daño. (S. 2 junio 1967.)

Si bien es cierto, con arreglo al principio de la confianza en la normalidad del tráfico, que presupone la creencia en el conductor de un vehículo de motor, que los demás usuarios respetarán las normas reglamentarias de la circulación, que puede aquél esperar que, al cruzarse en la carretera en horas de noche con otro vehículo que camine en contraria dirección, el conductor de éste procederá a dar la luz de cruce que determina el artículo 146 del C. Cir. en evitación del ordinario deslumbramiento, con sus efectos personales de eliminación o alteración momentánea de la visión, originada por

el haz luminoso potente de los focos de proyección intensa y extensa, y los relativos a la circulación de un avance por zona de oscuridad a ciegas, en situación de auténtico y grave peligro por no percibirse los objetos situados en ella, también lo es que, ante la frecuencia con que por desgracia esta infracción reglamentaria se produce en el tráfico corriente, y la causación del deslumbramiento se efectúa, todo conductor debe preverla como muy posible, reduciendo ante todo cruce inicialmente la marcha y luego cumplir a rajatabla la exigencia que establece juiciosa, precautoria e imperativamente el artículo 147, ap. c) de tal cuerpo especial. (S. 22 mayo 1967.)

El artículo 25 d) del Código de la Circulación concede el paso preferente a los vehículos que caminen por su lado derecho, en el encuentro de vías públicas, urbanas e interurbanas, pero, cuando aquélla por la que transitaba el recurrente no goza de esta condición al tratarse de un camino particular o privado, carece de este privilegio, según ha manifestado con harta reiteración la doctrina de esta Sala, en sentencias, entre otras, de 5 marzo 1959, 29 mayo y 25 noviembre 1961, 1 y 18 abril y 9 octubre 1963, 23 mayo y 25 noviembre 1964, máxime si no existía señalización alguna que le concediera prevalencia en el avance, según el ap. e) de dicha norma, y además no se anunciara en la carretera su existencia, ya que también esta Sala, para todo supuesto, viene sosteniendo que el derecho de paso no es absoluto para el conductor que se aproxime por la derecha de otro, pues decae según la naturaleza de la vía por la que se avance, teniendo siempre naturaleza de principal y preferente las carreteras sobre los caminos que no son vías públicas, aun no existiendo señalización adecuada. (S. 24 mayo 1967.)

Esta Sala, entre otras, en sus resoluciones de 21 mayo 1949, 3 marzo 1951, 9 marzo 1955, 31 octubre 1958, 25 noviembre 1965, 14 junio, 4, 7 y 26 octubre y 26 diciembre 1966 y 4 febrero y 24 abril 1967, ha calificado siempre como temeraria la conducción de vehículo de motor por persona en estado de somnolencia o dormido, por la propia entidad cualitativa grave del actuar, por el peligro cierto que supone la conducta generadora del evento, por su frecuentísima causación de daños extraordinarios, por la previsión consciente del resultado que no se quiere, y por la falta subjetiva de omisión de diligencia de gran alcance que representan las cautelas dejadas de observar, en la infracción de un categórico deber de cuidado exigido. (S. 26 mayo 1967.)

Si bien en las maniobras de adelantamiento en carretera han de utilizarse las señales acústicas cuando racionalmente pueda preverse peligro de atropello o colisión, este peligro ciertamente cuando el vehículo al que se pretende adelantar posee solamente dos ruedas, cuya trayectoria de marcha no suele ser perfectamente recta, antes, al contrario, con frecuentes oscilaciones bastante acusadas, más aun si es ocupada por el conductor y por un pasajero. (S. 16 junio 1967.)

No es cierto que el arquitecto director de una obra pueda desentenderse en absoluto de detalles, como el de las mezclas de elementos constructivos, que afectan a algo anejo a la labor de la dirección superior técnica, como manifiesta la S. 24 octubre 1966. (S. 2 febrero 1967.)

En la Reglamentación de Trabajo en la Construcción de 11 abril 1946, posteriormente modificada por OO. 8 febrero 1951 y 3 junio 1966, se establecía

ya que el arquitecto director tiene a su cargo la responsabilidad de los trabajos, función que se ha desenvuelto en la jurisprudencia de esta Sala, donde se ha llegado a declarar que por ser el arquitecto el director de la obra no puede confiarla a la pericia y diligencia del aparejador, o a la mayor o menor práctica del constructor, sino que ha de dar su visto bueno a la parte de obra realizada cuando pueda ser ya peligrosa, puesto que el cumplimiento de esta obligación puede poner de manifiesto los errores cometidos, y el no hacerlo así revela imprudencia temeraria—S. 22 octubre 1964—, manteniendo la S. 16 noviembre 1960 que la falta de diligencia en la vigilancia de la obra, que es de absoluta exigencia a todo profesional, aun al menos cuidadoso, constituye la base de la culpa para evitar resultados lesivos para los que bastaba, no ya una asiduidad extraordinaria, sino una normal atención a los trabajos cuya dirección le estaba encomendada. (S. 16 mayo 1967.)

Es criterio reiteradamente mantenido por esta Sala que tanto los daños como el incendio, al igual que dolosamente, pueden ser cometidos en forma culposa. (S. 19 junio 1967.)

En infracciones culposas, cualquiera que sea el número de los lesionados por el delito, el legislador impone siempre una sola pena. (S. 22 febrero 1967.)

83. Art. 587, núm. 3 (*Falta de apropiación indebida*).—En las infracciones contra la propiedad, en que la pena viene legalmente establecida por el importe de lo defraudado, cuando se da una situación de cuantía indeterminada, lo que procede es, como ha establecido el Tribunal Supremo, aplicar la pena correspondiente a la cuantía mínima económica, es decir, a la falta en virtud del principio *pro reo*: véase SS. 9 julio 1934, 16 enero 1940 y 20 mayo 1946, entre otras. (S. 25 abril 1967.)

#### LEY DE 16 DE MAYO DE 1902 (PROPIEDAD INDUSTRIAL)

84. Art. 134 (*Usurpación de marca*).—Los hechos comprendidos en los artículos 134 y 136 de la Ley de 16 de mayo de 1902 deben reunir los requisitos de identidad o parecido que induzcan a confusión o error, y ánimo de lucro y deseo de perjudicar. (S. 20 marzo 1967.) (Análogo doctrina en S. 30 mayo 1967.)

#### LEY DE 4 DE AGOSTO DE 1933 (VAGOS Y MALEANTES)

85. La Ley de Vagos y Maleantes no es propiamente una ley penal en cuanto no impone penas sino medidas de seguridad, y sus preceptos sustantivos tampoco han de tenerse presentes en la aplicación de la ley penal... La peligrosidad social de una persona como propensa a delinquir depende de su conducta global o estilo de vida, sometidos para su enjuiciamiento al prudente arbitrio judicial que queda al margen del recurso extraordinario de casación. (S. 24 febrero 1967.)

Cfr. § 63.

#### LEY DE 27 DE ABRIL DE 1946 (PRIMAS POR ARRIENDO)

86. Cfr. § 77.

**LEY DE 9 DE MAYO DE 1950 (AUTOMOVILES)**

87. Art. 1. (*Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*).—El delito del artículo 1.º de la L. 9 mayo 1950 es de los llamados de peligro y no precisa, por tanto, para su comisión que se produzca ningún resultado dañoso, porque en este caso surgiría un nuevo delito que absorbería al primero, según viene declarando esta Sala, y se llegaría con tal doctrina a hacer ilusorias las previsiones de la Ley si no se pudiese castigar la conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas cuando el conductor no atropelle a alguien o cometa cualquier evento punible. (S. 23 enero 1967.)

Conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas es un delito de peligro, y cuando de este peligro se pasa a concretos resultados dañosos por la imprudencia manifiesta que significa conducir en tales condiciones, el delito de peligro se ha convertido en un delito de resultado, pero sin que ello obste a que hasta entonces se haya estado cometiendo un injusto penal peligroso; existen, pues, dos delitos: uno anterior de peligro y otro posterior de resultado constitutivo de imprudencia temeraria. (S. 28 junio 1967.)

88. Art. 3 (*Conducción sin habilitación legal*).—Conducir con permiso caducado no susceptible de renovación equivale a carecer de él, ya que los Decretos reguladores así lo disponen expresamente al decir que tales permisos pierden automáticamente su validez, considerándose nulos, no pudiéndose por ello hablar de capacidad o aptitud técnica del conductor, por tratarse de un delito formal que se cometió al conducir sin poseer la correspondiente autorización administrativa, sea cualquiera la pericia que se posea; y únicamente la ausencia de dolo por la creencia racional de la validez del permiso poseído o de su posible renovación es lo que ha llevado en algunas ocasiones a esta Sala a declarar la no existencia de delito. (S. 2 marzo 1967.)

Conducir en 8 de agosto de 1964 con permiso caducado en 11 de noviembre de 1960, sin revalidar dentro del plazo concedido por el Decreto de 25 de diciembre de 1957 y cerrado ya el plazo de revisión, envuelve culpabilidad en el acusado, porque el dolo propio de este delito de mera actividad es la voluntad de realizar el acto prohibido, sin que pueda apreciarse error en quien anteriormente obtuvo permiso y presenta como tal el caducado, ni una creencia razonada de estar dentro de la regla o tener el propósito de procurarlo, sino más bien menosprecio a lo mandado, transcurrido tanto tiempo. (S. 14 febrero 1967.)

Se mantiene polémica interpretativa alrededor del término incorrecto de "peso en carga", situación de derecho que favorece al procesado en cuanto a la creencia razonable de su habilitación al conducir con permiso de segunda clase, y que ha sido resuelta en su beneficio por el Decreto de 20 mayo 1965, en el cual se utiliza el concepto más propio y castellano de "carga autorizada", modificado el supuesto de hecho con la validez del permiso de segunda para conducir vehículos de la categoría B, legislación ahora aplicable por el artículo 24 del Código Penal. (S. 25 abril 1967.)

89. Art. 9 (*Hurto de uso*).—El delito de hurto de uso, que en doctrina puede concebirse con relación a las cosas muebles ajenas en general, en la

legalidad vigente sólo está establecido para los vehículos de motor de ajena pertenencia, y ha de servir de guía al juzgador para establecer la línea divisoria entre esta especial figura delictiva y el hurto tradicional y clásico, la intención del delincuente, que en éste se extiende a hacer suyo de modo definitivo el vehículo, incorporándolo a su patrimonio, y en aquél la propia voluntad del reo limita el alcance del apoderamiento y la utilización temporal del mismo, sin deseo alguno de hacerlo propio, limitación que se exterioriza, entre otras manifestaciones, por el deseo de no causar otro perjuicio al propietario que el derivado de privarle de su uso durante el equivalente de tiempo por el que fue utilizado, y por ello, o lo deja después de usarlo en el mismo sitio en que lo encontró o procura abandonarlo en lugar o de forma y en condiciones de que inmediatamente y con facilidad sea recuperado por su dueño; pues, en caso de que transcurra un lapso de tiempo prudencialmente excesivo desde el apoderamiento a la recuperación, es indudable que la intención del agente abarcó más que el simple uso temporal de la cosa, y ha de calificarse de hurto del artículo 514 del Código Penal, ya que hubo ánimo de lucro y apoderamiento de cosa mueble ajena, con el consiguiente perjuicio, superior al de su uso por el agente, para el propietario, y riesgo de perderlo definitivamente, cuyo riesgo no debe atribuirse al dueño, con cuya voluntad no se contó y se contrarió; y todo lo dicho puede condensarse en lo siguiente: para apreciar el delito especial debe quedar de modo patente y claro, sin género alguno de duda, la limitada intención del agente al uso del vehículo, temporal y breve, sin riesgo de pérdida, ni mayor perjuicio para el propietario que la de su equivalente privación de uso, pues el apoderarse de algo y, sobre todo, la prolongación del uso en el tiempo, descubre otras intenciones más amplias, relativas a propiedad, de la que también se lucra con su utilización, sin necesidad de venta total o parcial, e incompatibles con el simple uso. (S. 10 abril 1967.)

En los delitos de "*furtum rei*" o común y "*furtum usus*" de vehículos de motor se produce una relación de transferencia patrimonial de bienes, recíproca y equivalente, graduada por la voluntad del agente criminal beneficiado, en acto de autoridad propia antijurídica, que padece el sujeto pasivo propietario; pero se diferencian ambas figuras por la dimensión cuantitativa y cualitativa de la transmisión y ataque a los derechos dominicales o posesorios, pues, mientras en el hurto ordinario el "*animus apropiandi*" es definitivo y se traduce en un deseo efectivo del agente de desposesión permanente, con pleno disfrute de la ventaja económica perseguida, en la total dimensión utilitaria y peculiar del vehículo, y con pérdida correlativa del efectivo dominio por el sujeto activo, en el hurto de uso, como delito de lesión menor, se le desposee sólo de la "*facultas utendi*" del vehículo para un disfrute temporal, limitado o momentáneo por el sustractor, que lo retiene en sencillo goce de usufructo, pero con marcada ausencia de intención de apropiárselo, al tenerse la indudable de restitución luego del uso transitorio. La difícil demostración del elemento psíquico o ideal que precise lo que el delincuente ha deseado al actuar, si "*utilizar*" o "*tomar*" el vehículo de motor, por pertenecer a la intimidad personal, generalmente impenetrable de forma directa, hace que

deba recurrirse a los factores anteriores, coetáneos y posteriores de los que deducirla, uniendo a estos medios de investigación la presunción previa y "iuris tatum" de ánimo de apropiación total ante la sustracción, con la consecuencia de que se invierta la justificación, haciéndola recaer sobre el que alegue la intención de simple uso con deseo restitutorio por ser lo corriente en la vida real el apoderamiento definitivo. (S. 26 abril 1967.)

La norma punitiva contenida en el artículo 9.º de la Ley de 9 mayo 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor, que tipifica el denominado delito de hurto de uso de tales vehículos, definiendo que incurre en él quien utiliza un automóvil ajeno sin la debida autorización o sin causa lícita, ha de entenderse abarca tanto a quien lo conduce como a aquel que bajo la conducción de otro se desplaza en el móvil plenamente consciente de que pertenece a un tercero y de la inexistencia de autorización del titular o de la causa que legitime la acción, porque la Ley especial referida, al definir otras figuras delictivas alude en concreto al "conductor", mientras que en la presente remite simplemente a la "utilización" del vehículo automóvil, y es de toda evidencia que el pasajero o acompañante participa de modo personal y directo en este uso que la Ley sanciona, habiéndolo entendido así este Tribunal, entre otras, SS. de 17 enero y 6 junio 1966. (S. 18 abril 1967.)

Cuando haya que aplicarse el artículo 9 de la Ley del Automóvil de 9 mayo 1950 al conductor habitual de vehículo ajeno, una vez formulada previa denuncia por el perjudicado, requisito necesario de perseguibilidad, los Tribunales han de discernir si la utilización del vehículo ajeno por su conductor habitual se hizo por éste en su propio beneficio o cediéndolo o compartiéndolo con otra u otras personas, que pueden quedar implicadas en la infracción, o si el uso del vehículo consistió en la prolongación o variación del servicio que el conductor habitual tenía encomendado por su patrón y prestado en beneficio de éste sin ninguno para el conductor distinto del que tenga asignado; el primer supuesto es delictivo, sancionado en el precitado artículo 9 en relación con el 11, y el segundo se sale del campo penal y puede constituir extralimitación de obligaciones laborales o desobediencia a mandatos de esta índole, cuyo análisis es ajeno a esta jurisdicción. (S. 19 mayo 1967.)

90. Art. 12. (*Quebrantamiento de condena*).—El delito de quebrantamiento de condena, descrito en el párrafo 2.º del artículo 12 de la Ley del Automóvil de 9 mayo 1950, embebe en su contenido el de conducir sin carnet, que contempla el artículo 3.º de la propia Ley, por la potísima razón de que no puede quebrantarse la sanción de privación del carnet de conducir, que en realidad consiste en la prohibición de conducir durante cierto tiempo o por siempre, sin el hecho mismo de conducir, único medio de romper la prohibición. Cada vez que se conduce un vehículo de motor durante el lapso de tiempo de privación del carnet oficial, acordada por sanción judicial, se comete un delito perfecto y consumado de quebrantamiento de condena, definido en dicho precepto, pues en cada ocasión se exterioriza el desacato al fallo del Tribunal. (S. 10 junio 1967.)

**LEY DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962 (VEHICULOS DE MOTOR)**

91. (Vigencia). Cfr. § 26.

92. Art. 1 (*Conducción temeraria*).—Al principio del crimen de culpa, la imprudencia como figura penal con nombre propio de derecho, concepto admitido por parte de resoluciones y doctrina, dada la gran apertura del artículo 565 del Código Penal, en lugar de considerar lo culposo como especie positiva de la culpabilidad, la imprudencia modo ejecutivo y su consecuencia los delitos culposos por imprudencia, se opone la contextura de la Ley especial de 24 diciembre 1962, pues se refiere en el artículo 1.º a determinadas conductas que responden al conducir con temeridad manifiesta y peligro concreto e inminente o a la conducción descuidada e infracción reglamentaria, aunque las lesiones sean leves. (S. 26 mayo 1967.)

93. Art. 10 (*Hurto de uso*).—La Sala sentenciadora incidió en error claramente apreciable al calificar como hurto de uso el apoderamiento de un vehículo con el propósito de aprovecharse de él, esto es, de lucrarse, hecho que tuvo lugar en la noche del 27 al 28 de abril de 1965, y cuyo vehículo no se abandonó, sino que fue ocupado por la fuerza pública el 6 de mayo del mismo año. (S. 15 junio 1967.)

El delito de hurto de uso del artículo 10, cualificado en su párrafo 3.º por el empleo del vehículo para cometer un delito, se consuma tanto si el delito intentado llega a realizarse como si no llegan a cumplirse todos o alguno de los proyectos criminosos, bastando que la finalidad propuesta al producirse el apoderamiento sea la utilización para fines delictivos o facilitar la impunidad de los delitos ya cometidos. (S. 15 junio 1967.)

# Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo)

Primer cuatrimestre de 1968

FERNANDO GISBERT CALABUIG  
Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A. Fuentes del Derecho procesal penal: *a*) Jurisprudencia: Labor creadora. *b*) Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo. B. Principios del proceso penal: *a*) Principio acusatorio. *b*) Principio "non bis in idem".—II. PARTE GENERAL: 1. Órgano jurisdiccional. A. Jurisdicción: *a*) Delimitación con la jurisdicción militar. *b*) Prejudicialidad civil y penal. B. Criterios de competencia: En delitos conexos. C. Cuestión de competencia entre Juzgados de instrucción. 2. Partes: A. Conducta procesal de ocultación de la verdad. B. Litisconsorcio pasivo necesario en causa por adulterio. C. Responsabilidad civil. 3. Objeto del proceso: En caso de delitos privados. 4. El proceso penal "stricto sensu": A. Procedimiento preliminar: Ofrecimiento de acciones a la ofendida. B. Pruebas: *a*) Testifical: *a'*) Excusa del deber de comparecer. *b'*) Procedimiento en caso de falso testimonio. *b*) Careo: Su denegación no es materia de casación. *c*) Pericia: proposición defectuosa. C. Planteamiento de las cuestiones prejudiciales. D. Artículos de previo pronunciamiento: Prescripción. E. Crisis procesales: *a*) Carácter especial. *b*) Nulidad de actuaciones: No cabe. *c*) Suspensión de la vista del juicio oral. F. Terminación del proceso: *a*) Doctrina sobre los hechos probados. *b*) Indemnización de perjuicios. *c*) Fijación de cuotas por daños civiles. *d*) Pronunciamiento sobre costas. 5. Impugnación del proceso: Recurso de casación. A. Legitimación para recurrir. B. Casación por infracción de Ley: *a*) Al amparo del número 1.º del artículo 849: Citación del precepto infringido. *b*) Invocación del principio "in dubio pro reo". *c*) No cabe la infracción de doctrina legal. *d*) Al amparo del número 2.º del artículo 849: Documento auténtico. C. Casación por quebrantamiento de forma: Motivación: *a*) Al amparo del número 1.º del artículo 850: Denegación de diligencias probatorias. *b*) Falta de claridad de los hechos probados (artículo 851, núm. 1.º, inciso 1.º). *c*) Contradicción entre los hechos probados art. 851, núm. 1.º, inciso 2.º). *d*) Predeterminación del fallo (art. 851, núm. 1.º, inciso 3.º). *e*) Falta de relación de hechos probados (art. 851, núm. 2.º). *f*) No resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851, núm. 3.º). *g*) Punición por un delito más grave que el acusado (art. 851, núm. 4.º). D. Régimen general de la casación: *a*) Imposibilidad de aportar testimonio de la sentencia recurrida. *b*) Inadmisión de cuestiones nuevas. *c*) Aplicación del artículo 902 de la LECrim.—III. PARTE ESPECIAL: Procedimiento de urgencia: Interpretación del artículo 798 de la LECrim.

## I. INTRODUCCION

A) *Fuentes del Derecho procesal penal*: a) *Jurisprudencia: Labor creadora*: Necesario es reconocer que la parquedad normativa de las cuestiones prejudiciales en nuestra Ley deja omitida la solución de una serie de cuestiones en la materia del trámite aplicable. Estas cuestiones han debido ser resueltas ante su imprevisión legal, por medio de auténticas "creaciones judiciales". (Sentencia 4 abril 1968.)

b) *Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo*: La sentencia de 4 abril de 1968 alude a la Circular de 31 de marzo de 1889, referente al momento en que pueden ser planteadas las cuestiones prejudiciales. Véase dicha Sentencia recogida en el epígrafe: *Jurisdicción: Cuestiones prejudiciales*.

B) *Principios del proceso penal*: a) *Principio acusatorio*: Dado el sistema acusatorio que informa nuestro Ordenamiento procesal penal, no es posible condenar por delito sin formal petición de parte acusadora. (Sentencia 29 abril 1968.)

b) *Principio "non bis in idem"*: Se trata de dilucidar la posibilidad de someter a un plural y sucesivo enjuiciamiento penal conductas de una misma persona, acusada de la comisión del delito de abandono de familia, por hechos siempre referidos a los mismos sujetos activo y pasivo, cometidos en el transcurso de cierto período de tiempo, con producción de determinada fecha intermedia de sentencia penal cuya trascendencia y eficacia en el ulterior o ulteriores procesos viene a ser el tema cuestionado en este recurso, sobre cuyo particular conviene destacar que el criterio de esta Sala, cristalizado entre otras de sus SS. de 5 de octubre 1960 (R. 3025), 2 julio 1962, 27 abril y 18 junio 1963 y 15 marzo 1965, no es otro que el de estimar admisible tal posibilidad de ulterior enjuiciamiento, y en su caso de nueva condena, bien que exigiendo siempre la concurrencia de nuevos elementos fácticos para no violar el principio "non bis in idem" y para no privar a la nueva sentencia del elemento de hecho necesario que ha de sustentarla. La doctrina jurisprudencial de que se hizo mérito, bien por producida siempre con ocasión de resolver supuestos en los que la sentencia dictada con prioridad en el tiempo lo había sido de signo o contenido condenatorio, es igualmente de aplicación, por lo menos en la misma línea e intensidad, y quizá mayor, en casos como el actual, en que la sentencia anteriormente proferida fue absolutoria, ya que es de toda evidencia que un fallo favorable en causa seguida por abandono de familia no podrá nunca ser obstáculo impeditivo de la ulterior comisión por el mismo sujeto de un delito de la misma naturaleza, bien que sea del todo indispensable examinar con minuciosidad todo el devenir de los hechos, desde su inicio, y muy especialmente el sentido y alcance del fallo firme ya existente, para colegir en definitiva si mediante él queda amparado el total comportamiento del procesado, o por contra ha incidido en el delito de constante referencia mediante la comisión de hechos que pueden y deben discriminarse de aquellos otros en su día reputados penalmente inocuos. En el caso actual la procesada, que había contraído matrimonio con el querellante en 14 noviembre

1963, abandonó el domicilio conyugal en Vinaroz a los pocos meses, tras desavenencias entre los esposos y con otros familiares, y seguida causa criminal a instancia del marido por delito de abandono de familia, fue absuelta por sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón en 1964, sin que la procesada se reintegrara en ningún momento a aquel domicilio, ni al que ulteriormente fijó el esposo en otra localidad, en atención a todo lo cual, y acusada y condenada ahora únicamente por la comisión del delito de abandono de familia en la modalidad prevista en el núm. 1.º del artículo 487 del C. P., esto es, por abandono malicioso del domicilio familiar, surge patente la imposibilidad de mantener tal condena, ya que consta perfectamente probado que el hecho de la marcha de la mujer de la residencia conyugal no sólo tuvo lugar antes de dictarse la primera sentencia, sino que el motivo de la primera denuncia y acusación no fue otro que este mismo de su ausentamiento del domicilio, por lo que no habiéndose producido el regreso al mismo, mal puede subsumirse la conducta de la procesada en el tipo en cuestión, que exige como esencial requisito el de un malicioso abandono del domicilio familiar, no operado. (Sentencia 11 marzo 1968.)

## II. PARTE GENERAL

1. ORGANO JURISDICCIONAL: A. *Jurisdicción*: a) *Delimitación con la jurisdicción militar*: La regla general de competencia de la Jurisdicción militar, por razón de la persona responsable, para conocer de toda clase de delitos, siempre que los sujetos activos sean militares en servicio activo, reserva o cualquier situación o destino, que establece el artículo 13, núm. 1.º del Código castrense, tiene la excepción que dicho precepto apunta y el 16 establece, a favor de la competencia de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, al enumerar las causas de desafuero de los militares, por omisión de determinada clase de delitos, entre los que señala en el núm. 1.º, los atentados, desacato, resistencia y desobediencia a las autoridades no militares, y ante la precisa determinación del sujeto pasivo de estas infracciones, referido exclusivamente a las Autoridades no militares, esta Sala de competencias, ha venido con reiteración excluyendo de su ámbito, a quienes no lo sean, y tengan la inferior categoría de Agentes de la Autoridad, también protegida en los artículos 236 y 246 del C. P., por lo que los posibles delitos contra éstos realizados de dicha condición, por militares, no causa desafuero, aplicándose el artículo 13 del Código de Justicia Militar. (Auto 23 enero 1968.)

De común acuerdo, el artículo 11 de la L. E. Crim. y el 19, núm. 2.º, del Código de Justicia Militar, establecen la competencia de la Jurisdicción ordinaria, para conocer de las causas por delitos en que aparezcan a la vez culpables personas sujetas a aquélla y a otras jurisdicciones aforadas, siendo de precisar que la expresión "culpable" no se emplea con adecuada técnica penal, que la utiliza para determinar aquellos sujetos a quienes se haya condenado por resolución, haciéndoles responsables por reproche judicial de desvalor, de su acción u omisión delictiva, pues solamente puede ser

culpable el que haya sido declarado por el órgano jurisdiccional como tal y sometido a las consecuencias penales de su conducta antijurídica, razón por la cual, tal palabra, al emplearse en dichos preceptos, para designar la situación de personas sometidas a diversos fueros, a fin de establecer la competencia investigadora de la causa, no puede tener otra significación práctica que la de personas imputadas o inculpadas a medio de denunciar o querrela, pues la competencia ha de fijarse necesariamente al iniciarse el procedimiento penal, y en este estado procesal, sólo pueden existir imputados o inculpados, o medio de un juicio de posibilidad, que se convierte en juicio de probabilidad con el procesamiento y en juicio de certeza y culpabilidad con la sentencia, por lo que, en definitiva, a tales efectos será culpable aquel que pueda llegar a serlo y a quien se denuncie o contra quien se querrelle sumariamente, y tenga, "a priori", la posibilidad de haber participado en delito, con otras personas sometidas a diversos fueros, lo que se decantará en el curso de la investigación.

De las actuaciones del sumario del Juzgado de Instrucción de Gijón deriva que fue denunciado por delitos de apropiación indebida y falsedad un militar, en unión de cuatro paisanos más, a quienes también se les atribuye intervención en tales hechos, y contra todos ellos se abrió la investigación, sin que por estar poco avanzada, se haya realizado declaración sobre procesamiento de ninguno de ellos, siendo, por lo tanto, competente la Jurisdicción ordinaria para su conocimiento, de acuerdo con los textos legales y la doctrina citada, sin perjuicio de que si al avanzar el procedimiento se concretare la posible responsabilidad única del aforado a medio de su procesamiento, y ausencia de indicios racionales de criminalidad contra los paisanos, se produjera entonces la debida inhibición del Juez ordinario, por no darse los supuestos precisos para mantener su competencia en tal supuesto, y mudarse el estado actual, sobre el que esta Sala se pronuncia, en el curso dinámico de la investigación, siempre que el delito por que se procediera no fuera sometido a la competencia jurisdiccional ordinaria. (Auto 23 enero 1968.)

Según se desprende de las actuaciones recibidas, el hecho original atribuido al Subteniente del Ejército de Tierra a que las mismas se refieren, consiste en viajar sin su billete reglamentario de ferrocarril, por no haber canjeado su lista de embarque o su pasaporte militar (no se especifica este extremo) por el correspondiente billete. La Autoridad jurisdiccional de dicho Ejército, en su Decreto auditoriado de 4 enero 1968, ha rechazado el conocimiento de la competencia del presente asunto conforme al núm. 6 del artículo 16 del Código de Justicia Militar y el artículo 27 de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 noviembre 1877, que se refieren respectivamente a quedar sometidos los militares a la Jurisdicción Ordinaria en los casos de infracción de Leyes de Transportes, y los que cometan delitos penados en dicha Ley especial y relativos a la seguridad o conservación de los ferrocarriles, criterio éste que rebatió el Juez Municipal contendiente, al señalar que no se trata de hecho alguno comprendido en la Ley de Policía de Ferrocarriles expresada y sí de un hecho constitutivo de estafa, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción especial; apareciendo de lo expuesto que, efectivamente no puede considerarse aplicable el citado precepto de la Ley de

Policía de Ferrocarriles, que se refiere a los delitos especiales previstos y sancionados en la misma, esto es, los enumerados en los artículos 16 al 23 que integran el Tit. V y, afectantes tan sólo a la seguridad o conservación de dicho medio de transporte público, entre cuyas figuras delictivas no se comprende la de este caso, lo que corrobora también el artículo 161 del Reglamento para aplicación de esta Ley especial, de 8 septiembre 1878 y disposiciones subsiguientes del mismo Reglamento, que mantienen la competencia de la Jurisdicción Ordinaria sólo para el caso de referirse los hechos enjuiciados a los que menciona la Ley de 1877 y no a otros distintos, no pudiendo alcanzar, por tanto, al caso de presunta estafa a que este caso se refiere. Por otra parte también es cierto que no aparece aplicable el núm. 6.º del artículo 16 del Código de Justicia Castrense, pues aunque dicho precepto excluye de la competencia de la misma las infracciones relativas al transporte, como las de orden fiscal o de abastos, ello ha de entenderse legalmente con la limitación del último extremo del precepto que expresa "salvo que la infracción esté castigada en este Código (de Justicia Militar) o atribuida especialmente a la Jurisdicción Militar", lo que en este caso concurre, pues está previsto en el artículo 443, como falta leve, por el repetido Código Castrense, lo que determina la competencia de aquella Jurisdicción especial, lo que igual ocurriría si se considera que se trata de falta común cometida por aforado militar, según el núm. 2.º del artículo 7 del repetido Código, y no digamos si se considerase falta leve militar de contravenir los reglamentos aplicables (no canjear lista de embarque o pasaporte por el correspondiente billete), porque en este caso la naturaleza de la falta es claramente militar y debe ser reprimida por los superiores jerárquicos del inculpado. (Auto 22 abril 1968.)

b) *Prejudicialidad civil y penal*: La declaración de quiebra hecha por los Tribunales civiles, produce efectos puramente mercantiles, y si es requisito esencial de procedibilidad en lo penal, no vincula a la jurisdicción de este orden, que puede juzgar libremente la conducta del quebrado en su aspecto criminal para concluir afirmando o no la existencia de delito, pues en otro caso sólo le correspondería imponer las penas, quedando privada de lo más esencial de su función, que es hacer la calificación jurídico-penal de los hechos cometidos, sin prescripción legal al respecto. (Sentencia 29 marzo 1968.)

Pueden y deben estudiarse conjuntamente los motivos primero, tercero y cuarto, porque siendo todos ellos variaciones sobre el mismo tema, prolijos en la exposición y exiguos en la validez de sus razonamientos, tienen como denominador común esgrimir en uno de ellos como única base documental, y en otros como documento primordial acreditativo del error probatorio que se denuncia, una sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, cuya autenticidad en función del presente recurso debe en primer término examinarse. Sin llegar a la radical afirmación de la parte recurrida pretendiendo configurar las respectivas jurisdicciones, civil y penal, como enteramente independientes y sin repercusión alguna en una y otra de las respectivas resoluciones, que a tanto equivaldría como a negar la "prejudicialidad" legalmente reconocida en ciertos casos y supuestos, lo

que indudablemente resulta, es que pueden coexistir, con perfecta independencia, aunque por su orden y no simultáneamente (art. 112 de la L. E. Crim.), la contemplación separada del dolo y la culpa penal y civil atribuible respectivamente a los tribunales del orden civil y penal, pero sin que tampoco pueda negarse la existencia de excepcionales supuestos en que la decisión penal prezugra en cierto modo la civil y a la inversa, artículos 4.º, 5.º y 114 de la L. E. Crim., y 362, 514 y 919 de la L. E. Civ. No es éste el caso de autos ni de la sentencia civil invocada como documento auténtico, que tiene sin duda, tal carácter auténtico desde el punto de vista formal, pero en su aspecto material y de fondo, por la relatividad de sus efectos y por las especiales circunstancias que provocaron en la segunda instancia el que fuera dictada otra revocando la del Juez de primera instancia; sentencia que carece de autenticidad material en relación con este recurso, y con los acusados en esta causa, y por otra parte, no demuestra la equivocación evidente de los juzgadores que requiere y exige el núm. 2.º del artículo 849 de la Ley, pues ocurre: 1.º, que dada la construcción en nuestro Derecho Patrio de la llamada "cosa juzgada material" desenvuelta en el artículo 1.252 del C. Civ., no es posible pregonarla respecto a una sentencia, salvo los estrictos supuestos relativos al estado civil de las personas y validez de las disposiciones testamentarias, con respecto a terceros que no hayan sido parte en el proceso de que se trate o a sus causahabientes, y esto acontezca en la ocasión presente en que los acusados ni fueron parte en el litigio al que puso fin la sentencia examinada ni traen causa del allí demandado; 2.º, porque en los pleitos rige el "principio de la relatividad", por lo que las resoluciones que en las mismas recaigan sólo afectas a las partes y sus causahabientes pero no a los extraños; 3.º, porque la sentencia del juez obrante también en autos, no ha sido prácticamente contrariada por la de la apelación, que no discrepó de las apreciaciones críticas de la misma, sino que partió de supuestos enteramente distintos y que no pudieron ser tenidos en cuenta en la instancia porque todavía no habían surgido a la vida del proceso, sino que ocurrieron en el tránsito que medió entre la sentencia del juez y la de la Sala de apelación, por variación absoluta de la posición del demandado, que después de su oposición rotunda en la primera instancia reconoció en la segunda, no consta por qué, todos los hechos básicos de la demanda con un práctico allanamiento a las pretensiones de la parte actora en estos autos, querellante y recurrente, mutación de la posición de las partes que dio lugar a que el Tribunal civil acogiera este reconocimiento, posiblemente tardío, y revocara la sentencia, estimando íntegramente la demanda por la peculiar admisión de un allanamiento en la apelación, lo que se acaba de razonar sobre la falta de "autenticidad material" de la tan meritada sentencia en referencia a este recurso de casación, y que las declaraciones que contiene no vincularon ni a los acusados ni a los sentenciadores de instancia ni evidenciaron el error imputado. (Sentencia 26 enero 1968.)

B) *Criterios de competencia: En delitos conexos:* Un minucioso examen de las ocho sentencias en las que se decretaron condenas contra el mismo sujeto, cuyo cumplimiento estimó la Audiencia Provincial debe quedar afectado por la nueva y favorable limitación temporal, constata que los

hechos sumariales acaecieron en un periodo total de tiempo de un año y ocho meses, consistentes siete en robos con fuerza en las cosas y en encubrimiento, todos de fecha anterior a la primera sentencia, más ello no es suficiente a los fines que se pretendan, al no ser posible que todos los hechos hubieran sido enjuiciados en un solo proceso, que es lo que la Ley demanda y viene exigiendo la doctrina de esta Sala (autos de 4 marzo 1913, 7 marzo 1922, 10 septiembre 1942 y 30 septiembre 1965), puesto que no pudo jugar la invocada norma sobre conexidad, ni ninguna otra similar, al haber cometido el penado unos hechos sin intervención de otras personas, actuando en otras ocasiones acompañado, pero no siempre del mismo sujeto, con realización de los hechos en varios partidos judiciales—Bilbao, San Sebastián, Durango y Valmaseda—, que corresponden a dos diversas Audiencias Provinciales, con sujeto pasivo siempre distinto, sin más identidades, en fin, que la de tratarse en siete de los ocho casos de una pluralidad de delitos de robo que aun puestos en conocimiento de un solo órgano judicial, todos en un solo instante, no cabe duda que hubieran dado lugar a sendos procedimientos separados, porque, para concluir, ausente toda relación entre los diversos hechos, para que surja la analogía determinante de la conexidad, con posibilidad y efecto de privar del fuero propio a los sujetos pasivos, así como a los activos distintos del que suscite la cuestión, no basta que se trate de delitos de la misma naturaleza, ni incluso que respondan a un solo tipo penal, sino que es menester concorra algún otro elemento o circunstancia de índole subjetiva u objetiva que imprima a las diversas infracciones un carácter de similitud, matizándolas particularmente en algún concreto aspecto que permita advertir en ellas algún común denominador al margen y sobreponiéndolas a aquellas generales identidades existentes en cada figura delictiva, tipificadoras de la misma, que en este caso no son otras que el apoderamiento de bienes muebles ajenos, sin la voluntad de su dueño, mediante el empleo de fuerza en las cosas. (Sentencia 7 febrero 1968.)

C) *Cuestión de competencia entre Juzgados de instrucción*: De las actuaciones practicadas en la competencia negativa entablada entre el Juzgado de Instrucción núm. 3, de Almería, y el de igual clase, núm. 2, de Bilbao, sobre el conocimiento del sumario por estafa—talón sin fondos—, no aparece concretado a los actuales efectos de competencia que la entrega de los cheques bancarios se efectuara en Bilbao, no siendo, por consiguiente, en esta capital donde se consumara el delito, apareciendo, por el contrario, que los talones están fechados en Almería, librados contra la sucursal del Banco C. de la misma, y en ella se presentaron al cobro y fueron posteriormente protestados, en virtud de lo dispuesto en la regla 2.ª del artículo 14 de la L. E. Crim., procede declarar competente para la instrucción sumarial al Juzgado núm. 3 de dicha ciudad de Almería. (Auto 20 marzo 1968.)

2. PARTES: A) *Conducta procesal de ocultación de la verdad*: Los acusados no pueden incidir en falso testimonio por el derecho que implícitamente se les reconoce de ocultar la verdad en defensa de su posición en el proceso. (Sentencia 1 marzo 1968.)

b) *Litisconsorcio pasivo necesario en causa por adulterio*: Se declara probado que la procesada, C. P. G., casada con el querellante, L. T. T., en cuya matrimonio habían surgido desavenencias, a las que puso fin momentáneamente el querellante marchándose de la casa para vivir con su madre, fue sorprendida en la noche del 17 de abril 1963 por agentes de policía requeridos por L., que entraron en la casa, ocupada sólo por la procesada, y encontraron acostado en una de las alcobas a un súbdito extranjero, quien declaró que estaba allí para cohabitar aquella noche con la encartada, lo que no efectuó por la llegada de los agentes. El referido marido presentó querrela por adulterio solamente contra su esposa el 8 de septiembre 1963, cuando ya habían transcurrido más de cuatro meses desde que el referido extranjero se había ausentado de España.

Absuelta la encartada del delito de adulterio que se le imputaba, la representación del querellante recurrió en casación, alegando la infracción de los artículos 449 y 450 del C. P., por inaplicación y aplicación indebida, respectivamente. El T. S. desestima el recurso con base a estas consideraciones: Estima el recurrente que no procedía dirigir la querrela contra el hombre al no haber cometido éste adulterio por no constar que supiera que la mujer con la que pensaba yacer era casada: argumento inoperante porque tal evento o circunstancia es materia propia del juicio penal que no puede ser sustraída al conocimiento del Tribunal por la voluntad del querellante abrogándose facultades decisorias sobre la culpabilidad de los presuntos autores, teniendo, por tanto, que deducirse la querrela contra ambos culpables, como imperativamente lo exige el citado artículo 450, fuera de los casos de fallecimiento de alguno de ellos. (Sentencia 1 abril 1968.)

c) *Responsable civil*: En el relato histórico del suceso aparecen datos suficientes para hacer recaer sobre la recurrente la responsabilidad civil subsidiaria de la que pretende escapar, a saber: relación de dependencia, en este caso unida a la laboral, del procesado con la Compañía Transportes Urbanos del Gran Bilbao, S. A., pues el procesado le prestaba sus servicios como peón mecánico; insolvencia declarada de éste; actuación del dependiente dentro de sus obligaciones o servicio, supuesto que realizaba en ocasiones (y así ocurría en el hecho que se relata) la prueba de los vehículos antes de que entren en servicio, según declaraciones fácticas incommovibles de la resolución de instancia, y en todo caso; que estos servicios, tan necesarios y precisos para asegurar el buen servicio de los vehículos, redundaban en beneficio del principal del que los prestaba: sin que pueda tenerse en consideración el alegato de que el procesado no realizaba esas pruebas fuera del recinto de los talleres de la empresa, pues, aparte de que aun en este caso le alcanzaría a la recurrente la responsabilidad civil que trata de eludir, siempre que hubiese habido condena, aunque fuese por falta de imprudencia, es que a esta afirmación gratuita y tendente a degradar el hecho a simple falta, y que se sale del círculo del relato fáctico, se opone la que hace el Tribunal "a quo" con legal y marcado carácter prevalente, de que el procesado conducía el microbús, al tiempo del suceso, por la calle Botica Vieja, de la Villa de Bilbao. (Sentencia 30 enero 1968.)

3. *Objeto del proceso: En caso de delitos privados:* La decisiva intervención reconocida por la Ley a la parte agraviada en la persecución y represión de los llamados delitos privados en su más estricto sentido, cuales son, juntamente con la calumnia y la injuria, el adulterio y el amancebamiento, como excepción al principio general del interés público en la actuación del "ius puniendi", no supone que el Estado se desentienda de la tutela y vigilancia de tan preciados valores morales, no negociables ni susceptibles de cotización dineraria, cuya conculcación acarrea la enérgica reprobación social, traducida, dentro de nuestro ordenamiento vigente, en la correspondiente sanción penal, sino que tales condicionamientos en la incriminación de estas conductas y aun en la subsistencia del castigo impuesto, encuentran su explicación en el respeto debido a legítimas conveniencias personales o familiares de sigilo o recato, apreciables por el propio ofendido, o en íntimos sentimientos de prudencia o benevolencia del mismo, inconciliables, a su juicio, con el estrépito o con los rigores de la vindicta penal, recayente sobre los culpables, presupuesto siempre, al efecto, el disenso del cónyuge agraviado respecto de las situaciones de adulterio o de amancebamiento, que habrán de quedar impunes de mediar la aquiescencia o sobrevenir la indulgencia, expresa o tácita, de dicho cónyuge; pero sin que ello signifique que la Autoridad pública y, en consecuencia, los Tribunales de Justicia, abdiquen deberes que les son esenciales ni resignen en los particulares sus indeclinables funciones dirigidas a remediar desviaciones eventuales de la auténtica finalidad jurídico-moral de estos discrecionales institutos—querrela, desistimiento y perdón—, que no pueden degenerar en meros medios de compulsión, útiles en la realidad para forzar el signo de concurrentes negociaciones de fondo exclusiva o predominantemente económico, atinentes a intereses atendibles por otros cauces jurídicos, toda vez que sólo debe entenderse que pervive, con su propia razón de ser, la pretensión punitiva, en tanto perdure el sentimiento que le da vida y que, una vez aplacado—siquiera sea en contemplación de expectativas económicas—y evidenciado de modo inequívoco este apaciguamiento, subsumible, como perdón más expreso que tácito, en el supuesto final del segundo párrafo del artículo 450, en relación con el último del 452 del C. P., habrá de tenerse por decaído, asimismo, el interés punitivo del ofendido, y con él el del Estado, cualquiera que fuere la suerte ulterior de los logros pecuniarios proyectados, calificables, a lo sumo, como motivos, mas no como objeto, causa o "conditio sine qua non", jurídicamente trascendente, de aquel benigno sentimiento anterior, claramente revelado en su momento y no reversible después por decepcionantes contingencias, exclusivamente materiales y crematísticas. La doctrina que acaba de ser expuesta es aplicable al caso enjuiciado, en el que, conforme a la resultancia fáctica completada, a virtud de la estimación del correspondiente motivo sobre error de hecho, con lo pertinente del contenido del acta notarial al efecto aducida, aparece que el desistimiento de la acción penal, explícitamente anunciado por la parte querellante hoy recurrida y aun concertado entre ambas partes a fines extintivos de la pretensión punitiva, no llegó a plasmarse formalmente en el proceso por la sola razón de carecerse

a la sazón en la cuenta del Banco de fondos en cantidad suficiente para atender al mandato de pago librado por el querellado, contra el que hubo de proseguir entonces la acción penal ya emprendida, hasta su terminación por sentencia condenatoria —que ahora debe ser casada—, en la que se impuso al imputado, por el delito de amancebamiento, apreciado por la Sala de instancia, cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, con sus accesorias, pese a haberse ya mostrado con anterioridad aquietada y desarmada la legítima indignación de la esposa ofendida por razón del delito privado perseguido en su querrela. (Sentencia 11 marzo 1968.)

4. EL PROCESO PENAL "STRICTO SENSU": A) *Procedimiento preliminar: Ofrecimiento de acciones a la ofendida*: Se alega quebrantamiento de forma por haberse omitido la citación del actor civil para el acto del juicio oral y por no haberse ofrecido las acciones del procedimiento a la ofendida directamente por el delito, argumentos carentes en absoluto de razón alguna, porque el citado artículo 652 preceptúa, naturalmente, la citación de la parte cuya omisión denuncia el recurso, siempre que tal parte fuese previamente conocida y hubiese comparecido en los autos del proceso, lo que en este caso no ocurre, pues el caso se sustanció con la acusación del Ministerio Fiscal y solamente con la del procesado, aquí recurrente, en la parte contraria, en razón de todo lo cual no cabe hablar de quebrantamiento de forma, como es absolutamente natural y lógico, y lo propio ocurre en el detalle también alegado de que no se ofrecieron las acciones del procedimiento a la parte directamente perjudicada por el delito sancionado en la sentencia impugnada, lo que no pudo hacerse por la sencilla razón de que la misma, después de ocurrido los hechos, abandonó avergonzada los locales del ferrocarril Metropolitano, sin que pudiera siquiera recibírsele declaración sobre los hechos, que denunciaron en acto de espontánea ciudadanía unos viajeros a una pareja de Policía Armada, que presentó al denunciado en la Comisaría del Distrito del Centro, habiendo resultado infructuosas las gestiones para la localización de la interesada, practicadas por la Policía a requerimiento del Juez instructor del sumario, todo ello aparte de que el recurso de casación se da para defender algún derecho propio, cosa que, si bien se examina, no concurre en este caso, en que se atribuye al recurrente la comisión de un delito, que no va a dejar de existir por haberse o no haberse ofrecido las acciones del proceso a la parte por él ofendida. (Sentencia 10 abril 1968.)

B) *Pruebas*: a) *Testifical*: a') *Excusa del deber de comparecer*: No se denegó ninguna prueba, sino una indebida suspensión del juicio que, sin razón alguna, se solicitaba para acreditar documentalmente si los funcionarios de Policía testigos habían sido autorizados para prestar la declaración que se les pida; pues el artículo 417 de la ley exige a los funcionarios públicos de declarar cuando no pudieran hacerlo sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieren obligados a guardar, lo cual supone que pueden declarar sobre otros extremos, pero no en manera alguna sobre los particulares que deben mantenerse secretos, sin que su negativa a declarar sobre materias secretas requiera que sus superiores deban in-

formar si les han autorizado o no para quebrantar el secreto funcional público, debiendo simplemente presuponerse que tal negativa evidencia la falta de autorización, pues la regla general es la prohibición de violar estos secretos, ya que hacer lo contrario genera la comisión del delito previsto en el artículo 367 del C. P. No infringió, pues, ninguna regla procesal el Tribunal de Justicia, sin que ni una tan sólo de las sentencias de esta Sala citadas por el segundo recurrente sean atinentes ni mantengan la singular tesis que este motivo propugnaba, pues las sentencias de 1 julio 1957, 24 marzo 1958, 15 enero, 4 febrero y 14 noviembre 1959 refieren a la incomparecencia de testigos, mientras que en este caso el testigo compareció, pero se negó válidamente a contestar a ciertas preguntas escudándose en el secreto funcional; y la de 11 mayo 1957 refiere a un supuesto de denegación de prueba documental oportunamente propuesta, que no es el caso de autos en que tardamente se proponía una prueba documental, que, aparte ser legalmente impertinente, no se propuso a su debido tiempo, si se pretendía, desde luego improcedentemente, que se acreditara haberse exonerado a estos agentes de la autoridad del secreto profesional. (Sentencia 9 abril 1968.)

b') *Procedimiento en caso de falso testimonio*: Limitada la facultad de mandar proceder contra presuntos autores de falso testimonio cuando éste sea dado en juicio, según el artículo 715 de la repetida Ley procesal, aparece mal incoado el sumario, añadido que en estricta interpretación el proceso criminal por delito comienza con todas sus garantías, caracteres judiciales y requisitos al abrirse el sumario y más propiamente la causa, artículo 622, párrafo 3.º, es la continuación del proceso por el órgano de enjuiciamiento, por eso distintas sentencias han mantenido que la falsedad sea en juicio, en tanto que los procesados en el sumario y en acto del juicio oral sostuvieron la misma verdad y no sólo en favor de un reo, eran tres, sino en defensa del cargo que se les hacía, y es valedero el motivo. (Sentencia 24 abril 1968.)

b) *Careo: Su denegación no es materia de casación*: El careo no es ciertamente un verdadero y propio medio de prueba, sino el contraste y contradicción de dos testimonios probatorios, que tanto pueden proceder de los acusados y testigos, de acusados entre sí, y de testigos cuando sus manifestaciones testimoniales estuvieran en abierta contradicción, siendo reiterada la doctrina de esta Sala que declara ser facultad discrecional del presidente del Tribunal de instancia negar o conceder los careos de los testigos entre sí, o con los procesados, a propuesta de cualquiera de las partes en el acto del juicio oral, sin que, por tanto, al negarse por la Presidencia de instancia la celebración de los careos solicitados constituya materia de casación (SS. 14 diciembre 1904, 10 febrero y 20 mayo 1941, 29 noviembre 1946 y 13 enero 1949), habiéndose declarado en la sentencia citada de 13 de enero 1949 que la denegación de un careo en el acto del juicio oral no puede constituir materia de casación, pues debe tenerse presente que tales careos no presuponen una nueva prueba con carácter y consideración de diligencia probatoria, sino que son más bien una ampliación en su práctica de alguna de las ya admitidas. (Sentencia 29 abril 1968.)

c) *Pericia: Proposición defectuosa*: Los artículos 656 y 657 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigen que se presenten listas de las pruebas de que intenten valerse, incumplido el recurrente tales preceptos, pues al proponer la prueba pericial, lo hace de un intérprete jurado de lengua inglesa que al efecto designe la Sala, cuando, con arreglo a los artículos citados, era él quien tenía que hacer la designación con su nombre, apellidos y domicilio y manifestando si debe citársele judicialmente o lo presentará la parte, teniendo los documentos cuya traducción quería fecha de 1964, estando expedidos los cheques en 1963. (Sentencia 16 febrero 1968.)

C) *Planteamiento de las cuestiones prejudiciales*: Necesario es reconocer que la parvedad normativa de las cuestiones prejudiciales en nuestra ley deja omitida la solución de una serie de cuestiones en la materia del trámite aplicable, entre las que destacan por su indudable trascendencia: El momento procesal en que pueden ser propuestas; ante quién, si pueden serlo ante el Instructor o ante el Tribunal sentenciador, y por qué cauce procesal; y, por último, los recursos que quèpa utilizar contra la decisión admitiendo o rechazando el seguimiento de la cuestión prejudicial propuesta. Estas cuestiones han debido ser resueltas, ante su imprevisión legal, por medio de auténticas "creaciones judiciales", que se sintetizan de la siguiente forma: a) Que si bien pueden ser planteadas tanto en la esfera instructora como en la plenaria hasta el momento en que después se dirá, sólo pueden ser debatidas y resueltas por el Tribunal sentenciador, al que se elevarán si fueran promovidas ante el instructor; C. F. T. S. 31 marzo 1889; b) Que pueden ser válidamente propuestas hasta la calificación de la causa, pues, abierto el juicio oral y calificada la resolución final, habrá de ser necesariamente absolutoria o condenatoria; c) Que, por consiguiente, aún no incluidas estas cuestiones en la taxativa enumeración del artículo 666 de la Ley, pueden analógicamente ser promovidas en último extremo y como último trance procesal válido en los tres primeros días de los concedidos para calificar provisionalmente; d) Que por tratarse de un verdadero "incidente atípico", también analógicamente pueden aplicarse a su trámite las normas procedimentales contenidas en los artículos 668 al 674, párrafo 1.º, de la LECrim.; S. 22 febrero 1888; e) Que por el criterio genéricamente establecido, cabe contra el auto resolutorio que la decida en uno u otro sentido el remedio de la súplica, que bien sabido es, excluye la ulterior posibilidad del recurso de casación; SS. 8 noviembre 1904, 4 febrero y 16 marzo 1943; 9 enero 1944; f) Que sólo puede llegar al ámbito de la casación la "prejudicialidad" por la vía del artículo 849 1.º de la Ley, pero para resolver conjuntamente con el fondo si la resolución de ajena jurisdicción puede repercutir materialmente sobre la decisión de fondo del Tribunal penal, y en su caso excluir la responsabilidad penal, por ser determinante de la inocencia del acusado; SS. 9 febrero 1888, 1 mayo 1941, 19 junio 1942, 1 junio 1944, 10 julio 1954, 3 marzo 1955, 5 junio 1961. (Sentencia 4 abril 1968.)

D) *Artículos de previo pronunciamiento: Prescripción*: Siguiendo el justo criterio establecido por esta Sala en SS. de 30 noviembre 1963 y 24 febrero 1964, es evidente, que ha de entenderse que la extinción de la responsabi-

lidad penal nacida de la prescripción del delito, por ser de orden público, interés general y político penal, y por fundarse en el aquietamiento que produce en la conciencia social el transcurso del tiempo y en la necesidad de eliminar la incertidumbre en la misión punitiva, se asemeja mucho a la cauducidad, y tiene como secuela necesaria el aceptarla al ser pedida más o menos adecuadamente, incluso fuera de tiempo o defectuosamente y proclamarla imperativamente *ex officio*, en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad indestructible, pues no puede condenarse por un delito a una persona a quien su responsabilidad penal se le extinguió de hecho o caducó, según voluntad categórica y terminante de la Ley, expresada en el artículo 112 del C. P., so pena de desechar el restablecimiento del orden jurídico, abrir de nuevo la desarmonía entre los hombres y consagrar una perpetua perturbación jurídico-pública, con consecuencias punitivas extemporáneas gravemente perjudiciales, y en la efectividad de esta institución, debe llegarse a su vez, en los delitos privados, a aplicar la anterior doctrina, otorgándole virtualidad por su apreciación *ex officio* o aun pedida anacrónicamente o informalmente, porque la concesión en los mismos de una condición objetiva de perseguibilidad para la puesta en marcha del proceso no representa que se trate de una institución privada para los efectos de la prescripción, sometida a estricta y temporal alegación, pues no cabe agraviar al querellado, ni dar trato distinto a las infracciones criminales privadas que a las públicas, porque ambas tienen una misma entidad antijurídica y consecuencias penales idénticas, siendo en esencia estructuralmente iguales, salvo en el requisito de la procedibilidad en las primeras, que obedece a la protección de fines particulares preponderantes, que pueden querer evitar la publicidad del delito. (Sentencia 1 febrero 1968.)

E) *Crisis procesales*: a) *Carácter excepcional*: El proceso penal en su dinámica y para satisfacer el esencial valor de justicia a que sirve, ha de tender directa y activamente a su finalidad decisoria definitiva, que fije la existencia o ausencia de la infracción criminal, con sus consecuencias, sin admitir más que de forma muy excepcional crisis procesales que lo detengan o perturben justificadamente, pues la necesaria rapidez, compatible con una adecuada investigación y conocimiento de órgano jurisdiccional, únicamente debe ceder cuando derechos inalienables de las partes puedan quedar desconocidos o anulados, con la consecuencia de su patente indefensión, por resultar la defensa de los derechos en un orden jerárquico adecuado, el valor que prima sobre todos los demás, que enmarcan dicho proceso. (Sentencia 25 abril 1968.)

b) *Nulidad de actuaciones*: No caben: En el ordenamiento vigente no se halla prevista ni, por consiguiente, regulada la cuestión de la nulidad de actuaciones, por lo que, según la sentencia de esta Sala de 18 marzo 1953, planteado el problema debe la Sala rechazarlo de plano. (Sentencia 19 febrero 1968.)

c) *Suspensión de la vista del juicio oral*: Se articula el motivo al haber denegado el Tribunal de instancia la suspensión de la vista del juicio oral,

en virtud de la incomparecencia de dos testigos, propuestos por la defensa en su escrito de calificación provisional, haciéndose constar en el acta la oportuna protesta a efectos de interposición de este recurso, no puede prosperar, por dejar el precepto citado a la soberanía y exclusiva facultad de la Sala, considerar la apreciación sobre la necesidad de la presencia del testigo o testigos no comparecidos, y en el presente caso las declaraciones no efectuadas carecían de relevancia, por referirse a la madre superiora de la Comunidad perjudicada y religiosa que siempre la acompañaba, dándose la circunstancia de haber sido precisamente la primera la iniciadora con su denuncia de las diligencias origen del sumario y además haber prestado en éste amplia declaración, relatando las incidencias y pormenores de los actos realizados por el procesado, con lo que la Sala quedaba suficientemente ilustrada sobre su actuación, no constituyendo elemento de juicio imprescindible una nueva declaración, con independencia absoluta de que en el acta no se hicieran constar las razones de no accederse a la suspensión solicitada, con muy buen acuerdo adoptada por el Tribunal "a quo", especialmente por tratarse de procedimiento de urgencia, ordenándose respecto a la tramitación de los mismos, en el párrafo 3.º del artículo 801 de la mencionada Ley Procesal, que no se suspenderá el juicio por incomparecencia de los testigos cuando éstos hubieren depuesto en el sumario y el Tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada, para formar completo juicio sobre los hechos, que ha sido lo sucedido en el supuesto contemplado, no existiendo, por consiguiente, indefensión alguna para el inculpado. (Sentencia 29 marzo 1968.)

La efectividad de esta general doctrina, en el supuesto de incomparecencia de testigo en el acto del juicio oral en proceso ordinario penal, determina que sólo proceda acoger la petición de suspensión, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 746 núm. 3.º de la LECrim., cuando el Tribunal estime necesaria la declaración del mismo, con facultad discrecional o potestativa, aunque sometida a la censura de casación, lo que sucederá siempre que se trate de testimonio importante, por esencial e indispensable, para forjar la convicción psicológica de la Sala de instancia sobre el hecho enjuiciado, según la libérrima y soberana facultad moral y legal que le concede el artículo 741 de la propia ley, de manera adecuada y completa, y no en otro supuesto distinto, para eludir repeticiones innecesarias e incluso fraudes procesales con incomparecencias creadas artificiosamente y demoras no motivadas, para lo que a tal fin esta Sala ha venido con insistencia no contradicha exigiendo en su doctrina que la parte que pida la suspensión exponga y se consigne en el acta del juicio oral los extremos detallados sobre qué debía ser interrogado el testigo, para conocer la trascendencia de su declaración, y si ya depuso en el sumario, se le debe informar cumplidamente de los nuevos hechos sobre los que debía testimoniar, para que pueda decidir el Tribunal de instancia sobre la necesidad de la suspensión pretendida, con criterio fundado, racional y justo, a tenor de la indefensión presente o ausente, en el caso que se juzgue. (Sentencia 25 abril 1968.)

F) *Terminación del proceso:* a) *Doctrina sobre los hechos probados:* Cuando algunos datos resultan imprecisos después de apreciar en conciencia.

la prueba practicada, el Tribunal se ve obligado a consignarlo así, y por ello no puede atacarse por falta de claridad y achacándole al propio tiempo contradicción, a la sentencia que los contiene si aparecen en el relato datos que configuren los elementos integrantes del delito por el que se sanciona, y aquéllos no influyen de modo directo en su calificación jurídica. (Sentencia 26 enero 1968.)

Si bien es cierto que en interpretación extensiva se viene manteniendo que las omisiones en los hechos probados de hechos esenciales y necesarios puede y debe entenderse comprendido en el primer inciso del apartado 1.º del referido artículo 851, por cuanto una de las formas notorias de restar claridad y producir oscuridad es silenciar, omitiéndolos, hechos fundamentales que permitieran la adecuada subsunción, positiva o negativa, de todos los hechos necesarios para la posible incriminación que acusatoriamente se pretendiera, o para declararla improcedente; pero es lo cierto que en tales omisiones no incide la sentencia recurrida, porque juzgándose de la actuación de los acusados en la ocasión de autos, no es hecho ni esencial ni necesario al determinar si en otras ocasiones anteriores la instalación se realizó con las debidas precauciones. Tampoco se omitió la concesión de la necesaria autorización gubernativa y la mención al certificado de seguridad otorgado por determinado aparejador, circunstancia que, por otra parte, resulta intrascendente, porque, como se razonará después, la imprudencia que aquí se contempla es la de los acusados, no la de terceros sólo potencialmente responsables en concurrencia de culpas, pero que no habiendo sido parte acusada en esta causa, ni era dable en la instancia ni lo es en la casación pronunciada sobre su posible responsabilidad, dada la "relatividad" de los procesos penales por delito en nuestro Ordenamiento penal y procesal, que es del tipo de los acusatorios, de tal forma que sin acusación no cabe condena. En resumen, como nada se omitió en la resultancia probatoria de aquello que debiera en la misma ser constatado, no se ha cometido la infracción formal que se denuncia. (Sentencia 29 enero 1968).

En la jurisdicción penal, y por virtud de lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento, llegado el momento de dictar sentencia, los Tribunales de este orden carecen de toda limitación para fijar y establecer la premisa mayor de la resolución, y en consecuencia pueden valorar no tasada, sino libremente, cuantos elementos probatorios ofrezca la causa, sin que el legislador venga a imponerles vinculación alguna con atribución de prioridad o preferencia de determinado elemento probatorio sobre otro, ni mucho menos señalando como incontrovertible o con inatacable presunción de veracidad la resultancia de cierto medio de prueba, dejando de modo expreso a los dictados de la conciencia la apreciación de las practicadas en el juicio. Estas soberanas facultades de los Tribunales de instancia poseen tal intensidad y alcance que escapan a la normal censura a que las sentencias pueden someterse mediante el recurso ordinario de casación, con la única salvedad —que en cierto modo viene a mitigar este principio de la libre apreciación de la prueba—, de que el Tribunal "a quo" haya incurrido en error de hecho si éste resulta de documentos auténticos que

muestran la equivocación evidente del juzgador, y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas (art. 849-2.º de la LECrim.), situación ésta excepcional, analizada con frecuencia en las decisiones de esta Sala, y que demanda para que la norma opere con resultado positivo, como primer y sustancial requisito, que el documento denotador de la equivocación denunciada deba calificarse de auténtico. (Sentencia 20 marzo 1968.)

Los hechos declarados probados por los Tribunales de lo Penal, como producto de su apreciación de las pruebas y convicción psicológica de certeza adquirida en adecuada valoración constituyen la premisa fundamental de la sentencia, que, por producirse en instancia única por las Audiencias, no puede modificarse, salvo el supuesto de que sufrieran error de hecho, demostrado por documentos auténticos y éstos no estuvieren desvirtuados por otras pruebas, apreciadas en su conjunto, en cuyo único supuesto, a medio del recurso de casación del núm. 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., puede obtenerse la alteración del relato de hecho de la resolución, por olvidar una demostración privilegiada "ex lege" por su certeza objetiva; razón por la que, cuando no se recurra por dicha vía, el artículo 884, núm. 3.º de la misma Ley impone la inadmisión del recurso en caso de que en él no se respeten los hechos que la sentencia impugnada haya declarado probados, pues ha de acatarse el juicio prevalente y exclusivo que al órgano jurisdiccional corresponde, sin poderse admitir, ante la seguridad del derecho, función y jerarquía judicial, que su criterio objetivo e imparcial sea sustituido con el subjetivo e interesado que impulsa a las partes. (Auto 25 marzo 1968.)

b) *Indemnización de perjuicios*: Si bien el Ministerio Fiscal solicitó que el procesado satisficiera a la perjudicada en concepto de dote la cantidad que señala, en cambio, la Audiencia, correctamente, le condena a que le abone la cantidad que fija, como indemnización de perjuicios, que es concepto distinto de aquél y que tiene por base los daños de índole material y moral sufridos por la víctima del delito, en este caso sólo los de esta última clase, derivados del ataque al pudor de la mujer y su derivada influencia en su formación ética, y cuya cuantía determina la Audiencia a su libre arbitrio sin otras intromisiones no autorizadas. (Sentencia 2 febrero 1968.)

c) *Fijación de cuotas por daños civiles*: Al condenar a varios procesados a reparar los daños civiles causados por el delito, sin perjuicio de la solidaridad establecida en el artículo 107 ha de señalarse la cuota de que deba responder cada procesado de acuerdo con lo ordenado en dicho artículo 106, que parece infringido por la sentencia al no contener tal asignación. (Sentencia 2 febrero 1968.)

d) *Pronunciamiento sobre costas*: El artículo 109 del C. P. dispone que las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, y como el procesado fue condenado por una falta y la sentencia, además de la pena respectiva, le condena "al pago de las costas procesales", expresado así literalmente en el fallo, está claro que sólo alcanza a las correspondientes a la falta por la que se sanciona, y no a las causadas por el delito por el que se incoó la causa y por el que

fue acusado sólo por la acusación particular, pero no condenado por el Tribunal "a quo". (Sentencia 2 enero 1968.)

5. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: *Recurso de casación*: A) *Legitimación para recurrir*: El recurso de casación se da para defender algún derecho propio, siendo, por tanto, inadmisibile que se pretenda traer a colación el que se haya o no citado la parte ofendida u ofrecido o no las acciones a ésta, que no pudo ser localizada. (Sentencia 10 abril 1968.)

B) *Casación por infracción de Ley*: a) *Al amparo del número 1.º del artículo 849: Citación del precepto infringido*: Ha de citarse como infringido un precepto penal sustantivo u otra norma de naturaleza análoga civil, mercantil o administrativa, que sean elementos normativos del tipo. (Auto 19 febrero 1968.)

b) *Invocación del principio "in dubio pro reo"*. No cabe basar exclusivamente el motivo en el principio jurídico "in dubio pro reo", pues no constituye precepto penal sustantivo ni norma jurídica del mismo carácter. (Auto 20 enero 1968.)

c) *No cabe la infracción de doctrina legal*: La Ley de Enjuiciamiento Criminal no autoriza el recurso de casación por infracción de doctrina legal. (Auto 12 enero 1968.)

d) *Al amparo del número 2.º del artículo 849: Documento auténtico*: El escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal no es documento auténtico a efectos de casación por no encerrar verdad incuestionable y ni tan sólo una imputación delictiva sometida a discusión y prueba y a la decisión del Tribunal. (Sentencia 20 enero 1968.)

Un recibo de carácter particular, unido al rollo de Sala, carece de la autenticidad indestructible exigida para poder surtir efectos en casación, según tiene repetidamente declarado la doctrina de esta Sala, incidiendo en la causa de inadmisión 6.ª del artículo 884 de la antes citada Ley. (Auto 25 enero 1968.)

En un Registro como el de la Propiedad Industrial Español, que corresponde al tipo de los de "transcripción con mera oponibilidad", creador de una mera "presunción iuris tantum" y que emite títulos "sin perjuicio de terceros"; que no exige una previa calificación registral ni una probanza de los asertos de aquello que se intenta inmatricular; la memoria descriptiva, unilateralmente redactado por el pretensor de la inscripción, no establece una verdad incontrovertible, de absoluta indiscutibilidad, que es lo que caracteriza y se exige para poder afirmar la autenticidad de un documento a efectos de su estimación probatoria obligada. Pero es, además, ponderable que en tal memoria se refiere también a que lo reivindicado esté constituido por un frasco de paredes deformables susceptibles de presión para provocar la salida del líquido, circunstancia que, como después se razonará, no constituye novedad alguna protegible registralmente en régimen de monopolio, por su general conocimiento y utilización, y se contrae más especialmente a los perfeccionamientos que indica en la boquilla pulverizadora, que es donde se dice existir la mejora introducida, sus-

ceptible de protección, y donde únicamente podía darse la semejanza o copia dolosa que pudiera integrar el delito que se pretendía perseguir: sin que comparadas las descripciones de las boquillas pulverizadoras contenidas en las memorias del modelo de utilidad 16.928 y 72.852 pueda afirmarse que fueran iguales ni en forma, ni en los dispositivos ni, en general, en sus respectivas características. Tampoco es auténtica el acta de entrada y registro que sólo acredita la ocupación de los frascos, pero que no predetermina ni justifica su igualdad con los de los querellantes. (Sentencia 26 enero 1968.)

Ha de estimarse documento auténtico, a efectos del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., y la casación que autoriza, una carta escrita y reconocida por la querellada, que con otras dos más anteriores fueron objeto de querrela por calumnia e injurias ejercitada por el recurrente, no sólo porque estas dos misivas fueron recogidas en los hechos probados, omitiéndose sin razón alguna aquella otra, sino porque constituye el cuerpo de la infracción, que debe valorarse para determinar si sus expresiones son injuriosas, y cuya certeza en cuanto a la autoría y contenido, se reconoció sumariamente por la querellada: por lo que ha de completarse el hecho declarado probado de la Sala de instancia, con la parte de expresiones que contiene, que fueron exclusivamente objeto de acusación en el escrito de calificación, pero no con los otros conceptos que no fueron recogidos en tal escrito, rector de la acusación en estos delitos privados, y otorgándosele en la segunda sentencia que se dicta, ante la acogida de este motivo, la oportuna valoración jurídica. (Sentencia 1 febrero 1968.)

Las fotografías carecen de la solemnidad externa necesaria para señalarlas como documentos auténticos. (Auto 12 febrero 1968.)

Es condición necesaria del documento para ser apreciado como auténtico en casación que por sí mismo, con su sola presencia demuestre la equivocación del juzgador y no se desvirtúe por otra prueba: por eso los dictámenes periciales, opiniones sujetas a contradicción no son así aceptados por la Sala, la cual, sin embargo, extrae de ellos los datos referidos al hecho en sí, las fechas, las realidades existentes, pero no lo que significa pareceres, criterios que no son verdades inalterables e inmovibles por sí mismas: además, la pericia de los folios 101 y 102 del sumario como la del 106 se refieren coincidentes en el diagnóstico del hematoma subdural y en las secuelas; el primero añade las consultas con otros facultativos, las siguientes observaciones clínicas, pero en ninguno de los dos se niega que proceda del trauma craneal ni sobre el atraso indebido de la operación, conveniencia que saca por su parte el recurrente fuera de toda base pericial. (Sentencia 25 marzo 1968.)

En el acta del juicio oral, documento auténtico a efectos de casación, consta la renuncia de los dos perjudicados a toda clase de indemnizaciones que pudieran corresponderle, renunciaciones que permite y concede plenos efectos al artículo 25 del C. P. (Sentencia 16 abril 1968.)

C) *Casación por quebrantamiento de forma: Motivación:* a) *Al amparo del número 1.º del artículo 850: Denegación de diligencias probatorias:* Para forjar debidamente su convicción psicológica el Tribunal penal, que ha de

plasmar lo más certeramente posible en el relato de hechos, que constituyen la premisa fáctica de la resolución, sin que contengan errores, omisiones o desviaciones, frecuentemente posibles en la subjetiva interpretación de pasados sucesos, que han de conocerse a través de pruebas indirectas que las rememoran y describen, es indispensable que el mismo disponga, presencie y estudie el mayor y más directo número de medios de prueba, siempre que resulten pertinentes en su relación con tales hechos, cualquiera que sea la parte de quién provengan en su proposición, por lo que como remedio contra ausencias probatorias indebidas y juicios no completos, que lleven en su entraña el peligro de posible equivocación o desviación, el artículo 850, número 1.º, de la L. E. Crim., estima motivo de casación por quebrantamiento de forma, el hecho de denegar la admisión o práctica de una diligencia de prueba, que propuesta en tiempo y forma por las partes, se considera pertinente, pues de otra manera, como se ha reptido, la creencia lograda pudo ser inadecuada, y se causaría a una parte patente indefensión, debiendo ésta de reclamar o protestar contra el efecto de conformidad con el párrafo final del artículo 855 de la misma, a fin de preparar la casación del acuerdo desfavorables y reparador de la ausencia probatoria tan referida. Aplicando esta doctrina al motivo de casación formulado por la procesada, con fundamento en dicho núm. 1.º del artículo 850, se llega a la necesidad de tener que acogerlo, toda vez que, al entablar la misma recurso de reforma contra el auto de procesamiento, solicitó para perfilar la inexistencia del delito de estafa que se le imputaba, se recibiera declaración al denunciante, a la propietaria del piso que se quería por aquélla ceder a éste, y al nuevo arrendatario del mismo, sobre extremos concretos y particulares, en orden a la existencia de autorización para la cesión de su arrendamiento, por la dueña, que legitimaba su actuación, desprovisándola de rango penal, pero el Juzgado en la resolución del recurso silenció todo acuerdo sobre esta prueba, produciendo el primer acto judicial de indefensión; justificación que de nuevo fue reproducida para su práctica en el acto del juicio oral en el escrito de calificación provisional de la defensa, remitiéndose expresamente al anterior escrito, con petición reiterada que, se cumplieran o no formalmente las exigencias del artículo 656 de la citada Ley procesal, la Sala de instancia, por auto de 25 mayo 1965, admitió, pues aceptó indiscriminadamente todas las pruebas propuestas por las partes, y por lo tanto, al no efectuar reserva o denegación alguna, la referida, y sin embargo, no se citaron los testigos para el juicio oral, que al no comparecer, motivó la petición de reiteración de la práctica de la prueba efectuada por la defensa, que no fue admitida por el Tribunal, negándose a suspender el juicio, por la aseveración de no haber sido traídos los testigos, con acuerdo equivocado, pues es práctica ordinaria la de citarlos el Tribunal, salvo ofrecimiento de presentación, que en el caso de examen no se había realizado; derivándose de todo ello que la protesta preparando la vía de casación fue procedente, ya que realmente la declaración de los testigos resultaba trascendente para conocer el alcance de los acuerdos existentes entre la procesada y el denunciante, y concretamente en orden a la cesión del arrendamiento y su autorización por la dueña y actuación del administrador del piso, y en definitiva para determinar por su

resultado, si el incumplimiento de lo prometido y la condición de la relación entre aquéllos era civil o penal, según no existiera engaño y defraudación, o fuera aquél la causa del perjuicio económico, por lo que la omisión de estos testimonios ha podido causar indefensión a la parte que los propuso y restar elementos de juicio a los juzgadores para forjar su estado de conciencia, con todos los conocimientos precisos para determinar el alcance fáctico de la conducta que debía ser objeto de su enjuiciamiento, máxime cuando los propuestos no han sido testigos sumariales, por lo que ciertamente han sido infringidos los artículos 701, 746, núm. 3.º, y 801, núm. 1.º, de la L. E. Crim., debiendo acogerse el motivo con las consecuencias previstas en el artículo 901 bis. (Sentencia 20 enero 1968.)

Si bien el artículo 801 permite la suspensión del juicio oral, recomienda evitar las inmotivadas y hace referencia al 746 y entre los casos que enumera no figura la prueba documental, pero aun admitiendo que estuviera comprendida en el 745, siempre queda sujeta a que el Tribunal la estime necesaria o no por considerarse instruido, y obró correctamente al no suspender, pues, los escritos de calificación del Ministerio Fiscal y la acusación privada se refieren concretamente a que el recurrente no hizo las señales del cambio de dirección, la defensa, en sus conclusiones provisionales, muestra su disconformidad con las acusaciones, sin relatar cómo ocurrió la colisión, y en las definitivas afirma concretamente hizo las señales con el intermitente y con el brazo, señalando cómo, a su juicio se situaron los vehículos antes y en el momento de la colisión, y con la limitación a estos puntos, la Sala estaba instruida sin necesidad del croquis del lugar que se solicitó por la defensa del procesado que se remitiera al Juzgado y no a la Sala. (Sentencia 7 febrero 1968.)

Recorre el inculpado contra la protestada denegación de prueba pericial en el acto del juicio, y no puede acogerse este motivo, pues si bien la repulsa de esta diligencia se protege procesalmente por el núm. 1 del artículo 850 de la L. E. Crim., se exigen varios presupuestos nacidos para evitar la indefensión del acusado o la carencia de datos necesarios a fin de un injuiciar perfecto, imposible sin ellos: ausente uno de los peritos, de región tan apartada como el Aaiún, lugar a donde hubo de trasladarse la Audiencia Provincial de Las Palmas para celebrar la vista de la causa, notificados los dos peritos y de viaje en Madrid uno de ellos, la Sala conocía su dictamen prestado en forma al folio 55 del sumario, en el cual se proporciona el nombre técnico de la planta vulgarmente conocida por griffa, kiffi, hechis y marihuana, con el científico de cannabis sativa, variedad índica, y si no contesta a las preguntas b) y c) sobre su carácter medicinal, vendida con licencia en las farmacias para fines curativos, la declara de cualidades tóxicas dentro de las drogas heroicas, narcóticas. y son extremos que nada significan en la venta celebrada entre el recurrente y unos legionarios, son preguntas impertinentes por no referirse al acto por lo cual la negativa a la prueba ante la dificultad de repetir la constitución del Tribunal en el Aaiún para practicar la prueba de que había suficiente constancia en el sumario y de ningún modo causaba indefensión, fue acuerdo justo y procesal. (Sentencia 12 marzo 1968.)

Se basa el motivo en haber denegado indebidamente la Audiencia la prueba documental propuesta por la representación de la procesada recurrente en el escrito de calificación provisional, consistente en que por el Tribunal Ordinario Eclesiástico del Obispado se librara testimonio del acuerdo de admisión de la demanda de divorcio simple o separación de lecho, mesa y habitación que había promovido contra su esposo, y de lo declarado por cierto testigo en la información previa a la admisión de la demanda; y sin que, por omitidos en el auto de 11 septiembre 1965, se conozca los motivos por los que el Tribunal "a quo" rechazara dicha prueba, se advierte que el juicio del Tribunal Eclesiástico no podía influir en el del sentenciador, que sólo lo forma, según su conciencia, no por ajenos criterios, sino a virtud de pruebas, razones de las partes y alegaciones de los mismos encausados, según norma del artículo 741 de la citada Ley, y en cuanto al testimonio del testigo en la referida información previa, porque siguiéndose la causa por el procedimiento de urgencia regulado en el Título III, Libro IV, de la misma Ley, y obligado el Tribunal a celebrar el juicio dentro de los quince días siguientes, según el artículo 798—hoy 799—, con la denegación referida a este extremo, impedía retrasar el fallo por posibles suspensiones y no causaba, sin embargo indefensión por cuanto que podía proponerlo y presentarlo como tal testigo al iniciarse el acto del juicio oral al amparo de los artículos 798 y 800 del repetido Ordenamiento; pero, sobre que no se descubre desacertada la decisión de la Audiencia, la inadmisión de la prueba no podría determinar la estimación del motivo del recurso porque no se reprodujo la petición en el momento procesal indicado que es hasta el que dura el periodo de proposición, y si, extemporáneamente, cuando ya se habían practicado las admitidas y poco antes de ser elevadas a definitivas las conclusiones, siendo entonces formulada por la nueva denegación la protesta, que carece de eficacia. (Sentencia 3 abril 1968.)

Se alega denegación de una prueba que hubiera sido propuesta en tiempo y forma y que el recurrente, frente al criterio de la Sala, entiende que por ser pertinente debió ser admitida y practicada. Basta examinar esta apoyatura impugnatoria y tener en cuenta la taxatividad legal en el planteamiento de los motivos base de la casación tanto formal como material, para comprender la inadecuación de esta vía de contradicción para combatir, no una inadmisión probatoria que debería practicarse en el acto del juicio oral, sino la repulsa del planteamiento de una cuestión prejudicial, que son cosas enteramente distintas, pues por mucha amplitud conceptual que se tenga no hay posibilidad de confundir una diligencia probatoria con un litigio prejudicial, pues ésta y no otra naturaleza tienen las cuestiones prejudiciales que recíprocamente pueden interferirse en los litigios civiles, penales, administrativos, laborales e incluso canónicos, en todos los cuales, partiendo de la unidad jurisdiccional, se reconoce que o bien el Tribunal que conozca de una causa criminal puede y debe resolver cuestiones ajenas a su propia jurisdicción al solo efecto de la represión, o en líneas generales para todas las jurisdicciones en que puede producirse la interferencia, suspender el curso del trámite del respectivo juicio y remitir el conocimiento de la cuestión prejudicial a la jurisdicción privativa a quien jurisdiccional y

competencialmente le corresponda conocer, para que una vez ejecutoria-mente resuelta deba después repercutir, por imperativos legales categóricos, tal resolución en el proceso suspendido. Siendo ésta la mecánica legal y procesal de las cuestiones prejudiciales, no son confundibles con los simples medios de prueba inadmitidos, y por consiguiente dadas estas esenciales diferencias no cabe impugnar la inadmisión de una cuestión prejudicial por el estricto cauce del núm. 1.º del artículo 850, que por mucha que fuera la amplitud interpretativa de su ámbito y contenido, no puede aplicarse a la expresada decisión denegatoria. (Sentencia 4 abril 1968.)

Rechazada la prueba pericial propuesta por la defensa del procesado en su escrito de calificación provisional, por Auto de la Sala sentenciadora de 3 enero 1966, notificado el mismo día, no se formuló la oportuna propuesta a efectos casacionales, requisito indispensable según la letra del párrafo 4.º del artículo 659, para poder interponer el motivo que ahora se formula, sin ser válido el argumento empleado por el recurrente, de no haber recurso contra el acuerdo del Tribunal por tratarse de procedimiento de urgencia: una cosa es recurso y otra muy distinta formular protesta a los efectos en su día precedentes y a mayor abundamiento dada la indole del procedimiento tramitado, cabía a tenor de lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 800, proponer nuevamente la prueba en el acto del Juicio oral, consignada la protesta en caso de no admitirse, y al no haberlo efectuado en ninguno de los momentos citados, se ha incurrido en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 884 de la referida Ley, convertida en este trámite en desestimación. (Sentencia 15 abril 1968.)

Teniéndose a la vista el escrito de conclusiones provisionales de la defensa en su núm. 3.º, ap. b), se advierte el acierto de la Sala al denegar una prueba mal propuesta, y que pugna con claros preceptos legales impeditivos de la forma con que fue articulada y se pretendía practicar, pues con elogioso acierto la Sala de instancia razonó en su auto de 6 mayo 1965, la imposibilidad de declarar pertinente una prueba que suponía la aportación a los autos de los libros de contabilidad oficiales de una entidad mercantil, aportación prohibida por los artículos 46 del vigente C. Com., que niega la entrega de los libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes; y que en el 47, en los supuestos excepcionales a que se refiere, permite tan sólo la exhibición a efectos compulsorios, posibilidad que generosamente la Sala provincial señaló al recurrente, que no la aprovechó. No hubo, pues, denegación de una prueba pertinente, ni la consiguiente indefensión que se denuncia. Los mismos preceptos que se acaban de citar vedaban la propuesta de que se aportara a la causa cuanta documentación afecte o guarde relación con la administración de la Mutualidad, que incidía en igual prohibición, puesto que también se prohíbe la aportación de la documentación de las entidades mercantiles; y también estaba expedito y no se supo utilizar la posibilidad del cotejo compulsorio de aquellos documentos que pudieran interesar a las finalidades defensivas del recurrente. En cuanto a no haberse elevado a la Sala determinados libros particulares que llevaba el inculpado, y que se presentaron con la inicial querrela o que fueron aportados posteriormente, no puede servir de base a la casación pretendida, que sólo

tutela la denegación de alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente, pues aunque es verdad que, según los artículos 629 y 654 de la Ley, al entregarse las causas al Ministerio Fiscal y a las partes debe acordarse lo necesario para que puedan examinar la correspondencia, libros, papeles y demás piezas de convicción, de estos artículos cuando no se les hubiera dado exacto cumplimiento, sólo nace para las partes el indudable derecho a solicitar del Tribunal su puesta de manifiesto, pero sólo pueden generar la denegación de prueba cuando oportunamente en el trance apropiado—escrito de conclusiones provisionales— se propusieran como prueba estos libros; y basta tener a la vista el ya referido escrito de conclusiones de la defensa para advertir que estos libros, cuya no exhibición se denuncia, no fueron objeto de proposición de prueba en el escrito que venimos aludiendo, ni en el escrito de protesta de 7 mayo 1965 contra el auto que denegó otras pruebas de 6 mayo del propio año. (Sentencia 29 abril 1968.)

No se recurrió por el inculpado el auto de sobreseimiento libre en la causa por falsedad procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1, de Córdoba, en el cual estaba personado como querellante, y ahora el motivo por quebrantamiento de forma se funda en la denegación de prueba que el recurrente solicitó sobre extracción de los documentos obrantes en la causa sobreseida con intento de probar lo que fue resuelto por insubsistencia objetiva del hecho, lo que implica una revisión extemporánea del anterior, porque a esto equivale el nuevo examen de los distintos dictámenes periciales, base de la primera resolución, ya firme y ejecutada. (Sentencia 30 abril 1968.)

b) *Falta de claridad de los hechos probados* (art. 851, núm. 1.º, inciso 1.º): Es infundado el reparo que a la sentencia se opone, pues en ésta se hace constar la relación existente entre el recurrente y el perjudicado y naturaleza de ella, la facultad que aquél tenía para pagar, cobrar facturas y extraer fondos de la cuenta corriente del segundo y cantidades de éste, de las cuales dispuso en su propio beneficio, con indicación de fechas y cuantías, lo que da al relato fáctico suficiente claridad para establecer la pertinente calificación jurídica, sin precisar más detalles, que pudieron dejar de consignarse por estimarlos el juzgador innecesarios o por faltarle la necesaria prueba, como los “otros medios” empleados para llevar a efecto las sustracciones a que se refiere el juzgador y que no tendría, por otra parte trascendencia alguna en la penalidad. (Sentencia 26 enero 1968.)

El artículo 851, núm. 1.º, inciso 1.º, de la L. E. Crim., concede la casación por forma, contra aquellas sentencias que no expresan clara y terminantemente cuáles son los hechos que se estiman probados por la convicción psicológica de la Sala, exigiendo por contrario imperio, para evitar tan excepcional medida, que las resoluciones sean en su relato histórico, conceptual y semánticamente lógicas y comprensibles, en sus expresiones gramaticales y en su discurso narrativo, y que no contengan en el mismo dudas insalvables, hipótesis, vacilaciones u omisiones evitables y trascendentes, que impidan conocer la premisa de hecho, con certeza y garantía de representar la verdad real, o que en su caso impidan saber si se quiso declarar como

exacta la misma. La resolución recurrida no adolece de dicho defecto procesal, como asegura en el primer motivo la recurrente, que le imputa no precisar la fecha exacta del hurto por que fue condenada, o al menos el período de tiempo en que pudo cometerse, así como que tampoco determina si al realizarse el delito prestaba sus servicios en la casa del matrimonio perjudicado; pues el Tribunal no podía expresar con certeza el día o días de las sustracciones de objetos, porque resultaban desconocidos en su certeza, y por ello recurrió como era obligado y permitido a fijarlos por aproximación, señalando que ocurrieron "últimamente", queriendo significar que había sucedido en los meses o días inmediatamente anteriores al 5 diciembre 1964, fecha de la denuncia y cesación de los servicios domésticos, que habían durado siete años, interpretación ésta obligada de acuerdo con el contenido literal y gramatical del relato de hecho, y que no produce indeterminación alguna, si no concreción, lo más exactamente posible, dentro de las posibilidades de conocimiento de los hechos, existiendo claridad en la sentencia y precisión suficiente para conocer la premisa fáctica y derivar las consecuencias de su calificación legal; estando, a su vez, establecido que los hechos de sustracción acaecieron cuando prestaba sus servicios como ama de llaves, puesto que así deriva de la interpretación dada a los hechos, anteriormente, y ratifica el considerando de la sentencia recurrida, que asegura "tomar la procesada en provecho propio los objetos hallados en la casa donde prestaba sus servicios... y durante la convivencia en el hogar", lo que destruye la alegación de la recurrente y proclama la inexistencia de los defectos, a que tendía este motivo del recurso, por ser la resolución clara y terminante, tal y como en la doctrina antes expuesta se dijo, en sus hechos probados y estar éstos completados por declaración fáctica del considerando. (Sentencia 30 enero 1968.)

Se alega falta de claridad en el hecho probado de la sentencia recurrida, por no precisarse quién causó las lesiones a la recurrente, no puede prosperar por afirmarse en el mismo, en términos absolutos, no constar que el procesado agrediera a su consorte, desvaneciéndose, por tanto, la más pequeña infracción de lo dispuesto en la regla 2.ª del artículo 142 de la citada Ley Procesal, que únicamente obliga a efectuar declaración expresa y terminante de los hechos que resulten probados; y las contusiones de carácter o pronóstico muy leve, padecidos por la mujer, no consta cómo se les causó, no viniendo en manera alguna obligado el Tribunal "a quo" a sentar afirmaciones no comprobadas plenamente. (Sentencia 15 marzo 1968.)

La falta que el número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., sanciona en el trámite de casación con la anulación de la sentencia de la Audiencia, consiste en que en el relato del suceso no se puntualice con la debida claridad y precisión los datos y detalles fácticos convenientes y básicos para su acertada calificación jurídica, o sea, que aparezca oscuro y confuso hasta el extremo de que no llegue a comprenderse lo sucedido; pero no puede consistir en que aquéllos no recojan algún extremo o detalle de hecho, planteado o no ante el Tribunal de Instancia, que éste no llevó al relato, bien por no estimarlo necesario o por no estar suficientemente probado. (Sentencia 25 marzo 1968.)

En los delitos, como el cohecho, de ejecución solapada, sigilosa, donde se borran huellas y vestigios para burlar la vigilancia oficial y desdibujar la comprobación posterior, el Tribunal sentenciador llega a formar su conciencia sobre el hecho, basado en pruebas diversas, sin la constancia de datos escritos, y al revisar este juicio no ha de exigirsele la puntualización exacta en todos y cada uno de los pormenores, pues se halla obligado a fallar y es suficiente el conjunto probatorio para concretar en modo cierto la realidad de la narración histórica; por eso la forma y momento de entregar las dádivas no aparece con la precisión que pide el recurrente en su motivo por quebrantamiento de forma, al preparar el cual no detalla el inciso de los tres que comprende el núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., aunque se entienda cómo la tacha alegada es la falta de claridad, que no puede referirse en este motivo a sus consecuencias acerca de la agrupación de los delitos, objeto de fondo, ni exigible la unidad o multiplicidad de las entregas; pues la Sala expone claramente cuáles son los hechos que considera probados. (Sentencia 3 abril 1968.)

Algunas resoluciones de esta Sala no estiman como defecto incluido en el núm. 1, inciso 1.º, del artículo 851 de la L. E. Crim., la omisión de datos que juzgue interesantes el recurrente, porque sería anteponer su criterio al del Tribunal, que no los reputó necesarios en otras, como las SS. de 8 febrero y 7 mayo 1954 ó 22 enero 1957, se establece que existe oscuridad, opuesta a lo preceptuado en los artículos 142 y 742, cuando se omite cuestión de indudable enlace y trascendencia con los hechos declarados probados y ha sido propuesta, pues queda sin determinar la verdadera intervención de los recurrentes, precedente de sus responsabilidades; por eso la formalización de la póliza de seguro hubo de llevar como complemento necesario la situación obligatoria recíproca de los contratantes, por si de ella se deriva o no la responsabilidad civil impuesta, a la que se opuso el responsable civil subsidiario por no haber pagado la anualidad entre 11 marzo 1965 al 10 de marzo siguiente. (Sentencia 10 abril 1968.)

c) *Contradicción entre los hechos probados (art. 851, núm. 1.º, inciso 2.º)*: No hay contradicción de clase alguna, pues el aceptar la letra y firmarla con firma distinta a la habitual; que en el protesto una cuñada, que no consta obrara por orden del encartado, tildase de “disconforme” la letra, y acudiéndose, correctamente, a un juicio de cognición allí, maliciosamente y llevando hasta el final su preconcebida y dolosa intención delictual—para ello alteró la firma—, se tachara de falsa la firma puesta en la letra, no supone contradicción de clase alguna, sino concatenación y relato lógico, sin que, para generar la contradicción denunciada, valga la sutil afirmación relativa a que la expresión “no ser conforme” por un tercero, no por el aceptante, implicara reconocimiento ni expreso ni tácito, ni tampoco negativa de la firma, puesto que según el artículo 521, párrafo 2.º, del C. Com., y núm. 4.º del artículo 1.429 de la L. E. Civ., el reconocimiento o la tacha de falsedad de la firma de una letra de cambio tiene que emanar precisamente del aceptante, sin que la simple expresión de no conformidad con la letra en el protesto sin expresar el motivo de la misma vede ni sea obstáculo a que el aceptante pueda oponer como excepción prevista en el artículo 1.464 de la Ley procesal.

civil la falsedad de la firma, que implicaría la del título o del acto que le hubiera dado fuerza ejecutiva, que es lo que en definitiva intento hacer el acusado para agotar las consecuencias de su ilícita velación, lo que tanto pudo realizar en el proceso ejecutivo como en el de cognición válidamente utilizado. No existe, pues, la contradicción denunciada. (Sentencia 26 enero 1968.)

La contradicción, de existir, es preciso que conste en el resultando de hechos probados y no en éste y en la parte dispositiva de la sentencia, pues de no ajustarse la aplicación del derecho al hecho, no puede combatirse al amparo de este precepto. (Sentencia 9 marzo 1968.)

d) *Predeterminación del fallo* (art. 851, núm. 1.º, inciso 3.º): La palabra "conminar" no es término jurídico que predetermine el fallo. (Sentencia 11 enero 1968.)

En aras a la precisión y claridad a las que es forzoso atenerse en la redacción del hecho probado de las sentencias, matizando sus incidencias, para llegar a la conclusión que le haga congruente con el precepto legal aplicable, es indispensable muchas veces emplear palabras o frases que parece pueden rozar conceptos jurídicos, sin llegar a comprenderles íntegramente, significando solamente circunstancias precisas que recoger, máxime en supuestos como el del caso de autos, en el que se trata de reflejar el estado agudo de intoxicación etílica con que el procesado conducía su motocicleta, diciéndose que se estima cantidad fuerte, que le incapacitaba para conducir con seguridad, frase distinta a la empleada por el legislador en la redacción del artículo 5.º de la Ley de 24 diciembre 1962, precepto sancionador aplicado, palabras tendentes únicamente a demostrar que la conducción se efectuaba bajo el influjo de bebidas alcohólicas, capaces de perturbarla gravemente, sin que, por otra parte, constituyan elementos integrantes de un precepto penal de carácter sustantivo o de una norma jurídica de común aplicación, para cuya comprensión se precisen conocimientos jurídicos especiales, sino término vulgar al alcance de una cultura media de tipo general, que no pueden suponer determinación del fallo. (Sentencia 16 enero 1968.)

Los términos "negar la firma después y hacer ineficaz dicho título" y "tachó de falsa la firma puesta a la cambial" ni son exclusivamente jurídicos, cual requiere una ya reiterada jurisprudencia de esta Sala, ni exigen para su adecuado entendimiento unos especiales conocimientos de Derecho, pues son muchísimas personas, la mayoría, que, sin ser juristas, saben lo que es negar una firma y lo que significa la ineficacia de un título: lo que supone tachar de falsa una firma y lo que es una "cambial": debiendo las leyes en abstracto y las sentencias en concreto evitar por igual un lenguaje tal artificial, técnico y complicado que sólo los muy especializados en cada materia pudieran entenderlo, como incidir en defecto contrario usando una terminología tan vulgar que resultara impropia de la usual forma de expresarse los funcionarios judiciales y de todos los que colaboran en la Administración de Justicia, de tal forma que el lenguaje forense debe tender a ser entendido por las personas de cultura media, sin pretender que los torpes y carentes de mínima cultura puedan darse por informados, pues

no cabe olvidar que previsoramente la Ley cuida de imponer el asesoramiento y asistencia a los litigantes, facilitándolo gratuitamente a los económicamente débiles. En resumen, los conceptos citados, sin que sea dable negar su trascendencia jurídica, eran de usual conocimiento para personas de mediana cultura y era obligado que se utilizaran estos u otros similares, para expresar en la resultancia probatoria las torpes e ilícitas finalidades que dolosamente, con ostensible malicia, se propuso conseguir el hoy recurrente. (Sentencia 26 enero 1968.)

El Juez no puede utilizar en el relato de hecho, con carácter exclusivo, expresiones técnicas sustantivas, que hubiera empleado el legislador para definir el núcleo del delito, sino que debe usar conceptos de matiz vulgar fácilmente comprensibles por las personas de cultura media y no sólo aprehensibles por especialistas en Derecho, pues si emplea aquel vicioso sistema da lugar a la casación autorizada en el artículo 851, número 1.º, inciso 3.º, de la Ley procesal penal, por establecer al describir tal relato histórico conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo, pues sustituyen la narración en lo esencial y subsumen en ella la calificación posterior, que indebidamente anticipa, involucrando dos funciones diferentes y separadas en una sola y produciendo una lesión de derechos de las personas juzgadas. Tampoco este defecto procesal se ha causado en la sentencia de examen, pues proclama que la procesada "se había apropiado para su beneficio" de efectos diversos, con expresión que es de comprensión enteramente vulgar y por cualquier persona, más o no perita en Derecho, y que no contiene concepto alguno jurídico, sino de léxico ordinario, y que, por fin, en nada coincide con la definición del artículo 514, número 1.º del C. P. del delito de hurto, en cuanto se refiere a tomar cosas con ánimo de lucro y que, por tanto, emplea términos no técnico-jurídicos, sino de lenguaje común, y además enteramente distintos a aquéllos, aunque digan en esencia lo mismo con diferentes palabras, lo cual resulta enteramente necesario, pues si no se aceptara esta manera de expresión similar o descriptiva no habría posibilidad de consignar hechos probados de ninguna clase. (Sentencia 30 enero 1968.)

Para aprobar la tesis del motivo segundo, fundado en el número 1.º del artículo 851 citado, era menester que su argumento sobre el empleo de los vocablos "encubrir" y "préstamo usurario", integrantes descriptivos en el artículo 543 del C. P., figurasen en la narración de la sentencia como él asegura: pero ninguno de estos términos se incluyen entre los hechos, que emplean repetidamente la palabra préstamo sin adjetivo, enumera las distintas operaciones crediticias, la cláusula estabilizadora y su finalidad, con los tipos crecientes de interés, pero no utiliza los vocablos que predeterminan el fallo los de encubrir y préstamo usurario, aunque los mismos hechos describan este delito con palabras usuales y sean por sí mismo determinantes de la postrera resolución, que de otro modo nunca pudiera adoptarse. (Sentencia 1 febrero 1968.)

Acude la inculpada al número 1, inciso 3.º del artículo 851 de la LECrim., para impugnar la sentencia por uso indebido en el relato de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo y coteja la frase del párrafo último

en el número 2 del artículo 411 del C. P., en la que se dice "o por medios inadecuados le causare cualquier otra lesión grave", como la incluida en la narración, "causándole perforación de peritoneo, precisando asistencia facultativa durante cincuenta días de dichas lesiones"; es señal del aludido defecto la existencia de frase igual cuando está sola, pero aquí va precedida de la perforación peritoneal, que es, en verdad, base de la valoración y, además, difícilmente se puede utilizar otra frase, ya que es la vulgar, no jurídica y neta, para describir la aplicación del artículo y número predichos. (Sentencia 14 marzo 1968.)

Se acoge esta tacha con el número 1.º del artículo 851 de la LECrim., cuando por sí mismo puede predeterminar el fallo, si bien sea como descripción de la figura penal en sus mismos términos y no vaya acompañado de otras circunstancias, determinantes ellas de la resolución; la frase "omitiere las más elementales normas de diligencia" no está en la inexistente definición legal, sino en la ampliación doctrinal fuera del texto del Código, y el hecho de golpear un camión sucesivamente a dos carros que iban por su derecha proclama él sólo la absoluta falta de cuidado, el peligro grave arrastrado con su conducción desconocedora de su deber exigible de respeto a los usuarios de la carretera, a quienes causó daños en personas y cosas. (Sentencia 15 marzo 1968.)

Las palabras "sin disminuir la velocidad, ni hacer señales acústicas", no son términos jurídicos y sí necesarios para describir la conducta seguida por el procesado. (Sentencia 1 abril 1968.)

Se alega la existencia de una compensación en el resultando de hechos porque declara que el conductor del autobús en la improvisación del momento, para evitar el atropello, giró, pero lo hizo, sin necesidad, más de lo previsto, y contribuyó así a causar los daños en su vehículo; esta limitación del daño por la maniobra excesiva es una valoración prematura, juicio y no hecho, que predetermina el fallo en cuanto a la responsabilidad civil, defecto procesal comprendido en el precepto invocado, y es causa para estimar el motivo, casar la sentencia, con devolución para que se dicte otra conforme a derecho. (Sentencia 2 abril 1968.)

Las frases que destaca el recurrente como predeterminantes del fallo son de uso vulgar y corriente, sin ninguna dosis de carácter jurídico, utilizadas por el pueblo para describir sucesos como el relatado en la premisa de facto de la sentencia denunciada, que naturalmente conducen al fallo condenatorio, sin que ello sea causa de nulidad de la resolución, que se ataca por el cauce del número 1.º del artículo 851 de la Ley procesal, pues lo que no quiere la Ley es que se sustituya la relación del suceso por una síntesis jurídica que arrope los hechos de modo que no se vean, pero no puede ni quiso impedir que de la relación legítima de los hechos que ponen de manifiesto lo ocurrido se desprenda lógicamente el fallo, absolutorio o de condena, a través de razonamiento en derecho, pues esta es la misión del silogismo que toda sentencia encierra. (Sentencia 4 abril 1968.)

Se establece que se han empleado conceptos jurídicos, cuando al referirse los hechos declarados probados a los antecedentes penales del procesado, afirma que fue condenado por varios celitos de hurto, "que hoy tienen

la misma consideración”, con lo que se alega que no se narran los hechos y que se substituyen por una consideración legal, argumentación que no puede aceptarse a los fines perseguidos, porque, como tiene repetidamente dicho la doctrina de esta Sala, los conceptos jurídicos existen cuando para su cabal comprensión sean precisos especiales conocimientos técnicos de Derecho, ajenos a una cultura media y especialmente cuando se empleen vocablos de los usados por la Ley para definir concepto penales, caso que no es el de autos, en que se especifican las sentencias recaídas anteriormente contra la procesada recurrente, con sus fechas y los delitos que las originaron, especificándose que son un delito de robo y seis de hurto, sobre los cuales últimos delitos se explica que lo siguen siendo en la actualidad, frase con la cual no se indica en realidad concepto jurídico de clase alguna, ya que dice delitos que lo siguen siendo, para dar a entender que no han decaído aquellos hechos en su importancia y que siguen teniendo la que tuvieron en el momento de dictarse las oportunas sentencias, relatando en puridad un mero detalle de hecho, puesto que a un hecho se refiere y un hecho explica, y por ello es inconsistente a todas luces querer encontrar un defecto formal inexistente, inapreciable para el vulgo y sólo accesible al perito en Derecho, que piensa que tal detalle se va a utilizar para sentar la multirreincidencia. (Sentencia 18 abril 1968.)

El Tribunal de instancia no puede emplear en el relato del hecho probado, producto de su convicción psicológica con carácter exclusivo, expresiones técnicas, sustantivas y peculiares por su juridicidad, que hubiera utilizado el legislador para definir el núcleo del delito, o de la institución, negocio o efecto jurídico a que se refiere el tipo penal, sino que debe usar conceptos de matiz vulgar, corriente o de lenguaje llano, fácilmente comprensibles por las personas de cultura media, y no exclusivamente aprehensibles por especialistas del Derecho, pues si emplea aquel vicioso sistema da lugar a la casación por quebrantamiento de forma autorizada por el artículo 851, número 1.º, inciso 3.º, de la Ley procesal penal, por establecer, al describir el relato fáctico, conceptos que por su carácter jurídico predeterminen el fallo, pues substituye la narración en lo esencial y subsume en ella la posterior calificación, que indebidamente anticipa, involucrando dos funciones diferentes y separadas, y que operan en relación de causa a efecto, en una sola, con agravio y perjuicio de los derechos de la persona juzgada y del criterio lógico-formal que nutre la resolución judicial penal en su construcción. Aplicando esta conocida doctrina al supuesto de autos, es evidente que la frase empleada por la Sala de instancia, al decir “hechos que produjeron la consiguiente conmoción al ser conocidos”, no contiene conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, pues ninguna de sus palabras conlleva un valor semántico-jurídico, ni coinciden con las del artículo 431, párrafo 1.º del C. P., que exige grave escándalo o trascendencia del hecho, ni, por fin, implican más que la natural y única manera que aquél tenía para gramaticalmente expresar de manera adecuada su estado de conciencia, de acuerdo a lo acaecido en el orden de las relaciones humanas, a medio de términos enteramente vulgares comprensibles para cual-

quier persona provista de los más elementales conocimientos culturales, y que no cabía sustituirlos, a no llegarse al absurdo de impedir el relato de lo ocurrido a imposibilitar la confección de la premisa fáctica de la resolución y la indeclinable decisión judicial. (Sentencia 30 abril 1968.)

e) *Falta de relación de hechos probados* (art. 851, núm. 2.º): Para que incida la sentencia en el defecto anulatorio del número 2.º del artículo 851 de la LECrim., en el que se basa el tercer motivo, se requiere que en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado sin hacer explícita relación de los que lo están; y ha de rechazarse el motivo, toda vez que la resolución impugnada hace relación probatoria de los antecedentes del caso; casamiento de querellante y querrellado; conocimiento de los procesados; y por parte de la procesada de que era casado; que trabaron amistad íntima; residencia de ambos en distintos domicilios; visitas frecuentes al domicilio de ella; paseos de los mismos; resultado de los registros de la Policía y situación en que encontraron a los protagonistas; que no se ha probado que tales relaciones de amistad fueran de carácter sexual, lo que no se puede obligar al Tribunal "a quo" a que afirme, cual propugna la recurrente, lo que estima no probado; ni en ese extremo ni en los otros de carácter negatorio, por estar improbados. (Sentencia 3 febrero 1968.)

Al amparo del número 2.º del mismo artículo 851 se formaliza el motivo por no hacerse expresa relación de los hechos que resultaren probados, basándolo en que el primer resultado de la sentencia de instancia viene a reproducir casi exactamente la primera de las conclusiones del Ministerio Fiscal, la desestimación de cuyo motivo viene impuesto porque la circunstancia que se pone de relieve en este motivo de ningún modo encaja en las previsiones legales del número que le sirve de soporte, en el que se prescribe la carencia de relato fáctico en las sentencias, pero no se veda que el Tribunal consigne como tal, más o menos literalmente, la versión contenida en el escrito de alguna de las partes, si en conciencia, y por el resultado de las pruebas practicadas, considera que los hechos acaecieron según tal versión. (Sentencia 5 febrero 1968.)

f) *No resolución de todos los puntos objeto de debate* (art. 851, núm. 3.º): La casación por quebrantamiento de forma que autoriza el número 3.º del artículo 851 de la LECrim., cuando no se resuelven en la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y la defensa, no puede ser admitido, pues su alegación de que siendo castigado por delito de amenazas se dejó sin resolver sobre la existencia de la infracción criminal de estafa, que había sido imputada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, de acogerse le perjudicaría notablemente, ya que siendo la estafa acusada, aun en su grado de frustración, más agravante castigada, como incurso en el artículo 528, número 1.º del C. P., al tener fijada pena de presidio menor, que el delito de amenazas que lo está con arresto mayor, si el Tribunal fuera obligado a decidir sobre la existencia del delito más grave, y lo acogiera, resultaría su decisión contraria a toda equidad, principio moral, espíritu reflejado en el artículo 902 de la Ley procesal penal,

y axioma jurídico de que el interés es la medida de la acción, pues la casación "in peius" es de siempre repudiable si quien la pretende es el sancionado, con la fatal consecuencia de agravar su propia condena; desestimación que es aún más procedente si se atiende a la doctrina reiterada de esta Sala, de las sentencias condenatorias deciden todas las cuestiones alegadas y debatidas en juicio, y como la resolución recurrida devaloró la acusación formulada por estafa frustrada, dejándola en delito de amenazas, por entender que el chantaje acusado no contenía en su realidad dinámica y anímica el engaño como elemento integral de la acción, sino la presión moral o intimidatoria, es evidente que al tomar una de las dos facetas calificadoras, de las que el hecho ciertamente podía tener, y precisamente la más leve en lo penal, desestimó, implícita, pero claramente, la otra, que no puede entenderse indebidamente preterida, sino excluida con todo acierto, aunque fuera de manera tácita, pues al pronunciarse electivamente por una de las dos calificaciones, la otra era rechazada, y sólo contra su postergación calificadora, puedan recurrir las partes acusadoras, que precisamente se han aquietado. (Sentencia 19 enero 1968.)

Acusa el Ministerio Fiscal por un delito de usura según los artículos 542 o 543 del C. P., alternativamente, y la acusación privada sólo por el primero; la sentencia, en las reflexiones jurídicas primera y segunda, estudia el contenido de ambos preceptos y en el fallo condena por el artículo 543, sin mención expresa del anterior; por ello el motivo primero de forma denuncia la infracción del artículo 851, 3.º de la LECrim., al no pronunciarse absolviendo en cuanto al delito de usura habitual propugnado por el acusador particular; sin eficacia, pues considerados los dos de la alternativa fiscal y elegido uno de los miembros de la dicotomía punitiva el pronunciamiento excluye al otro común de ambas acusaciones, y tampoco implica perjuicio estimable en las costas, porque este efecto económico del proceso está causado plenamente con la condena por un delito, materia del mismo, aunque fuera doble la posible calificación jurídica. (Sentencia 1 febrero 1968.)

*Incidentes:* Aunque con criterio amplio se permita el acceso a la casación por la vía del número 3.º del artículo 851 de la LECrim., de la cuestión planteada fuera de los escritos de calificación y resuelta incluso antes de la sentencia, por no existir camino alguno expreso para tratar el hecho de no suspender el juicio oral, antes de iniciarlo, a fin de solventar el problema de adecuada postulación procesal del Procurador de la parte acusadora pública, es lo cierto que el motivo primero que se articula ha de rechazarse, toda vez que, a pesar de la dicción limitativa del artículo 666 de la LECrim., sobre artículos de previo y especial pronunciamiento, el cauce que señala y el plazo de preclusión que establece para su planteamiento el artículo 667, se estiman por esta Sala y por la doctrina científica más certera, como los adecuados para formular cualquier incidente atípico de matiz procesal penal, de fondo o de forma, pues su enumeración no es exhaustiva, sino descriptiva, y al carecerse de normas expresas que determinen los trámites a seguir en casos de cuestiones de condición incidental no previstas legal y expresamente en su enumeración, pero existentes en

la "praxis" procesal, deben aplicarse sus normas, por la idoneidad que manifiestan, en función de semejanza o analogía, sin poderse diferir su planteamiento al momento del juicio oral, produciendo entonces una crisis temporal del procedimiento, que pueda obviarse con plenas garantías en momento anterior y con la debida contradicción, sin recurrir a medidas dilatorias, que aconseja prohibir el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento citada; razones todas que determinan entender como adecuada la resolución de la Sala de instancia, que estimó extemporáneamente planteada la cuestión propuesta en tal momento de juicio oral, sobre la adecuada representación procesal del Procurador de la parte acusadora privada, cuando pudo haberse utilizado el trámite dicho, dentro de los tres primeros días de calificación provisional y se omitió indebidamente, no pudiendo luego, por la preclusión creada, plantearse "ex novo"; sin perjuicio de advertir que, además, la cuestión propuesta era improcedente en el fondo, ya que en el acto del juicio oral y ante la Audiencia sólo compareció y calificó el Procurador a nombre de "F. C.", y aunque la querrela se había entablado a nombre de esta entidad y al propio de Umberto O. B., como éste era el gerente exclusivo de aquélla, y el poder se otorgó a nombre de ambos, y la ratificación del mismo la hizo como tal director gerente de la sociedad, la admisión en auto de 10 enero 1964 fue exclusivamente a nombre de "F. C.", cumpliéndose las exigencias del artículo 277, párrafo 1.º y apartado 7.º de dicha Ley de trámite, estando, por lo demás bastantado el poder a nombre del gerente y aceptado por el Procurador, bastantado que fue apreciado judicialmente al admitirlo y aceptación determinada por el ejercicio de las acciones procesales penales por el mismo Procurador. (Sentencia 13 marzo 1968.)

Se acusa la falta de resolución de todos los puntos objeto de la acusación y defensa, fundado en que no resuelve la sentencia sobre la declaración exculpatoria de un testigo: pero este testimonio sólo declara un hecho y las cuestiones cuya omisión en el motivo formal atendido en el número 3 del artículo 851, son las de derecho, calificaciones jurídicas de los hechos, que al no ser declarados probados no dan lugar a la impugnación por el aludido precepto. (Sentencia 22 marzo 1968.)

Señala el recurrente que la sentencia no contiene relación de hechos que hagan referencia a la eximente 1.ª del artículo 8.º del C. P., que oportunamente invocó, mas no tiene en cuenta que en el escrito de conclusiones definitivas se limitó a indicar como concurrente dicha circunstancia, sin expresar, como pudo hacerlo en el referido trámite, la enfermedad mental que padecía, a fin de que el Tribunal estudiara y precisara su trascendencia jurídica, por lo que, al no hacerlo, no puede sorprenderle que la Audiencia se contrajera a declarar en el tercer considerando y en el fallo de su sentencia que no concurrían circunstancias si, por el resultado de las pruebas practicadas, así lo estimó en conciencia, resolviendo de tal forma la cuestión de derecho que le había sido planteada, que era la que, por falta de pronunciamiento, podía abrir las puertas de la casación por forma, a tenor del precepto procesal en el que se basa el recurso de relación con el que contiene el artículo 742 de la referida Ley; no por omisión en la resolución

definitiva de determinados hechos, pues ésta sólo puede subsanarse siguiendo la vía del número 2.º del artículo 849, que no se utilizó. (Sentencia 23 marzo 1968.)

A fin de probar el defecto formal señalado en el número 3.º del artículo 851 de la LECrim., alega el motivo del recurso que no resolvió el Tribunal acerca de la infracción del artículo 715 de la misma Ley; son cuestiones de derecho contenidas en las conclusiones definitivas las que fijan el objeto del enjuiciamiento y concretan las pretensiones punitivas, aquellas a que se refiere el precepto, pero la defensa elevó las provisionales sin modificar y en ellas no se planteó el problema de la infracción del predicho artículo; por esta causa no se estima el motivo, pues el Tribunal resolvió las propuestas. (Sentencia 24 abril 1968.)

En estos autos se procesó por un delito de hurto de uso y otro de daños por imprudencia; se acusó por el Ministerio Fiscal sólo por un delito de hurto y se dejó de acusar por el delito de daños por imprudencia; pero se solicitó deducción de testimonio para la persecución de la conducción ilegal que indebidamente no había sido objeto de instrucción sumarial y para el seguimiento de expediente con arreglo a la Ley de Vagos y Maleantes. La defensa, por su parte, actuando fuera de su ámbito defensivo, acusó por un delito de hurto de uso y otro de conducción ilegal. La sentencia estimó sólo la existencia de un delito de hurto de uso, ordenando expedir los testimonios solicitados para las finalidades aludidas. El único motivo del recurso se ampara en el número 3.º del artículo 851 de la LECrim., por entender que el Tribunal Provincial no resolvió todos los puntos que fueron objeto de la acusación y defensa, estimando por ello infringido el artículo 142 de la propia Ley, motivación rechazable por las razones siguientes: 1.º Porque dado el sistema acusatorio que informa nuestro Ordenamiento procesal penal no es posible condenar por delito sin formal petición de parte acusadora, aunque sí sea posible hacerlo por delito de menor entidad punitiva, pero sin que acusado por un solo delito sea factible condenar por dos o más, pues ello infringiría abiertamente el referido principio acusatorio y haría incidir a la sentencia en el motivo de anulación 4.º del artículo 851 al penar delito no objeto de formal acusación. Así lo declaró esta Sala en sentencias de 29 enero 1949 y 23 noviembre 1957, expresando esta última: "Que aun cuando el precepto analizado habla en singular de delito más grave del que haya sido objeto de acusación, se comprende perfectamente que la misma infracción puede darse cuando concurre más de un delito, como en el caso de que se acusa de un solo delito de estafa y se admiten dos, lo que en rigor supone prácticamente el penar un delito más grave que el que ha sido objeto de acusación". 2.º Porque a la incriminación de un delito ha de preceder, según los artículos 299 y 300 de la Ley, la correspondiente instrucción sumarial, cosa que no ocurrió con respecto a la conducción ilegal. 3.º Porque era perfectamente compatible que se decidiera en la sentencia combatida como correctamente se hizo si existía un hurto común o de simple uso, sin que ello obste a la incriminación separada y en distinto proceso de la conducción

ilegal. 4.º Porque en todo caso el no condenar por los delitos que propugnaba, indebidamente, la defensa, y sí sólo por uno, pero con orden de proceder separadamente por el otro, significó resolver por implícita negativa, lo cual supone que no se incidió en la aludida causa 3.ª del artículo 851, base y apoyo de la impugnación recurrente, y 5.º Porque la prosperidad del recurso significaría, aunque indirectamente, una "reformatio in peius", prohibida en nuestra Ley, al obligar al Tribunal de instancia consecutivamente a la anulación de la sentencia a condenar por dos delitos a quien sólo fue, cuando menos por el momento, acusado por un solo delito, lo cual agravaría por ahora la responsabilidad punitiva del acusado contra el expresado dogma procesal-penal. (Sentencia 29 abril 1968.)

g) *Punición por un delito más grave que el acusado (art. 851, número 4.º):*

Se alega que se ha penado un delito más grave que el que fue objeto de la acusación, sin haber hecho uso la Sala de la facultad del artículo 733 de la Ley procesal penal, pues la argumentación descansa sobre una base falsa, cuál es la de comparar los delitos de amenazas de los artículos 493, número 1.º, inciso final, que fue castigado, con el 494, que fue invocado alternativamente por la acusación privada en defecto del de estafa, sin tener en cuenta que la relación habría de efectuarse con el delito más gravemente penado de los acusados, que era el de estafa frustrada, y para el que se solicitó pena de presidio menor, con sanción mucho más grave que la de arresto mayor, impuesta al delito de amenazas alegido como típico por la Sala, por lo que no se ha producido la alteración procesal que acoge este motivo, ni siquiera en el supuesto argumentado por el recurrente alterando los términos de la debida comparación, ya que ambos delitos de amenazas tienen la misma pena de arresto mayor, y por lo tanto el Tribunal podía estimar existente cualquiera de los dos, sin necesidad de usar de la vía del artículo 733, para no violentar el principio acusatorio que protege, pues el delito era del mismo género, su matiz diferencial fáctico levisimo y la penalidad, que es lo relevante a estos efectos, la misma, teniendo, por lo tanto, la Sala amplia libertad para actuar como lo hizo, ante la acusación de estafa, que, estimada o no por ella, representaba un límite básico que no rebasó, sino que notoriamente disminuyó con la pena impuesta. (Sentencia 19 enero 1968.)

D) *Régimen general de la casación:* a) *Imposibilidad de aportar testimonio de la sentencia recurrida:* No puede acogerse el motivo de inadmisión total del recurso formulado por el Ministerio Fiscal, pues no consta en el rollo de la Audiencia, expedido el testimonio de la sentencia al recurrente, que había solicitado adecuadamente en el escrito de preparación del recurso de casación, por lo que la omisión de no presentarlo ante esta Sala no le es imputable, debiendo interpretarse sin rigor lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 874 de la LECrim., por ser culpable de la omisión la Sala inferior, y obrar su testimonio por envío directo. (Auto 25 enero 1968.)

b) *Inadmisión de cuestiones nuevas*: En las conclusiones provisionales o definitivas no se acusa por el artículo 304 del C. P., presentación en juicio y uso de documentos falsos, problema de calificación de los hechos y aplicación de las normas, revisable en los términos en que se estableció la relación jurídico-penal y fue resuelta en el fallo; sin que en este trámite quepa otro planteamiento que no estuvo a la vista de la Audiencia ni por el pronunciamiento acusatorio ni por el empleo del artículo 733 de la LECrim., después de entender que el procesado no era autor de falsedad en documento mercantil, sin aludir al conocimiento de este delito a pesar de su incongruente fecha, presupuesto de su uso ilícito en juicio. (Sentencia 30 marzo 1968.)

c) *Aplicación del artículo 902 de la LECrim.*: Bien calificado penalmente el hecho, su aplicación de la Ley resulta la pena notablemente excesiva atendido el grado de malicia y el daño causado por el delito, y la Sala estima conveniente el ejercicio de la facultad concedida en el párrafo 2.º del artículo 2 del C. P., conforme al artículo 902 de la LECrim., ya que el inculpado, de buena conducta y sin antecedentes penales, reintegró la cantidad malversada en menos de un mes desde la incoación del sumario y la misma sentencia declara que el servicio a que estaba destinada no sufrió daño ni entorpecimiento; por tanto, se propone la conmutación beneficiosa de la pena impuesta, ocho años y un día de presidio mayor con inhabilitación absoluta por seis años y un día con otra pena de inhabilitación como accesoria durante el tiempo de la condena, por la pena de dos años de prisión menor con inhabilitación absoluta de seis años y un día. (Sentencia 18 marzo 1968.)

### III. PARTE ESPECIAL

*Procedimiento de urgencia: Interpretación del artículo 798 de la LECrim.*: Se ajustó a Derecho el acuerdo del Tribunal de instancia, denegatorio de la suspensión del iniciado juicio oral pretendida por la defensa de la procesada para que se practicara la prueba documental en aquel instante propuesta, consistente en recabar de un Juzgado municipal y de otro de Instrucción certificación o testimonio de particulares obrantes en actuaciones de carácter criminal en las que se hallaban implicados la procesada y su esposo, puesto que si bien en los procesos de urgencia —cual el presente—, es permitido por el artículo 798 de la LECrim., que se cita como quebrantado la incorporación de prueba documental con posterioridad a la apertura del juicio oral, la misma norma contiene la limitación en cuanto al tiempo, de que tales incorporaciones de documentos se hagan “hasta el momento de dar principio a las sesiones del juicio oral”, y consta que aquella proposición de prueba se hizo avanzada la sesión de tal juicio, después del interrogatorio de la procesada. En orden a esta misma desestimación cabe alegar que la defensa de la procesada pudo aportar los documentos en cuestión con el escrito de calificación provisional, o en el su-

puesto de hallarse fuera de su disponibilidad, proponer esta prueba en dicho escrito; y, finalmente, que tampoco el Tribunal de instancia pudo calibrar adecuadamente la pertinencia e impertinencia de la misma prueba de documentos justificativa de ciertos hechos, cuando la defensa de la procesada en su escrito de calificación se había limitado a negar los contenidos en el Ministerio Fiscal, que para nada se referían a los que se pudieran constatar mediante la nueva prueba. (Sentencia 26 enero 1968.)

## REVISTA DE LIBROS

**ABORTION: "Legal and Illegal. A Dialogue between Attorneys and Psychiatrist (Aborto: legal e ilegal. Un diálogo entre juristas y psiquiatras), publicado por Jerome M. KUMMER, Sta. Mónica, California, Santa Mónica Printers, 1967, 63 páginas.**

En este libro, muy sugestivo, por cierto, las cuestiones relativas al aborto legal y al ilegal se han abordado por los mantenedores de estas conversaciones desde una perspectiva distinta, esto es, no desde una perspectiva moral, legal o político-criminal, sino desde la perspectiva de un diálogo entre psiquiatras y juristas.

El aborto está prohibido en el Estado federal californiano, al igual que en otros 41 Estados de la Unión, a excepción de que se trate de practicar el aborto con el fin de salvar de todo peligro la vida de la madre. Sin embargo, habida cuenta del excesivo rigor de las leyes actuales sobre esta materia, existe un enorme desfase entre las prohibiciones establecidas al efecto por la ley y las intervenciones médicas, por cuanto los médicos suelen realizar con frecuencia el denominado *aborto terapéutico* en los hospitales en casos no previstos por las leyes; lo cual viene, en definitiva, a poner de manifiesto la exigencia en favor de una mayor liberalización de las disposiciones legales; liberalización que, de otra parte, traerá consigo una considerable disminución de los peligros que implica el aborto practicado por personas profanas (no especialistas) en la materia.

Ello no obstante, el tono de estas conversaciones se desenvuelve en el sentido de propugnar una liberalización en el sentido de que el aborto pueda realizarse por indicaciones médicas, eugenésicas y humanitarias, sin que, por el contrario, ello pueda suponer una liberalización total.

En lo concerniente al problema moral (ético, teológico, etc....) se pone de relieve el hecho de que la Iglesia católica no puede imponer su criterio en esta materia, cuando la mayor parte de la población, incluso la población católica, exige una mayor flexibilidad en las normas legales. A la vez que se destaca también el hecho de que el legislador debe evitar el dar criterios rígidos en una materia como ésta, en orden a determinar en qué hipótesis o supuestos está permitido el aborto en base a consideraciones terapéuticas y en qué casos no lo está, habida cuenta de que esta cuestión es materia de naturaleza y competencia exclusivamente médicas. De ahí que sólo el médico podrá y deberá llegar a la conclusión de la conveniencia o inconveniencia de practicar un aborto, considerando el estado físico y mental de la paciente, su constitución, su enfermedad, etc.... Sin embargo, ello no significa propugnar un total arbitrio decisorio por parte del diagnóstico médico en una materia tan delicada como es ésta, sino tan sólo indicar que la función del legislador ha de ser la de promulgar en las normas legales directrices generales que guíen al médico en su tarea, pero dejando a éste último un

cierto poder en orden a apreciar la conveniencia o inconveniencia de realizar estas prácticas.

El aborto como problema de salubridad pública llegará, como observa KUMMER, a producirse con una frecuencia mucho menor, a medida que vayan poniéndose en práctica medidas de carácter preventivo (centros de información para las gestantes, de difusión e información sexual, anticoncepcionistas, etcétera..., al igual que viene planteándose este problema en la actualidad en Suecia).

En síntesis, el legislador no deberá pasar por alto esta serie de consideraciones, máxime si se tiene en cuenta que el estado actual de las costumbres no se corresponde ya por lo general con el derecho positivo actual (1).

P. L. YÁÑEZ ROMÁN

**ABORTION in Britain: "Proceedings of a conference held by the Family Planning Association at the University of London Union on 22 april 1966, editado por Pitman Medical Publishing Co. Ltd., Londres, 1966, 125 páginas.**

Bajo el título de *Aborto en Gran Bretaña* se han recopilado las *actas* de la conferencia sostenida por la *Family Planning Association* (Asociación para la planificación de la familia) el día 22 de abril de 1966 en la Universidad de Londres.

Después de una brevísima *introducción* por el presidente de la referida asociación, Lord BRAIN, en la que subraya la rapidez con que se ha operado el cambio de mentalidad respecto al aborto en el mundo actual, incluso entre gentes de la más diversa procedencia en cuanto a ideología, costumbres, etcétera..., y cómo una inmensa mayoría de las gentes considera que el aborto debe ser un comportamiento, por regla general, impune, el volumen aparece dividido en tres partes: una, dedicada al aborto natural, al legal y al ilegal; otra, a las posturas adoptadas en torno al aborto, y una última, que versa sobre el aborto y los servicios sanitarios.

Al *aborto natural* dedica su ponencia MACNAUGHTON, señalando cómo la mayor parte de los abortos se producen de forma completamente natural, si bien, dentro de esta inmensa mayoría de supuestos, ocurren a veces irregularidades que no son puestas en conocimiento del médico. De ahí la imposibilidad de conocer este número de abortos naturales, así como la de conocer las irregularidades que suelen producirse.

R. TREGOLD critica, desde el *punto de vista del psiquiatra*, el sentido fuertemente restrictivo de la actual ley inglesa sobre el aborto (*Abortion Act* 1967, cuya entrada en vigor data del 1.º de enero de 1968), al no permitir

---

(1) Sobre la evolución y revolución de los valores en torno al sexo, vide, por ejemplo: SOROKIN, P. A.: *The American Sex Revolution*, 1956; KLUCK-HOHN.: *Have There Been Discernible Shifts in American Values During the Past Generation...?*, en Eltin E. Morrison: *The American Style*, 1958, 145; NEWCOMB.: *Recent Changes in Attitudes Toward Sex and Marriage*, en *Am. Sc. Rev.*, 2 (1937), 659; KARDINER, Abram.: *Sex and Morality*, 1954.

el aborto "en ciertas circunstancias" (exige, por ejemplo, que de no practicar la cirugía abortiva pueda derivarse "ruina mental" —criterio de gran importancia, que no siempre es fácil de determinar—, para la madre) (1). Pero, observa TREGOLD, existen, sin embargo, una serie de justificaciones de carácter moral (así, la indicación *ética*, llamada en Suecia indicación *humanitaria*, y que comprende, según el sentido de la ley sueca, aquellos casos en los que la gravidez se deriva de un delito sexual grave; que, además, haya dado lugar a la interposición de denuncia o querrela por la víctima —violación, incesto, deshonestidad practicada con niños menores de 15 años y la deshonestidad practicada con persona cuya libertad está ausente, disminuida o restringida, v. gr., enfermos mentales—) que la ley británica no ha tomado en consideración, a pesar de que vienen incluidas en algunas legislaciones como, por ejemplo, la de países como Noruega, Islandia, Suecia, Polonia, Yugoslavia, Checoslovaquia, Brasil, etc... Si, de otro lado, se tiene en cuenta que existen verdaderos casos posibles de *ruina física* (supuestos que no tienen idéntica relevancia que los que caen bajo el epígrafe "*ruina mental*"), debemos, concluye TREGOLD, considerar la necesidad urgente de que en el Parlamento británico se discuta un nuevo *Act* sobre el aborto, con el fin de adoptar un sentido más liberalizador, a fin de disponer una política preventiva en orden a la formación y educación sexuales, etc..., creando, por ejemplo, un departamento u oficina, adscrita al Ministerio de Sanidad, tal como se ha hecho en Suecia.

En *experimentación en Aberdeen*, Sir BAIRD nos ofrece una serie de datos estadísticos relativos a prácticas médicas reguladoras de la natalidad practicadas en Aberdeen durante el período que comprende de 1961 a 1963. Subraya, en consecuencia, los procedimientos usados en algunos países para lograr una *disminución considerable del índice general o nacional de abortos* (así, Japón y Yugoslavia). Respecto a este último país, observa BAIRD cómo pueden señalarse en los procedimientos que han sido puestos en práctica una serie de etapas: la primera caracterizada por una gran cantidad de abortos ilegales, gran escasez de abortos legales y una carencia absoluta de servicios anticonceptivos; de ahí se pasó a una fase en la que los abortos practicados legalmente sobrepasaron en mucho a los realizados en forma ilegal, destacándose de otro lado, cómo el servicio de anticoncepcionismo redujo considerablemente el número total de abortos practicados. Finalmente, se ha aceptado y realizado plenamente la etapa de anticoncepcionismo, decreciendo en forma considerable incluso el aborto practicado legalmente y lográndose la casi total desaparición del aborto ilegal. Concluye el autor poniendo de relieve cómo la problemática del aborto, condicionada ahora por factores sociales, económicos, profesionales, etc... se ha desplazado de la esfera extramatrimonial a la intramatrimonial.

"*Un cambio de perspectiva*" es el título de la ponencia presentada por W. L. NEUSTATTER, el cual incide al examinar los aspectos legales del Abortion Act inglés de 1967, en idénticas conclusiones que los anteriores, haciendo, por consiguiente, hincapié en que consideraciones clínicas, eugené-

(1) GREEN, D.: *The Abortion Act 1967*, en *The British Journal of Criminology*, 1968, vol. 8, núm. 1, págs. 82 y sigs.

sicas y sociológicas abogan por una mayor liberalización en las normas legales vigentes en Inglaterra.

C. O. CARTER trata en su ponencia de *los aspectos eugenésicos del aborto*, deteniéndose a considerar la influencia que, a este respecto, deben ejercer en la normativa legal en la materia las indicaciones socio-eugenésicas.

Sobre el aborto practicado en forma ilegal versan diversos artículos, entre los que caben destacarse el de P. RHODES en torno al *punto de vista de un ginecólogo*, exhibiendo una serie de datos estadísticos sobre el número de abortos practicados en un determinado período en Inglaterra y Gales en relación con el índice de mortalidad producido por tal causa y opinando que, a pesar de todos los medios preventivos que se pongan en ejecución a fin de prevenir las prácticas abortivas, el aborto ilegal tendrá siempre un futuro.

Son muy sugestivos, también, los artículos de M. WOODSIDE y J. G. WEIR sobre los *profesionales*, generalmente del sexo femenino, que suelen realizar los abortos ilegales, así como la índole de los clientes que suelen frecuentarlos, esbozando un estudio criminológico de gran interés.

Concluye el apartado dedicado al aborto ilegal con una ponencia de M. COLE sobre la venta de abortivos y otras dos, de S. E. FINLAY y Keith SIMPSON sobre el aborto en los medios universitarios ingleses y los riesgos inherentes a las prácticas abortivas respectivamente.

Esta recopilación de las actas de la conferencia dedica, por último, un apartado a las actitudes morales y de diverso matiz que a este respecto dominan el ambiente británico y el europeo en general, y otro, a las previsiones que, en esta materia, deben llevarse a cabo en lo que concierne a los servicios de sanidad.

P. L. Y. R.

**ACKERMANN, H. y otros: "Sexualidad y crimen", traducción de la 3.<sup>a</sup> edición alemana, por E. GIMBERNAT, Ed. Reus, Madrid, 1969, 439 páginas.**

Este libro ha sido publicado con ocasión de iniciarse las deliberaciones parlamentarias en torno al Proyecto de un nuevo Código penal alemán ("*Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962*"), y acota la problemática concerniente al sector del llamado *Derecho penal sexual*, cuya regulación en el proyecto citado viene, a juicio de la casi totalidad de los autores del libro, dominada generalmente por corrientes imbuidas de un conservaturismo a ultranza.

Entre los artículos que lo integran, merece, en primer término, atención especial el del fiscal general de Hassen, Dr. FRITZ BAUER, sobre "*el Derecho penal sexual en la actualidad*". En él, partiendo del relativismo espacial y temporal inherente a las diversas concepciones morales que se han proyectado y se proyectan aún sobre el matrimonio y sobre las relaciones sexuales en general, examina el autor la regulación propuesta en el citado proyecto acerca de la homosexualidad consentida entre adultos, el incesto, la alcahuetería, etcétera... (1), comparándola, aunque de modo muy somero, con otras legislaciones, especialmente con las pertenecientes a la esfera del derecho anglo-

(1) Sobre el alcance que en materia de delincuencia sexual ha tenido la reforma penal alemana ocurrida en 1969, vide: BERISTAIN, A.: *La reforma del*

sajón, como el *Model Penal Code* (2). De ahí deduce el autor la disparidad existente en lo que respecta a las diversas concepciones penales sobre esta materia; disparidad que resulta todavía más elocuente en lo que concierne a las penas, medidas o formas de tratamiento utilizadas para este tipo de delincuencia. Por último, BAUER se pregunta acerca de si realmente la legislación llega a influir sobre el comportamiento sexual de los ciudadanos; advirtiendo, a la hora de estudiar los datos que nos proporcionan las estadís-

---

*Código penal alemán*, en *Anuario*, t. XXII, mayo-agosto 1969, págs. 372 y sigs., en esp. 386 y 387.

(2) La regulación que establece la mayor parte de las leyes o estatutos norteamericanos sobre la "criminalidad sexual" considera cuatro aspectos principales en tales actividades: a) El grado de consentimiento existente en la relación sexual; b) La naturaleza del objeto; c) La naturaleza del acto sexual, y, por último, d) El lugar en que sucede el acto sexual. Vide, a este respecto, las legislaciones de algunos estados federales de Norteamérica en: SHERWIN, Robert V.: *Sex and the Statutory Law*, 1949; PLOSCOWE, Morris: *Sex and the Law*, 1951; BENSING: *A Comparative Study of American Sex Statutes*, en *Jour. Crim. L. & P. S.*, 42 (1951), 57; PLOSCOWE: *Sex Offenses: The American Legal Context*, págs. 217-24; WHEELER, Stanton: *Sex Offenses: A Sociological Critique*, en *Law and Contemporary Problems (Sex Offenses)*, Spring, 1960, 25, págs. 258-278. De otro lado, la concepción, según la cual la ley penal sólo debe castigar aquellos actos socialmente peligrosos, con independencia de su carácter moral, influye poderosamente en el contenido del *Model Penal Code*, del American Law Institute ["Las previsiones del Código ponen su acento sólo en aquellas conductas que se manifiestan socialmente dañosas..." (*Model Penal Code*, comentario al parágrafo 207, 1, Tent. Draft número 4, 1955; Tent. Draft núm. 9, 1959); *The American Law Institute. Model Penal Code. Proposed Official Draft. Nebst Changes and corrections*. Philadelphia, 1962; SYMPOSIUM ON THE MODEL PENAL CODE, en *Columbia Law Review*, t. 63, abril, 1963, págs. 589 y sigs.; HONIG, R. M.: *Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Vereinigten Staaten von Amerika*, en *ZStW*, 75 (1963), págs. 63 y sigs.; EL MISMO: *Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches vom 4. Mai 1962 (Model Penal Code)*, trad. y notas por id., Berlín, W. de Gruyter, 1965, XIX, 221 y sigs.]] y del *Wolfenden Report (Committee on Homosexual Offenses and Prostitution, Report, CMND, número 247, 1957; sobre este informe, vide: CHESSEY, E.: Live and Let Live, 1958, 116; MURRAY: Commons Debate on the Wolfenden Report, Just. P., 122 (1958), 816; WOLFENDEN REPORT IN PARLIAMENT, en Crim. L. Rev. (Ingl.), 1959, 38; sobre las discusiones en torno al Wolfenden Report, vide: HALL WILLIAMS: Sex Offenses: The British Experience, págs. 334-60; GIGEROFF, A. K.: Sexual Deviation in the Criminal Law, Toronto, 1968, 218 páginas; ABSE, M. P. LEO: The Sexual Offences Act, en the British journal of Crim., vol. 8, núm. 1, 1968, pág. 86). Pero además de los criterios expuestos, se constata en la actualidad el enorme grado de influencia que en dicha legislación ejerce, no ya la condena moral o el peligro social, sino sobre todo el grado de *caracterización psicopatológica* de este tipo especial de delincuentes (vide, en este sentido, el Estatuto del estado de Indiana, de 1949, descrito en *California Dept. of Mental Hygiene, Final Report on California Sexual Deviation Research*, 1954, 45). Finalmente, se reconoce también importancia a los llamados *criterios prácticos de ejecución* (así, el hecho de que casi todos los delitos de este cariz son cometidos en el interior de edificios, etc... (falta de visibilidad), y por sujetos que prestan su consentimiento a tales actividades, determina la dificultad de su averiguación y represión). De ahí, por ejemplo, las recomendaciones del *Model Penal Code*, en el sentido de suprimir la sanción penal para las prácticas sexuales desviadas realizadas y consentidas entre adultos (*Model Penal Code*, párrafos 277-278, Tent. Draft. núm. 4, 1955).*

ticas, la dificultad inherente a la constatación del aumento o del descenso en la criminalidad sexual, por cuanto, en ocasiones, la causa de la estabilidad “aparente” de la delincuencia sexual radica precisamente, no en la influencia positiva de la legislación, sino en la indiferencia o en la escasa importancia que el público en general e incluso las víctimas otorgan a tales sucesos.

Bajo el título “*Problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica en el Derecho penal sexual*”, Ulrich KLUG, partiendo de la polémica tradicional entre el absolutismo y el relativismo en torno a la filosofía del Derecho, plantea la problemática acerca de cuáles son o han de ser los principios a que ha de orientarse la decisión legislativa —a los que el legislador habrá de someterse— en los casos límite del *Derecho penal sexual* (3). El punto de partida del proyecto de 1962 —según el cual los tipos penales sexuales implican lesiones inferidas a un orden moral que está encima o junto al orden jurídico, por lo que el legislador ha de tomar en consideración no sólo la naturaleza de las cosas, sino también la naturaleza esencial del hombre—, no soluciona el problema que plantean los casos sexuales dudosos (por ejemplo, la homosexualidad consentida entre adultos). En consecuencia, en los casos sexuales extremos, que, en principio, merecerían ser castigados, pero ofrecen graves dudas, debe aplicarse el principio de la “presunción a favor de la persona, complementado por el principio de la presunción de la libertad (*“In dubio pro libertate”*)”, en conexión con el siempre difícil problema de la culpabilidad, a no ser que se desee convertir la justicia penal en el “corset” de una praxis administrativa insuficiente. En estos casos dudosos, el legislador, afirma el catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Colonia, percibe claramente el enfrentamiento de dos concepciones filosófico-jurídicas distintas: una, sobre las tareas del Estado (prevención general), y, otra, sobre la medida de la libertad permisible para el individuo y pretendida por éste (prevención especial).

Las conclusiones a que llega Wolfgang HOCHHEIMER en “*El Derecho penal sexual desde el punto de vista psicológico-antropológico*” no pueden ser más sugestivas. En base a consideraciones que inciden en el pensamiento de Freud, el director del Instituto de Psicología Pedagógica de la Escuela Superior de Pedagogía de Berlín Oeste afirma que “cada cultura y cada teoría del hombre se atribuye y da soberanamente su “Derecho”; también

(3) La problemática en sustentar un criterio de condena o reprobación moral subyace en la diversidad de sentimientos morales existentes en las modernas comunidades. En este sentido ha de rechazarse, por excesivamente amplia, la concepción de delito de DURKHEIM [“El delito consiste en actos desaprobados *universalmente* por los miembros de cada sociedad” (DURKHEIM, E.: *On the Division of Labor in Society*, trad. al inglés por G. Simpson, 1933, página 73)], por cuanto supone utilizar el término comunidad en un sentido muy amplio. Este tipo de desaprobación o de condena depende más bien del trasfondo cultural del delincuente y de las personas que deben juzgar sus actos; lo que pone de relieve que la concepción de una comunidad homogénea como presupuesto básico del argumento de la condena moral fracasa en relación con la vida contemporánea (Vide, en tal sentido: FULLER: *Morals and the Criminal Law*, en *Jour. Crim. L. & Criminology*, 32 (1942), 624 y GLUECK, S.: *Predictive Devices and the Individualization of Justice*, en *Law Contemporary Probl.*, 23 (1958), 463).

en lo que concierne a un tema antropológico fundamental, rodeado de mitos y de tabúes (4), como es el de la sexualidad. Existe, en suma, una *cultura* de la sexualidad, de forma que lo que generalmente entendemos por sexualidad es casi siempre una forma civilizada de este “inquietante” don de la naturaleza humana (según Freud, desde la infancia comienza la represión de los instintos sexuales). De ahí que la historia de la sexualidad en nuestro círculo cultural se nos manifieste como “una lucha contra una hiedra cuyas cabezas cortadas renacen continuamente”. Por consiguiente la conservación y vigencia de un orden moral “standard” no demuestra según HOCHHEIMER, ni mucho menos que la valoración y normación tradicionales sean correctas. Apoyando tales argumentaciones (de raigambre freudiana) en el informe KINSEY (5), pasa HOCHHEIMER a estudiar la reforma penal alemana en lo que respecta a la sexualidad y a los delitos contra las costumbres, para, después de confrontar el marco ideado por la reforma para el matrimonio, el aborto, la homosexualidad, etc..., con una serie de estadísticas —las de la revista alemana *Wochenend* son muy significativas—, concluir afirmando que los textos legales del proyecto excluyen la realidad sexual objeto de su regulación, al no tomarla en consideración.

Peter R. HOFSTAETTER, en *Pena y reprochabilidad desde el punto de vista social-psicológico*, critica “la regresión a un burdo positivismo jurídico a que ha tenido que acudir el legislador, una vez demostrada la imposibilidad de deducir la medida de la pena de una jerarquía de bienes jurídicos”. Por consiguiente, para fundamentar esta suposición bastaría, según el catedrático de Psicología de la U. de Hamburgo, un solo tipo penal —no varios—, en el que el legislador afirmase la punibilidad de una acción “a pesar —como dice el proyecto oficial de 1962 (pág. 347)— de que no lesiona directamente un bien jurídico determinable”. ¿Por qué, pues, determinados bienes jurídicos —la fidelidad al contrato, por ejemplo— no precisan de una protección penal y otros, en cambio —por ejemplo, la posible amenaza que para un matrimonio representa la inseminación artificial heteróloga (castigada con pena de prisión de hasta dos años, parágrafo 203—, sí necesitan una protección penal específica...? Pero es que si, además, comparamos la penalidad de la inseminación heteróloga con la asignada al adulterio (pena de un año de prisión, siendo delito perseguido sólo bajo determinados requisitos), y tomamos

---

(4) Vide a este respecto: FRAZER, J. G.: *Totemism and exogamy*, 4 vols. Londres, 1910; en contra: LOWIE, R. H.: *Traité de sociologie primitive*, trad. francesa, París, 1935, 150 y sigs.; vide, asimismo: FREUD, S.: *Totem y tabú*, Madrid, 1968, págs. 1 y sigs.; sobre esta obra de Freud, vide; LEVISTRAUS, C.: *Les structures élémentaires de la parenté*, París, 1949, 609 y 610; KROEBER, A. L.: *Totem and taboo; an ethnologie psychoanalysis* (1920), en *The nature of culture*, Chicago, 1952, págs. 306 y sigs.; El mismo: *Totem and taboo in retrospect* (1939), en *The nature of culture*, Chicago, 1952; RADCLIFFE-BROWN, A. R.: *Taboo* (1939), en *Structure and function in primitive society*, Glencoe, Illinois, 1952, págs. 148 y sigs.

(5) El informe de KINSEY ha proporcionado la primera relación detallada de las prácticas sexuales en los Estados Unidos. Vide: KINSEY, ALFRED, C., POMEROY, WARDELL B., & MARTIN, CLYDE E.: *Sexual behavior in the human male*, 1948 (suele citarse como KINSEY MALE REPORT); KINSEY, POMEROY, MARTIN & GEBHARD, PAUL H.: *Sexual behavior in the human female*, 1953 (se cita como KINSEY FEMALE REPORT).

la culpabilidad como base para la medición de la pena, hemos de suponer que el adulterio "es culpabilidad en medida considerablemente inferior a la que encierra la inseminación heteróloga", lo que, a todas luces, resulta muy discutible. En definitiva, concluye HFSTÄETTER, un Derecho penal de hombres para hombres debería evitar el uso de conceptos como los de culpabilidad y pena, sustituyéndolos por el de medidas, esto es, por un Derecho protector.

*El Derecho penal sexual desde el punto de vista etnológico* es el título del trabajo presentado por Ferdinand HERRMANN, para el cual, "si aceptamos que la legislación es, en primer lugar, un acto colectivo de voluntad, pero no un proceso reflexivo de conocimiento (H. JAEGER), la antropología cultural y la investigación de la historia de la cultura nos ofrecerán datos de enorme importancia en orden a investigar los fundamentos del Derecho. A través de la antropología cultural adquirimos conciencia de que toda cultura se halla bajo el encanto de un mundo simbólico, de un mundo ficticio, determinado por las tradiciones de la cultura en cuestión. Lo que en la actualidad aparece a veces como tabú o prohibición, siendo objeto de punición, en épocas anteriores, quizá, figuraba como algo íntimamente vinculado al culto, a lo mágico, etc... Así, en relación con el párrafo 216 del proyecto, viene a considerarse hoy como "sano y natural sentir" lo que precisamente en otros círculos de cultura se pretende para el modelo opuesto. De ahí, en suma, lo inadecuado de los conceptos natural y sano para fundamentar normas sobre materia sexual. Allí donde el legislador se sirve en la actualidad del "coco" de "la decadencia de las fuerzas morales del pueblo", en otros tiempos se habría amenazado con plagas de ratones y con la peste.

La magistrado del Tr. Supremo Federal, Else KOFFKA verifica en *El adulterio en la reforma del Derecho penal* un examen comparativo entre el Derecho vigente en Alemania con anterioridad a 1969 (que castigaba el adulterio) y el contenido en el proyecto (que abogaba asimismo por su punición) (6).

*Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual masculino* nos habla H. ACKERMANN. Parte éste de la severa situación anterior al proyecto de 1962, examinando, en consecuencia los intentos anteriores a la ley de reforma de 28 de junio de 1935, para, en último término, ocuparse del estudio del proyecto gubernamental y de un breve esquema de Derecho comparado. Concluye proponiendo que, en el futuro, se considere impune el comercio sexual entre hombres mayores de edad, de acuerdo con lo dispuesto en el 39 Congreso de juristas alemanes; si bien recomienda que deben castigarse las relaciones homosexuales practicadas en determinadas comunidades masculinas de alojamiento institucionalizadas como, por ejemplo, cuarteles, buques, presidios, etc...; propuesta ésta última que sin duda implica una fuerte restricción respecto a la primera.

Arnold MERGEN dedica su artículo a *La Prostitución*; examinando, en primer término, los verdaderos límites del concepto de prostitución y, sobre todo, las nuevas formas criminológicas de aparición de la prostitución, para concluir con un estudio del derecho positivo anterior a la reforma de 1969 y del proyecto oficial. Siendo así punible en ambas esferas el ejercicio per-

---

(6) En la reforma de 1969 han desaparecido los delitos de adulterio y de relaciones homosexuales entre adultos. (Vide: BERISTAIN, A.: *ob. cit.*, pág. 387.)

turbador de la prostitución y el ejercicio de la prostitución peligroso para la juventud, la penalidad asignada a tales hechos resulta, empero, agravada en el texto del proyecto. Ello no obstante, lo realmente importante a la hora de aplicar un tratamiento efectivo estriba en contestar a la interrogante del "por qué". Critica también MERGEN el tratamiento que el proyecto otorga a los delitos contra la honestidad, al proxenetismo, etc..., ya que con ello demuestra, concluye MERGEN, que ha preferido orientarse en ideas de valor irreales y confusas en vez de hacerlo en los hechos reales.

*Medios para la regulación de los nacimientos en la legislación del Estado: con especial consideración del nuevo proyecto de Código penal* es el título del artículo de Hans HARMSEN, el cual considera que "el Proyecto, cuando trata de los medios para la regulación del nacimiento y los encuadra en el apartado "deshonestidad", asume ya una postura de resentimiento frente a tal problemática, olvidando, por si fuera poco, una realidad tan avasalladora como la que demuestran las estadísticas alemanas actuales, según las cuales el número de primogénitos concebidos hoy antes del matrimonio y nacidos cuando los padres se han casado es aproximadamente del 70 por 100". Además, debe constatar un desplazamiento de este tipo de problema de la esfera extramatrimonial a la esfera intramatrimonial. La crítica dirigida contra el proyecto va precedida de un estudio acerca de la legislación del III Reich sobre regulación de la natalidad.

Gerhard SIMSON dedica su trabajo al estudio del *aborto legal en Suecia*. Partiendo de un planteamiento histórico legislativo del aborto en Suecia, así como de la situación actual de los hijos ilegítimos (no tan buena, por cierto, como en Noruega, donde, a partir de la ley de 21-XII-1956, se han suprimido casi de un modo absoluto las diferencias legales entre legítimos e ilegítimos), nos proporciona el autor abundante información sobre la labor de formación psicológico-social y sexual y sobre el tratamiento que se ha realizado en Suecia con el fin de combatir los abortos ilegales (en número de 20.000 al año). Este proceso ha supuesto una ampliación considerable de las indicaciones que hacen posible el aborto, que, en principio, está prohibido. El autor ofrece cifras de abortos practicados por causa de indicaciones éticas, eugenésicas, médicas, médico-sociales y psíquicas o psico-somáticas (debilidad o enfermedad de la mujer). Concluye, por último, afirmando cómo más del 60 por 100 de las mujeres que sufrieron una interrupción legal del embarazo eran casadas.

Sobre la *criminalidad en edad avanzada* nos hablan BÜRGER-PRINZ y LEWRENTZ, haciendo hincapié en el problema especial a que está vinculada la comisión de un delito por un hombre viejo y cómo ha de tomarse en consideración el hecho de que muchas de las muchachas víctimas de delitos de esta especie no son tales víctimas, sino simplemente "impulsoras". Esta delincuencia—respecto de la cual debería hablarse de una *culpabilidad predisposicional condicionada por la fase de la vida en que se halla el sujeto*—determina la necesidad cada vez más urgente de que se introduzca un Derecho penal de la edad avanzada, mucho más adecuado que el texto del Proyecto sometido a discusión (parágrafos 24 y 25).

Convirtiendo en realidad el lema "curar en vez de castigar", W. RASH nos habla en *Métodos especializados de tratamiento médico* de la terapéutica

médica aplicada a la delincuencia sexual, en especial a los homosexuales y de los resultados positivos que lleva consigo dicha aplicación (7).

STÜRUP trata del *tratamiento de la criminalidad sexual en Escandinavia*. Después de ofrecernos un somerísimo esquema de derecho positivo acerca de la protección de la libertad sexual de la mujer y de los niños, acerca de la homosexualidad, prostitución, etc..., concluye pronunciándose en favor de la aplicación de métodos curativos a los delincuentes sexuales.

*La tendencia a la exculpación* es el título del trabajo realizado por Helmut EHRHARDT. En él nos habla el autor acerca de cómo la confusión de los conceptos de culpabilidad y capacidad para ser culpable ha sido hasta hoy una fuente de incontables errores y malentendidos. La tendencia manifiesta a exculpar a los autores de esta clase de delitos viene caracterizada por la indecisión, la vaguedad y la emocionalidad en los juicios emitidos sobre la culpabilidad de aquéllos. Si tenemos en cuenta que lo realmente importante en la reforma es el sistema de ejecución de penas y de medidas y que es relativamente raro que el enfermo actúe criminalmente, el camino que ha seguido la reforma en curso del Derecho penal, concluye EHRHARDT, es, en principio, el único defendible.

BÜRGER-PRINZ y GIESE destacan en *Psiquiatría y Derecho penal sexual* los dos puntos de vista fundamentales adoptados a este respecto por el Proyecto: de un lado, el legislador ha de imponerse la mayor reserva, porque una acción inadecuada de su parte en este sector acarrearía más daños que beneficios; de otro, el legislador —entre el punto de vista integrado por la pureza y el punto de vista integrado por la salud de la vida sexual— no puede adherirse ni al uno ni al otro, sino que debe examinar en cada caso la conveniencia de una protección jurídico-penal. Concluyen los autores denunciando lo inapropiado de las concepciones morales sustentadas a este respecto por el proyecto.

*Política juridicopenal y ciencia* es el título del trabajo presentado por H. JAGER, para el que, a la hora de fundamentar la punibilidad de este tipo de conductas, la resonancia moral de la regulación propuesta por el proyecto se halla fuera de la influencia de la esfera de la legislación, constituida por el hecho social. De ahí que sea preciso fundamentar la legislación sobre bases más científicas y, por ende, más razonables. Arbitra, a este respecto, tres posibilidades: a) investigaciones de Derecho comparado y de carácter sociológico y político-criminal; b) exigir de la legislación una mayor necesidad de fundamentación cuando discrepe de valoraciones jurídicas muy extendidas en el Derecho comparado, y c) el programa político-criminal de una legislación adecuada debe procurar suprimir las diferencias valorativas que puedan darse entre los Estados de estructura cultural y social semejante.

T. W. ADORNO nos habla en su artículo de *Tabús sexuales y Derecho en la actualidad* de cómo el psicoanálisis ha estudiado los tabús sexuales y su reflejo en el Derecho, sobre todo en el sector criminológico y de cómo sus conclusiones siguen teniendo aún validez. Examina, en consecuencia, el autor

---

(7) Vide, sobre esta materia: HOFFET, H.: *Die medizinische Behandlungsmöglichkeiten von Sexualdelinquenten*, en *R. P. S.*, 84, 4 (1968), 378 y sigs.

esta validez en relación con los párrafos del proyecto que punen conductas sexuales.

*Observaciones de un psicoterapeuta sobre el proyecto de Código penal* es el título del tema realizado por A. FRIEDEMANN. Las conclusiones a que llega A. FRIEDEMANN son: en primer término, la libertad personal y sobre todo la esfera íntima de la persona sólo deben ser amenazadas por el Derecho penal allí donde estén en juego superiores intereses de la Comunidad; en segundo, un legislador inteligente, al igual que un educador inteligente, no debiera prohibir lo que puede controlar, y, por último, el legislador debe de meditar muy especialmente sobre los resultados de las investigaciones de psicología profunda.

E. BUCHHOLZ comenta en *¿cuándo es deshonesto el arte?* una sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de lo Penal del Tribunal Supremo Federal, que, según él, acaba de enterrar al hombre normal, cuyo sentimiento de la honestidad había sido el criterio válido, en procesos sobre obras literarias, para determinar qué era honesto o deshonesto. Las consecuencias de este fallo jurisprudencial son examinadas por E. BUCHHOLZ a la vista de la atmósfera del proceso *Reigen* (1921). Concluyen afirmando cómo el lugar del hombre normal no ha sido ocupado por el experto en arte, el especialista, pero sí por la persona artísticamente interesada.

*Delitos contra la honestidad y problemas de la conformación de la vida sexual en la sociedad del presente* es el título del estudio de R. KÖNIG, el cual nos habla, como sociólogo, de los aspectos estructurales que sirven de base a este tema y nos muestra las tremendas dificultades que obstaculizan nuestro conocimiento y las leyes que se esconden detrás de estas dificultades. Existen, en suma, ideas culturales muy determinadas sobre el comportamiento correcto en las distintas épocas, si bien al mismo tiempo la transición de una situación a otra viene dada, casi siempre, institucionalmente, de forma que no es posible error alguno.

Finalmente, hay dos temas dedicados al estudio de *la ética de la teología evangélica y el problema de la homosexualidad y de su relevancia jurídico-penal y de la sexualidad y el delito desde el punto de vista de la teología moral católica*.

Digamos, por último, que la traducción realizada por E. Gimbernat es excelente, mérito al que debe añadirse el haber puesto al alcance de los estudiosos, tan faltos de bibliografía especializada, un libro tan valioso como éste, complementado, además, con un apéndice final sobre el proyecto gubernamental de un Código penal de 1962.

P. L. Y. R.

**ANSLINGER, H. J.:** "Los Asesinos", versión española de J. Piñeiro, Editorial Bruquera, Barcelona, 1962, 350 páginas.

El autor fue durante treinta largos años Jefe del Departamento de Narcóticos de los Estados Unidos, iniciando sus actividades en 1930. Tuvo antes otros cargos en el Gobierno de su país, incluso en el campo de la vida di-

plomática. Recoge en su libro el problema del tráfico y consumo de drogas, las organizaciones criminales y el grave peligro que representan las toxicomanías, que cada vez se extienden con más profusión; refleja la historia del sindicato del crimen nacional y el comercio internacional de estupefacientes encaminado hacia el vicio; intenta poner en guardia a la sociedad de ese enemigo que tiende a destruir a miles y miles de seres, que realiza sus actividades con tal de conseguir grandes beneficios mediante el tráfico ilícito de estupefacientes.

Trata en la primera parte del mundo del tráfico ilegal, donde se encuentran implicadas personas de las más diversas clases sociales: mujeres de las mejores familias, diplomáticos, hasta llegar al ladrón, el bellaco, el pistolero a sueldo y la prostituta.

Hasta el año 1914, que se promulgó el Acta Harrison, el tráfico de estupefacientes en EE. UU. se hallaba prácticamente en manos de los chinos. Estas leyes redujeron en un 1.000 por 100 los toxicómanos, por lo que los traficantes hubieron de volverse más audaces.

El opio fue en un principio la droga más popular, pero no tardaron mucho en aparecer las "drogas blancas" —morfina y heroína, derivadas del opio, y la cocaína, producida con las hojas de coca—, que reemplazaron al opio. Son estas más rápidas en sus efectos, más peligrosas, producen mayor dependencia y más beneficios a los traficantes. Los primeros traficantes se organizan alrededor de 1920; se mataban entre sí para obtener mayores beneficios; vendían los alijos de drogas y denunciaban posteriormente a las Autoridades para obtener la recompensa ofrecida por las mismas. Ya por los años treinta en la América Occidental multitud de chicas jóvenes se hicieron adictas al opio, buena parte de ellas pertenecientes a familias honorables, terminando en multitud de casos en la prostitución. El hampa comerciaba ahora con la prostitución y el tráfico de drogas. También por estos años muchos chicos se habituaron al consumo de la marihuana, que crecía de forma salvaje o cultivada, y se produjo una ola de asesinatos, violaciones y otros delitos; en 1937 se comenzó a combatir su consumo de forma legal.

Dedica la segunda parte a realizar una breve exposición de la Mafia. Dice que el verdadero mafioso se muestra en todo momento humilde y recatado. Es el propietario de cualquier pequeño negocio instalado en una calle oscura de cualquier ciudad americana. Se trata de un hombre amable que entrega pequeñas cantidades a los necesitados y contribuye al sostenimiento de la iglesia local, es un oscuro y vulgar "don" aceptado y amado por sus vecinos. De vez en cuando se reúne con otros de su calidad y conocidas figuras del hampa, resuelven sus problemas y deciden la muerte de alguno que no cumplió lo prometido; el que cae en desgracia, nada le salvará, nadie podrá ayudarle y caerá acribillado en cualquier parte.

Asegura que la Mafia existe y que su organización es perfecta. Se trata de una sociedad de tipo delictivo, cuyos antecedentes se remontan un siglo atrás en la isla de Sicilia, donde tuvo su origen; aquí un grupo de gente humilde se unió para luchar contra las arbitrariedades del Gobierno, pero después degeneró y se convirtió en una organización que actuaba fuera de la ley.

Termina haciendo una breve reseña de la vida del famoso gangster Lucky

Luciano, uno de los hombres más poderosos en el tráfico de estupefacientes. Deportado de EE. UU., pasó a Cuba, donde se relacionó con la mejor sociedad y siguió su vida de traficante; difícilmente consiguió aquel país poder enviarle a Italia, donde, como es lógico, siguió con sus actividades.

Comienza la parte tercera haciendo una exposición del personal del Departamento de Estupefacientes, que está integrado por funcionarios muy diversos, no hay distinción de razas, nacionalidades o profesiones. Dispone el Departamento del personal necesario para que puedan desempeñar sus funciones dentro o fuera del país, para lo que se hace preciso tener funcionarios pertenecientes a las más diversas nacionalidades, blancos, negros o amarillos, conocedores de idiomas y profesiones relacionadas con su misión. Operan en cualquier parte del mundo y se les dan las mayores facilidades. Lo importante es que posean una gran moralidad y conozcan la función que han de desempeñar. Se han de relacionar con gentes de las más variadas clases sociales, introducirse en sus organizaciones y en más de una ocasión han encontrado la muerte.

Las organizaciones de traficantes son peligrosas y al que no cumple lo pactado le suele costar la muerte. El juramento para entrar a formar parte de una hermandad china de traficantes, una vez que se le aceptaba en la misma, era: "Juro matar, mutilar y robar, o ejecutar cualquier orden o acto cualquiera ordenado por mis superiores. Guardaré los secretos y aceptaré la pena de muerte que se me imponga si violo mi sagrado juramento."

Refleja en la cuarta parte que hay países cultivadores, otros que fabrica finalmente las víctimas, consumidores. Estados Unidos se encuentra en el último de los grupos. Los traficantes profesionales son casi todos hombres de negocios, tranquilos y metódicos que difícilmente dejan pruebas que les puedan delatar. Trafican por dinero y no permiten a ningún vicioso formar parte de su organización, ya que no se puede confiar en ellos. Sin embargo, también hay casos en los que se encuentran complicados delincuentes profesionales. Los médicos también abusan y hay bastantes adictos. Algunos diplomáticos aprovechando su inmunidad para pasar drogas de un país a otro en sus valijas —en la parte primera recoge el caso de un hispanoamericano destinado en Europa, que en seis viajes a Nueva York, realizados por distintas rutas, consiguió meter la increíble cantidad de tonelada y media de heroína pura, que, vendida al precio oficial, su valor sería de 37 millones de dólares, pero tal y como se vendía, de forma ilegal, tuvo que llegar a valer la fabulosa cifra de 300 millones.

Comienza en la parte siguiente de su obra exponiendo la fabulosa producción de heroína en Italia durante el año 1951; suponía una cantidad veinte veces mayor que la producción francesa y suiza. La situación era mucho más grave en Trieste. Hubo que vencer muchas dificultades para terminar con esto, así como para convencer a los países productores en exceso de que tomaran medidas similares. Esto no fue tan fácil ya que los agricultores se resistían a dejar el cultivo del opio, que tantos beneficios les reportaban, y dedicarse a plantar trigo o maíz. China era el principal país productor de opio y aunque en principio se hacía con fines medicinales, en el siglo XVII se extendió la costumbre de mezclarle con el tabaco; de ahí pasó a Formosa y después a la

mayor parte de Asia. Durante el siglo XVIII era tanto el opio que llegaba de la India y Medio Oriente que se dieron disposiciones para detener el mercado. En el año 1830 entraban casi 2.000 toneladas de opio para fumar, además del que se cosechaba en el interior de la nación. Eran franceses e ingleses quienes introducían la mayor parte por los beneficios que obtenían. Continúa China con su gran producción en los tiempos actuales, aunque se procura exportar, en su mayor parte a Japón, para fomentar el vicio y comprar material bélico con los beneficios obtenidos.

Termina exponiendo el problema escandaloso del uso de las drogas en los caballos de carreras, hace unos años, ya para estimularles, ya para restarles facultades, de lo que escaparon pocas de las cuadras americanas. Hoy está todo esto controlado.

Expone en la parte sexta los problemas con que tropieza el Departamento ante las presiones sociales para proteger a los grandes traficantes, aunque afortunadamente en pocas ocasiones tienen eficacia. A veces se les protege por error, se piensa que son ciudadanos honrados debido a las sumas de dinero que dan a los necesitados.

Se ocupa del hospital de Lexington, destinado a curar a los toxicómanos, exponiendo brevemente su funcionamiento. Relata la construcción de un barco rápido y con departamentos especiales que fue destinado al tráfico ilegal de estupefacientes. En uno de los viajes también traía a Estados Unidos a 100 jóvenes chinas, que iban a ser vendidas como prostitutas; cuando el barco era perseguido frente a las costas americanas las chicas fueron arrojadas al mar.

Advierte en la última parte el cuidado que se debe poner en las investigaciones; hay que evitar complicar a gente honrada que se ve mezclada en esos asuntos.

Considera a los traficantes de drogas como los criminales más peligrosos, a quienes llama asesinos. Estos, una vez que son descubiertos se mezclan en cualquier actividad para seguir con el tráfico, ya sea en el juego, prostitución, corrupción política, etc.

Termina diciendo que es Estados Unidos el país donde más se da el tráfico ilegal. Hay grandes bandas relacionadas con el extranjero y si se descuida la lucha el problema puede tener una grave repercusión internacional.

Se trata de una obra escrita por uno de los mayores expertos en problemas de tráfico de estupefacientes. Da una visión de conjunto en la que se refleja claramente el peligro que representan para la sociedad los traficantes de drogas.

No presenta España, a igual que sucede con el resto de los delitos, una situación similar a la americana, ni mucho menos, en materia de estupefacientes. Sin embargo, esto no quiere decir que no tengamos que preocuparnos en nuestro país; desde hace unos años se viene observando un aumento considerable en el consumo de drogas y tráfico ilegal. Es ahora el momento oportuno para combatir esos brotes; si se deja para más tarde quizá no se llegue a tiempo, hay que comenzar ya (1).

---

(1) Véase nuestra obra *Delincuencia juvenil en España*. Estudio criminológico, segunda parte, 17, en prensa.

El tráfico ilegal de estupefacientes ya se encuentra recogido en el Reglamento de la Policía Gubernativa de 1930 (art. 288). La Ley de Estupefacientes, de 7 de abril de 1967, crea una Brigada Especial, dependiente de la Dirección General de Seguridad, para combatir todos estos problemas.

La grifa y el kif son los más utilizados en nuestro país, aunque también hay casos frecuentes de morfinómanos, y algunos de cocainómanos. La juventud comienza a iniciarse, generalmente por curiosidad, pero pueden terminar siendo adictos y ahí es donde radica el mal. También se emplean múltiples productos farmacéuticos, tales como los barbitúricos y anfetaminas, que producen algunos efectos similares a ciertas drogas. En el año 1967 hubo 204 aprehensiones de sustancias estupefacientes y en 1968 su cifra se elevó a 283. En el primer año los detenidos fueron 193, de los que 162 eran españoles, y en 1968 los detenidos fueron 381, de los que 227 eran españoles (1).

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

**BRIEY, Claude de: "La participation judiciare á l'execution des sentences penales" (Namur, 1968, Société d'études morales, sociales et juridiques).**

Este tomo de los "travaux de la Faculté de Droit de Namur" ofrece a los juristas, y a todos los interesados en los problemas judiciales y penitenciarios un buen resumen de lo mejor que se ha publicado en francés acerca del tema, desde un punto de vista teórico-práctico de alto valor. (Subiría mucho el valor de la obra si hubiese tenido también en cuenta la rica bibliografía alemana sobre el tema, cfr. *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts. A. Teil, 1969, pp. 59 y sigs., 511 y sigs.).

El autor, Claude de Briey, director del Servicio de readaptación social de Charleroi, aporta en estas páginas sus amplias experiencias que aparecen en la cita y aplicación de casos concretos muy ilustrativos, y sobre todo en la interpretación sumamente atinada de las disposiciones legales y de las teorías doctrinales.

El orden del libro resulta sumamente claro: después de una visión histórica acerca de la individualización de la pena en relación con el poder judicial, expone una visión comparativa de la participación actual del poder judicial en la ejecución de la pena (en Italia, Portugal y Francia).

Analiza después las dificultades que esta institución encuentra en Bélgica, y entra ya en el tema central del libro, las comisiones penitenciarias (su número, su competencia territorial, su composición, sus miembros, sus poderes —ampliamente expuestos—, etc.). Termina el libro con unas consideraciones concretas acerca del juez de aplicación de penas y de los vagos y maleantes.

El valor principal de esta monografía radica probablemente en su profundo humanismo jurídico que le lleva a considerar las comisiones penitenciarias como un paso lógico en el desarrollo hacia la individualización per-

---

(1) Véase nuestra obra *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, segunda parte, 17, en prensa.

sonal de las penas; el poder judicial no puede abandonar los ciudadanos delincuentes al poder discrecional del poder ejecutivo; esto no implica desconfianza hacia el cuerpo penitenciario, sino restitución al poder judicial de derechos inalienables inherentes a su función, derechos que el poder judicial ha ido perdiendo por una paulatina inadaptación del procedimiento penal respecto a las ciencias modernas del hombre, del Derecho, y de la Criminología. (Me complace ver que este libro corrobora y complementa ideas que expuse años ha en mi trabajo titulado "El abogado del diablo".)

Las conclusiones de sus últimas páginas merecen ser leídas reposadamente.

A. BERISTAIN, S. J.

**FAIREN GUILLEN, Víctor: "Presente y futuro del proceso penal español".**  
**Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria. Universidad de Valencia, 1967, 107 páginas.**

Se trata de un estudio crítico del Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, al "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal", que constituye, como ya dijera la Junta de la Facultad de Derecho de dicha Universidad "un trabajo exhaustivo, en el que se han tenido en cuenta no sólo las exigencias de la vida cotidiana del Derecho, sino también la perfección doctrinal y sistemática que deben concurrir en todo Anteproyecto de Bases para una futura codificación".

En efecto, el profesor Fairén, indiscutible autoridad en la materia, examina en el informe que, en su día, fue remitido al Ministerio de Justicia, las 55 Bases del Anteproyecto, una a una, señalando sus puntos de vista adversos o favorables, aunque, en términos generales, debemos señalar que la mayor parte de dichas Bases no merecen la aprobación del autor del libro que comentamos, que comienza con una primera parte en la que examina los problemas generales en torno al "Anteproyecto", en la que critica la política legislativa procesal española actual, de promulgarse leyes de reforma parcial, "retoques", tanto en lo civil como en lo penal, que producen una atmósfera de confusión en cuanto a la trascendencia que para el futuro puedan tener los "Anteproyectos" procesales generales, a cuyas leyes pertenece la Ley de 8 de abril de 1967, de reforma de la de Enjuiciamiento Criminal.

Está casi totalmente en desacuerdo con la sistemática del Anteproyecto, que fija la Base fundamental, primera, en la siguiente forma: "Del plan general del Código.—El Código procesal penal está integrado por un título preliminar y cuatro libros que tratarán "De las disposiciones generales", "De los juicios", "De los recursos" y "De la ejecución".

Se habla de "un Código procesal penal", pero en él se comprende, por ejemplo, "el ejercicio de la acción penal... para la imposición de la pena que corresponde y a la adopción de las medidas de seguridad que resulten procedentes" y se reglamenta "el procedimiento para la adopción de las medidas de seguridad", regulando tanto el proceso represivo como el pre-

ventivo. Por ello quizá no sea adecuado el término "Código procesal penal" cuando contiene el enjuiciamiento de los peligrosos a través de medidas de seguridad, que no son penas, ni mucho menos. Mejor podría llamarse "Código procesal penal y de las medidas preventivas" o "de seguridad".

Como antes dijimos, el autor examina, con todo detalle, las Bases de que consta el Anteproyecto, haciendo para cada una atinadas observaciones que le llevan a redactar conclusiones de la mayor concreción que, a no dudarlo, habrán de ser tenidas en cuenta, al menos en parte, por el legislador, cuando se haga la redacción definitiva del proyectado Código. Conclusiones amplias, que nosotros vamos a extractar, en la medida de lo posible.

No se puede admitir que las "disposiciones comunes" de carácter netamente procesal (requisitos, contenido, efectos de los actos procesales, etc.) se puedan incluir en una "Ley Orgánica de la Justicia", cuyo nombre no respondería al contenido. La solución correcta del problema se hallará: a) en la elaboración de un Anteproyecto de Ley procesal general, y b) en un Anteproyecto procesal penal que regule las especialidades de la doctrina de los actos procesales.

El futuro cuerpo legal procesal penal debe constar de tres partes: Una de ellas, general; otra, dedicada a los procesos preventivos; y otra a los represivos.

La sistemática del Anteproyecto tiene graves defectos. El proceso cautelar aparece diseminado en varios lugares y enfocado desde varios puntos de vista, mezclando sus normas con otras pertenecientes al proceso declarativo de condena. La prueba no aparece como tal y sí sólo como una serie de "actos instructorios, de comprobación". En la Base 38 se anuncia una sistemática que comprende un examen de "la Sentencia" y no aparece ninguna Base sobre tal materia. No hay razón tampoco para separar excesivamente el corto tratamiento del procedimiento "de los juicios" con respecto a los recursos que ocuparían todo un libro aparte.

La terminología del Anteproyecto no es rigurosamente exacta; se utilizan sin clara discriminación expresiones como "presunto reo", "acusado" "sospechoso".

Se hacen alusiones a una inexistente Ley Orgánica que, por desconocida, produce confusión; así, a los "juzgados penales", a los "juzgados de distrito".

No es admisible que el Ministerio Fiscal monopolice el promover las "cuestiones de estado civil", sin que puedan hacerlo los directamente interesados; ni que sea siempre quien monopolice la legitimación para provocar peticiones de extradición; ni que tenga el monopolio de la legitimación para solicitar el reconocimiento de sentencias extranjeras. Sin embargo, sí está conforme con que sea el Ministerio Fiscal quien, teniendo a sus órdenes a la policía judicial dirija las "diligencias previas", con exclusión del juez.

Manifiesta su conformidad con la necesidad de una reorganización de la policía judicial, y con el mantenimiento de la "acción popular", pero está en total desacuerdo con que "la competencia del tribunal" alcance al total resarcimiento del daño independientemente de su cuantía.

No está claro el momento a partir del cual el "encausado" puede hacerse defender por letrado. Debe ser —aunque no haya ni detención ni prisión— el primer momento en que los intereses materiales o jurídicos de la persona

se vean afectados; y desde luego, a los detenidos. Debe estatuirse claramente que el defensor letrado deberá asistir a todas las actuaciones del juicio oral *personalmente*, sin posibilidad alguna de sustituir su actuación por la remisión de escritos. La defensa no puede estar limitada por razón de "algún tipo de proceso", lo que supondría la introducción de un proceso inquisitivo.

En los casos de Sentencia absolutoria, "las costas de oficio" deben ser totales para el Estado, creándose el oportuno organismo para la obtención y administración de los fondos necesarios a tales pagos.

La "instrucción preliminar" tiene que tener caracteres diferentes según se trate de procesos "por delitos graves" (juez solamente instructor) y por "Delitos menos graves" (juez instructor y sentenciados), en este segundo caso la investigación activa no puede ser confiada al mismo juez que posteriormente sentenciará, aunque sí una fase de la instrucción, ya pública para la defensa, con alegaciones y proposiciones de pruebas, fase previa a la entrada en la "audiencia preliminar". Para evitar este conflicto se propone la mejor solución, la ortodoxa: que el Tribunal Correccional sea siempre diferente del juez instructor.

La diligencia de autopsia sólo podrá suprimirse cuando, bajo la responsabilidad del médico forense, la causa médica del fallecimiento esté clara y la haga inútil.

No ve Fairén razones para que se atente contra la organización jerárquica de los tribunales españoles, haciendo competentes para conocer de la apelación en los juicios de faltas, a las audiencias provinciales por lo que ese fragmento debe ser retirado.

En materia de recursos, en cuanto a la casación, debe darse una nueva estructura a la base correspondiente, dándosele la debida importancia.

Estas son, si no todas, las más importantes, en nuestro entender, sugerencias, que el ilustre catedrático hace en su informe sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal", publicado por la Universidad de Valencia, que obtuvo los beneficios de la ayuda a la investigación, del Ministerio de Educación y Ciencia, aumentando la amplia bibliografía del doctor Fairén Guillén, que honra frecuentemente con su firma las páginas de este ANUARIO DE DERECHO PENAL con artículos doctrinales relativos a la rama del Derecho en la que es destacado especialista.

DIEGO MOSQUETE

**KAUFMANN, Hilde:** "Strafanspruch, Strafklagrecht" (ius puniendi y acción criminal), Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1968.

Se trata del libro de habilitación de la señora Hilde Kaufmann, que ha pasado a ocupar la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Kiel que quedó vacante al jubilarse Helmuth Mayer. En esta obra Hilde Kaufmann estudia a fondo el problema de la delimitación del Derecho penal material y formal. Este problema sólo se plantea si se parte, como lo hace la opinión dominante en la doctrina alemana, de una concepción dualista. Hilde Kaufmann comienza, por ello, por someter a un agudo análisis crítico las opiniones de Helmuth Mayer y Binder, que sustentan una concepción monista, es decir,

afirman la unidad del Derecho penal y el Derecho procesal penal. Subraya también Hilde Kaufmann la trascendencia práctica del problema de la delimitación (para el tenor literal de la sentencia, el valor de la cosa juzgada, el requisito de mayoría cualificada, procedimiento de prueba, prohibición de aplicación con carácter retroactivo, juicio de revisión, etc.).

En la delimitación del Derecho penal material y formal existen muchas dudas. Se discute con frecuencia, por ejemplo, la naturaleza jurídica de la querrela, la prescripción, la amnistía, etc. Hilde Kaufmann trata de descubrir el origen histórico de esta confusión. En el Derecho civil de la Pandectística se partía del concepto romano de *actio* (Klagrecht), que surgía en cuanto el derecho era lesionado, era una simple metamorfosis del derecho. Windscheid desarrolló una nueva concepción de la *actio* romana y deslindó claramente los conceptos de pretensión (del Derecho civil material) y acción. Ello dió lugar al abandono del concepto de acción en el Derecho civil material. Una evolución paralela se produjo en el concepto de la *exceptio*, que comprendía en un principio las de carácter material y procesal. Windscheid deslindó las de carácter material y las agrupó en el concepto de objeción (Einrede, Einwendung). Bülow transformó las excepciones de Derecho procesal en presupuestos del proceso. Con ello desapareció el concepto mismo de la *exceptio*.

Una evolución paralela tuvo lugar en el Derecho penal privado, donde también por impulso de Windscheid se substituyó el concepto de acción penal por el de pretensión penal o *ius puniendi*; las antiguas excepciones de Derecho material se transformaron en objeciones (Einreden) al *ius puniendi*.

En el Derecho penal público se utilizaban a mediados del siglo XIX los conceptos de *actio* y *exceptio*, acogiéndose después, por influencia iusprivatista, los conceptos de pretensión penal o *ius puniendi* y de los presupuestos del proceso. No se advirtió, sin embargo, que desde ese momento había que prescindir de los conceptos de *actio* y *exceptio*, por lo cual se produjo una cierta confusión. Tampoco se creó con las antiguas excepciones de Derecho material una categoría equivalente a las objeciones (Einreden) del Derecho civil. Se incluyó a todas las antiguas excepciones —de Derecho material y formal— en el concepto de presupuestos u obstáculos a la acción penal. Con lo que se acabó por incluir a todos estos presupuestos u obstáculos de la acción penal entre los presupuestos del proceso. De este modo antiguas excepciones de Derecho material, como la prescripción, la querrela y la amnistía pasaron al Derecho procesal penal. Las jalones más importantes de esta evolución doctrinal están representados por Glaser, Binding y Beling.

Esta evolución del concepto de acción penal pone de manifiesto, según Hilde Kaufmann, las causas de la actual delimitación errónea del Derecho penal material y formal, así como la incapacidad de dicho concepto para llevar a cabo este deslinde.

El concepto de *ius puniendi* carece, por otra parte, de justificación dogmática y no puede servir tampoco de ayuda para deslindar el Derecho penal material y formal. No existe un derecho subjetivo del Estado a la pena. Porque los derechos subjetivos —y aquí hace Hilde Kaufmann muy finos análisis de teoría de las normas— no pueden derivarse de imperativos (man-

datos o prohibiciones) —como pretende la teoría de los imperativos— sino sólo de preceptos jurídicos distributivos. De los imperativos se derivan sólo concretos deberes jurídicos para las personas con capacidad de acción, mientras que los derechos subjetivos pueden esgrimirse frente a personas que carezcan de dicha capacidad. Los derechos subjetivos sólo pueden derivarse de preceptos distributivos. No puede hablarse, sin embargo, de una distribución de la pena, es decir, concebir ésta como un favor o bien que se concede u otorga al Estado. Pero aún en el caso en que así se hiciese —y se reconociera un *ius puniendi*— no podría deducirse de aquí un criterio para deslindar el Derecho penal material y el Derecho procesal penal.

Hilde Kaufmann hace a continuación un examen crítico de otros criterios formulados con posterioridad para delimitar el Derecho penal material y formal. Se trata del criterio de Nawiasky de la distinción entre normas primarias y secundarias; el de Sauer de la punibilidad (*Strafwürdigkeit*); el del “merecimiento de pena” de Beling (que incluye, no obstante, en el Derecho penal material elementos, como la prescripción, que son irrelevantes para la culpabilidad); este mismo criterio, depurado por Bemman, en el sentido de incluir únicamente en el Derecho penal material los elementos de lo injusto culpable, eliminando incluso de él las condiciones objetivas de punibilidad que no puedan interpretarse como la exigencia de un injusto o culpabilidad mayor; el criterio de Gallas de atender al ámbito de aplicación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*; el criterio de la necesidad de la pena en función de circunstancias que por guardar relación con el hecho delictivo (sin influir en la medida de lo injusto específico o de la culpabilidad) afectan a su valoración, formulado por Gallas, Schmidhäuser y Stratenwerth (las condiciones objetivas de punibilidad —a diferencia de las condiciones de procedibilidad— guardan relación con el hecho delictivo, afectan a su valoración y circunscriben la aplicación de la pena a los casos en que es necesaria). La crítica de Hilde Kaufmann es en todos estos casos convincente.

No cabe decir lo mismo, en cambio, del criterio de distinción que propone. Por analogía con el método aplicado en el Derecho civil para distinguir el Derecho material y el procesal, propone Hilde Kaufmann que se haga abstracción del proceso y se pregunte si los presupuestos de la aplicación de la pena, cuya naturaleza se discute, tendrían o no sentido entonces. Es decir, si la querrela, la prescripción o la amnistía tendrían sentido en caso de que no existiera el proceso, en caso de que el Derecho penal se aplicase de modo automático o de un modo voluntario. Cree Hilde Kaufmann que estas instituciones conservarían su sentido: no se aplicaría la pena si no mediaba querrela, si el delito había prescrito, si había recaído una amnistía. Estas instituciones pertenecen, por ello, según Hilde Kaufmann, al Derecho penal material. Desde luego estas instituciones conservarían su razón de ser aunque no existiera el proceso, no guardan una relación indisoluble con el proceso, pero sí con la *aplicación* de cualquier modo, del Derecho penal. Si hacemos abstracción no del proceso, sino de la aplicación del Derecho penal en general, la querrela, la prescripción y la amnistía carecerían de sentido. Son, pues, instituciones que no pertenecen al Derecho penal material.

La teoría de la doble naturaleza de alguna de estas instituciones, por ejemplo la prescripción, la rechaza Hilde Kaufmann con el argumento de que en cierto sentido todos los presupuestos materiales de la aplicación de la pena son también procesales, porque es necesario que exista al menos la sospecha fundada (o en una fase más avanzada del proceso, la prueba) de su existencia para que sea lícita la iniciación (o continuación) del proceso. La doctrina de la doble naturaleza debe, pues, aplicarse, según Hilde Kaufmann, a todos los presupuestos de la pena o debe abandonarse. No puede reducirse su campo de aplicación, como se hace ahora, a algunos de ellos.

JOSÉ CEREZO MIR

**MAPELLI Y LOPEZ, Enrique: "Consideraciones sobre la extorsión de aeronaves" (Estratto dalla rivista Il Diritto Aéreo). Año VIII (1969). Núm. 31. Páginas 261-283.**

Se ocupa el autor, en primer término, del problema que supone precisar la terminología del delito que consiste en "el hecho de desviar de su ruta normal y reglamentaria a una aeronave en pleno vuelo, imponiendo al comandante de la misma una determinada actuación". Unos emplean la denominación de "desviación compulsiva de aeronaves en vuelo", o "apoderamiento ilícito de una aeronave", siendo los términos que han tenido mayor difusión en los medios informativos e incluso en la doctrina científica los de piratería y secuestro. Mapelli, de acuerdo con Tapia Salinas, considera inapropiada la denominación de piratería, aparte de su marcado sabor maritimista, vinculada con tradiciones y determinadas épocas históricas, porque exige una actividad y violencia realizada desde fuera del buque o nave, por medio de la intimidación desde tierra o desde otros buques o por medio de abordaje. Tampoco puede aceptarse la denominación de secuestro, por cuanto tal término es empleado jurídicamente, aparte de un sentido de embargo o depósito judicial, como el apoderamiento o privación de libertad de una persona, con ánimo de obtener un determinado lucro a base de su libertad.

El autor del trabajo que comentamos considera que en el idioma español existe una palabra que cuadra perfectamente con estas hechas: La *extorsión*, que significa acción y efecto de usurpar y arrebatar por la fuerza una cosa.

Después de examinar hechos concretos acaecidos hasta ahora, se llega a definir la extorsión de aeronaves como "la violencia o intimidación que se realizan sobre aeronave comercial que ha perdido la protección efectiva de las autoridades situadas en tierra, a fin de desviarla antirreglamentariamente de su ruta, establecida según los planes de vuelo, con propósitos ajenos a los del servicio de transporte a que está afecta, bien tenga lugar la violencia o intimidación sobre la máquina, cosas transportadas, sus ocupantes, viajeros o miembros de la tripulación y pudiendo realizarse la violencia o intimidación por persona o personas ocupantes de la propia aeronave o por quien o quienes se encuentren fuera de la misma".

La preocupación por estos hechos es grande, mucho más cuando las medidas precautorias que puedan adoptarse carecen de efectividad práctica.

El problema no es de ahora, y existen precedentes de esta preocupación que, en la actualidad, adquiere caracteres tan acentuados. Mapelli detalla los proyectos de convenios, buscando las medidas adecuadas para que cese la interferencia de que es objeto el tráfico aéreo comercial, desde el propuesto por Phoieu, en 1929, hasta el plan de actuación de la I.A.T.A., que agrupa a 103 compañías aéreas de todo el mundo, que en fecha 19 de octubre de 1969 estableció el plan de actuación para el futuro.

Examina, finalmente, las disposiciones de la Ley española de 24 de diciembre, llamada penal y procesal de la Navegación Aérea, para llegar a la conclusión de que, sin perjuicio de que internacionalmente puedan establecerse acuerdos que regulen y sancionen específicamente la extorsión de aeronaves, sería suficiente, en el momento presente, que cada Estado promulgue, dentro de su derecho interno, las normas penales adecuadas y que ratificándose por el mayor número posible de Estados el Convenio de Tokio, queden estos delincuentes sometidos a la jurisdicción del Estado de matrícula de la aeronave, lo que puede ser complementado con medidas precautorias adoptables antes del embarque de los pasajeros y que, creando un clima de inseguridad en los presuntos delincuentes, eviten la consumación de la extorsión.

D. M.

**RECHERCHES CRIMINOLOGIQUES: "Actes 5.<sup>e</sup> Colloque de Recherche sur la delinquance et la criminalité". Montreal, 1967. Centre de Psychologie et de Pédagogie, 260 ouest rue Faillon, Montreal 10.**

La Sociedad de Criminología de Quebec editará de ahora en adelante las actas de sus congresos con el título de referencia, comenzando por las del 5.º Congreso celebrado en Montreal en 1967. Sus trabajos son doble aportación, tanto para constituir una verdadera ciencia de las conductas criminales como para formar con esta y otras publicaciones una biblioteca cuya consulta interese tanto a investigadores como a prácticos, e incluso el gran público, según nos dice D. Szabo en el prefacio.

Se abre este volumen con varios trabajos sobre el delincuente habitual, su psicología, su familia, hechos en equipo o colaboración por diversos autores en conocidas instituciones: el centro de tratamiento y diagnóstico de Clinton (en el Estado de New York) y la Clínica de Psiquiatría forense de la universidad McGill, de Montreal, todos publicados en su original inglés. Al estudiarlo en relación con su familia, se formularon conclusiones y observaciones en relación con futuras investigaciones, sobre las hijas y no los hijos solo de las 115 familias estudiadas; sobre todo a propósito de actuales avances en el campo de la genética, y la posibilidad de que investigaciones cromosomáticas puedan revelar diferencias entre el antisocial y el no criminal, esclareciendo dudas sobre los factores constitucionales hereditarios en la criminalidad.

P. Landreville, del departamento de criminología de la Universidad de Montreal, presentó un estudio sobre la eficacia del tratamiento en Boscoville, escuela de protección inaugurada en 1954 y considerado como el centro de

reeducción mejor dotado del Estado, tanto desde el punto de vista arquitectónico como de personal. Recuerda cómo los Glueck ya en 1930 decían que cualquier persona sensata encontraría anormal que un gobierno o una compañía no hicieran jamás evaluaciones científicas del rendimiento de sus inversiones y las investigaciones de Wolfgang y Wilkins afirmando, en 1965: "Hay que admitir que sabemos pocas cosas sobre los efectos de las diversas formas de tratamiento. Pero asombra ver que solamente el 19 por 100 de los que pasaron por tal centro más de diecinueve meses, reincidieron."

G. Tardif, del servicio de policía de Montreal, se ocupó de los delitos de violencia en esta capital, estudio muy detallado y actual, pero hecho con material exclusivamente policiaco, porque considera su importancia superior al deducido de tribunales o prisiones (?) acaso supervalorándolo, aunque no negaremos que la policía canadiense puede disponer de un verdadero "observatorio" sociocriminológico. Combate el autor cierta deformación policial que lleva a considerar que todos los criminales pertenecen a "la pègre" o a una banda, en contra de la realidad, especialmente en los delitos de violencia, cuya mayoría son de lo menos preparado, planificado u organizado.

Muy interesante es el estudio sobre la estrategia de la investigación en criminología, y su sistemática, a cargo de un equipo encabezado por P. Macnaughton-Smith, de Toronto, y la conferencia de Lloyd E. Ohlin (Harvard University, U. S. A.) sobre las recomendaciones de la comisión presidencial para los planes de investigación y de reforma en la Administración de Justicia de los Estados Unidos, que presidió.

Especial referencia merece el trabajo de Szabo y Cagne sobre moralidad adolescente y estructura social, con el enfoque renovado que el centro de investigación del departamento de criminología de la Universidad de Montreal prestó desde hace tres años al tema, y concluyendo sobre ese fenómeno típico de las sociedades más industrializadas que es la inadaptación de la juventud, atribuyéndola en buena parte a "la persistencia entre nosotros de una mentalidad profundamente conservadora y tradicional, a pesar de la evolución rápida de las estructuras y la ilusión de ideologías progresistas" (pág. 126).

Homosexualidad de casados, el mito de la igualdad sexual ante la ley y la homosexualidad en el medio penitenciario (tratando los estragos que éste causa en tal particular) y la ponencia de D. Szabo sobre los delitos políticos e ideológicos, de innegable actualidad, son los temas tratados en las últimas páginas de este rico volumen.

PASCUAL MENEU

**RODRIGUEZ DEVESEA, José María: "Derecho penal Español, Parte Especial". Tercera edición. Madrid, 1969, 1173 páginas.**

En la ciencia penal española del siglo xx ha existido una generación que podemos llamar de la política criminal, cuyos principales representantes fueron discípulos de Franz von Liszt (Saldaña, Cuello, Jalón, Jiménez de Asúa) autores de multitud de publicaciones sobre el movimiento universal de reforma de las leyes penales conforme a las propuestas de la llamada dirección moderna,

y también colaboradores en la confección de algunos de los cuerpos legales promulgados en nuestro país. A la de la política criminal ha seguido la que debemos nombrar generación de la dogmática, la cual, iniciada en esta ruta por la anterior, se ha ocupado preferentemente en la teoría del delito así como en monografías sobre delitos en particular. Trabajo dogmático del cual derivan consecuencias politicocriminales, pues si bien la parte general de un Código es fácilmente inspirable en las de los extranjeros más recientes, en cambio sobre las figuras delictivas pesan las reprobaciones tradicionales distintas en cada pueblo mucho más que sobre las doctrinas generales.

En la investigación de nuestra parte especial ha sido adelantado Rodríguez Devesa: su tesis doctoral sobre *El hurto propio* (Madrid, 1946) sigue siendo lo mejor que tenemos acerca de tan importante tema; en la Enciclopedia Seix (2.<sup>a</sup> ed.) multitud de artículos sobre delitos en particular han sido debidos a su pluma, y su *Derecho penal español, Parte especial* es el mejor manual dedicado a tal materia. Buena prueba de su éxito es: la primera edición fue fechada en 1964 el primer tomo y en 1965 el segundo; la segunda se imprimió en 1966, y, agotada prontamente, ha visto la luz la tercera en 1969. Entre las dos salió un Suplemento en 1968. Aunque de las anteriores se dio cuenta en el ANUARIO por sendas reseñas de Cobo y de Quintano, la importancia de la obra y su actualización nos dan pretexto para nueva noticia y alguna leve apostilla.

No sigue R. Devesa el orden del Código —como hacía la Parte especial de Cuello Calón—, sino el más racional de los tratadistas y Códigos modernos, con alguna nota peculiar. Comienza con los delitos contra las personas, denominación usada en el sentido de delitos contra los particulares, o el individuo, o sea, en mayor amplitud concebida la persona que en el título VIII del libro 2.<sup>o</sup> de nuestro Código o la más amplia del título III del libro de las faltas.

Dentro de los contrarios a la vida humana, separa los lesionadores de este bien jurídico de aquellos que lo ponen en peligro, y en los primeros distingue según sea la vida independiente (homicidio) o dependiente (aborto). En los contrarios a la vida humana independiente sostiene, en contraste con la jurisprudencia, la autonomía del parricidio y del asesinato con relación al homicidio; por lo cual el partícipe responderá siempre del delito realizado por el autor principal. Me parece la cuestión discutible y me inclino a la solución contraria; no creo justo castigar como parricida a quien no tiene el vínculo del parentesco con la víctima ni deja de ser parricida el hijo-inductor de la muerte del padre ejecutada por un extraño. La aplicación del artículo 60 es para mí un acto de justicia, y, afortunadamente, no hay actualmente obstáculo legal para la solución justa, porque la rúbrica del capítulo hace del parricidio un homicidio circunstanciado.

Muy interesante me parece a fines de política criminal el capítulo sobre el aborto. Apunta la sentencia de 29 de mayo de 1968, la cual niega la posibilidad de admitir el estado de necesidad ni completo ni incompleto, ni como circunstancia análoga, en supuestos de aborto por el móvil de situación simplemente precaria e incluso de miseria (madre de siete hijos y en precaria situación económica), y, aunque el autor del libro comentado no-

hace juicio sobre el fallo, nosotros nos permitimos señalar aquí la larga distancia existente entre la doctrina del Tribunal Supremo y la realidad social. No deja de ocuparse Rodríguez Devesa del aborto con resultado de muerte. Cita sentencias que apreciaron el homicidio doloso en virtud del principio del "versari in re illicita". Y menos mal que el actual artículo 411 se contenta con la reclusión menor, porque bajo la famosa Ley de 1941, al imponer el grado máximo del delito doloso contra la vida, cuando el culpable era el marido, se llegaba a la pena de muerte. Devesa opina que, al no pronunciarse el legislador sobre la culpabilidad, debería haberse tenido en cuenta tan sólo los resultados culposamente producidos, mas no fue ésta la doctrina jurisprudencial. No deja de mencionar Rodríguez Devesa el Código de 1932, que para la agravación de la pena en caso de muerte exigía la imprudencia. Permítasenos añadir la cita de una circular del Ministerio Fiscal al publicarse la Ley de 1941, celebrando que en la nueva Ley desapareciera el apartado último del artículo 417 del Código de 1932, en el que se exigía la imprudencia para imponer el grado máximo (de una penalidad quizá demasiado baja) y añadiendo sobre aquel apartado: "que tan justas y clamorosas protestas suscitó entre penalistas y togados y cuya derogación propugnó con unanimidad el Cuerpo Fiscal en sus memorias anuales". Digamos como circunstancia explicativa del clamor fiscal que nuestro Código respira por varios de sus poros el objetivismo, según Quintano advirtió no solamente respecto a las lesiones, donde la responsabilidad depende de la contextura corporal del lesionado y del acierto del médico, sino también en infracciones contra la propiedad. Este menosprecio del principio de culpabilidad, promovido por un Código penal redactado en 1848 bajo la idea obsesiva de concretar las penas según los resultados para no dejarlas al arbitrio judicial, se mantiene desgraciadamente en la actualidad.

En los delitos contra la propiedad, la obra reseñada presenta muchos puntos merecedores de comentario. Aquí solamente podemos recomendar la lectura de las cuestiones generales (resumen de un artículo anteriormente publicado en este ANUARIO) (año 1960) que conspiran a una nueva redacción del título XIII del libro segundo del Código penal, más en consonancia con un sentido social contemporáneo. Sobre el delito de robo (materia en la que se produjo al redactarse el Código de 1944 una avalancha de agravantes provenientes de la Ley de Seguridad del Estado de 1941, con la consecuencia de elevar la penalidad hasta el grado máximo) Rodríguez Devesa se entrega al humanitario esfuerzo de paliar sus efectos. Así el uso de armas del párrafo último del artículo 501 tiene su razón en el peligro que siempre supone para la vida o la integridad corporal, lo cual haría imposible su aplicación cuando el peligro aparece desplazado por un daño efectivo. Esto evitaría la obligatoriedad de la pena de muerte en el robo con homicidio cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevar. De las agravantes del artículo 506, con la misma imposición de la pena en el grado máximo, la primera y la segunda son para Rodríguez Devesa aplicables solamente en los robos con fuerza en las cosas, y la tercera y la cuarta a los de violencia o intimidación en las personas; con lo cual se producen análogos efectos mitigadores a los anteriormente expuestos.

Novedad es el capítulo introducido por la reforma de 1967 sobre el robo y hurto de uso de vehículos de motor, y, al tratar del hurto de uso equiparado al hurto propio, se queja de la simplificación en la técnica legislativa por la cual el legislador desplaza sobre los hombros del intérprete problemas que debía resolver la propia ley (pág. 416). Novedad no ya en la ley, sino en la doctrina de esta edición, es la impugnación de la estafa procesal, cuya posibilidad han afirmado Cerezo y Ferrer Sama, negándola Rodríguez Devesa. "Nadie que esté en contacto con las realidades procesales —dice— puede pensar que la sentencia refleja, ni siquiera en el proceso penal, fielmente la realidad. Toda sentencia es el resultado de lo alegado y probado." "La teoría se resiente en un punto fundamental: el del engaño del juez." La cuestión es muy debatida.

La parte segunda está dedicada a los delitos contra la sociedad. Primero se enfrenta con los delitos contra el Estado, que han proliferado a través de las sucesivas reformas del Código y de las nuevas leyes especiales, produciendo su multitud y entrecruzamiento constantes conflictos. Ha sido corriente pasar de largo en los comentarios; mas la escrupulosidad de nuestro autor había de rechazar tan cómoda postura. Relieve particular merece su tratamiento de los delitos contra la seguridad del Estado, materia ésta quizá la más abandonada por los comentaristas. Sus conocimientos de la legislación militar le han permitido señalar los puntos de fricción entre los dos ordenamientos jurídicos; el carácter ocioso de muchos preceptos, sus lagunas, al no prevenir hechos que ponen en peligro la defensa nacional, no ajustándose a la nueva situación internacional ni a las condiciones de la guerra moderna. También es meritorio su esfuerzo para dejar algún campo a la hoy ociosa rebelión común. Su comentario crítico al artículo 222 en su nueva redacción en comparación con la antigua, así como el de las propagandas ilegales acusan un sentido restrictivo saludable.

No sería necesario decir, dada la escrupulosidad del autor, que el texto ha sido puesto al día, incluyendo las modificaciones aportadas por la nueva legislación, especialmente por la Ley de 8 de abril de 1967. Algunas han quedado ya aludidas. Citemos solamente la nueva redacción del artículo 489 bis relativo a la omisión de socorro; los ultrajes a la nación española (artículo 123); los delitos contra los altos organismos del Estado; los delitos contra las leyes fundamentales; las ofensas al Movimiento Nacional; los delitos de imprenta y de prensa; los desórdenes públicos; las muy importantes infracciones contra la seguridad del tráfico.

La parte cuarta versa sobre la Legislación penal especial, cuyo estudio permanece ausente en otros tratados de parte especial. Para no hacer esta nota excesivamente larga, mencionaré solamente dos temas. En veinte páginas resume el autor hábilmente su extensa sabiduría sobre el Derecho penal militar. Más difícil sería para mí resumir el sabio resumen. Son notables las referencias históricas que muestran la progresiva extensión de la Jurisdicción militar a través del ensanchamiento de los denominados delitos militares. Da en el blanco Devesa al afirmar, resolviendo una vieja cuestión entre los juricomilitares, que el artículo 181 del Código de Justicia militar no define los elementos del delito, sino la garantía legal del mismo (finalidad también

al menos principal del artículo primero del Código penal común, si bien aquí el legislador añadió inútilmente la mención de la voluntariedad, manzana de discordia para ejercicio de sutilezas en el palenque de nuestra literatura penalista). También aventaja el militar al común en el castigo individualizado de los delitos culposos. Problemática, al menos, me parece la interpretación del requisito malicia exigido en lo militar como negativo a la eximente de obediencia debida. En su extraña aparición ve Devesa el deseo de resolver a favor de la inculpabilidad el debate sobre la naturaleza de una eximente que otros conciben como causa de justificación. Más bien veo en ello la adopción oportunista de un criterio discriminatorio con vistas quizá al pasado más que al porvenir. También el Tribunal Supremo utilizó en tiempos el comodín de la falta de malicia para evitar penalidades injustas o muy elevadas. Y ruego al autor disculpe esta intromisión en el dominio conjunto de dos de sus especialidades: el Derecho penal militar y la eximente de obediencia debida.

Finalmente diremos que la obra está perfectamente documentada; descubiertos y zanjados los problemas múltiples de nuestra abigarrada legislación, en la cual muchos de los parches modernos responden a las ideas más anticuadas; el estilo de Devesa se va perfeccionando con el constante ejercicio de su pluma y el escrupuloso cuidado de su carácter, y es espléndida la presentación del libro en impresión, espacios blancos abundantes y encuadernación. La dedicatoria al maestro Rodríguez Muñoz y la invocación reconocida a sus enseñanzas orales han sido conmovedoras para quienes vivimos en aquellos tiempos.

JOSÉ ANTÓN ONECA

**TWELFTH INTERNATIONAL COURSE IN CRIMINOLOGY: "The causation and prevention of crime in developing countries" (XII Curso Internacional de Criminología: Las causas y prevención del crimen en los países en vías de desarrollo), Jerusalem, Israel, Universidad Hebrea, 1963.**

Esta publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Hebrea de Jerusalem contiene las veinte conferencias sostenidas en el XII Curso Internacional de Criminología celebrado en la citada ciudad, del 2 al 20 de septiembre, sobre el tema —tratado ya en el II Congreso de las Naciones Unidas (Londres, 8-20 de agosto de 1960)—, "*causas y prevención del crimen en los países en vías de desarrollo*".

La primera de las ponencias fue sostenida por J. A. César Salgado sobre *el Instituto Latino-Americano de Criminología de las Naciones Unidas* (Sao Paulo, Brasil). Esboza en su conferencia las vicisitudes de la creación de este Instituto de Criminología —fue Manuel López-Rey, quien, a raíz de la celebración en Río de Janeiro del Seminario Latino-americano para la prevención del crimen y tratamiento del delincuente, después de dar a conocer la intención de la O. N. U. de crear en Hispanoamérica un organismo de este tipo, manifestó su interés porque se instalara en Sao Paulo—, así como, ya en otro orden de cosas, su programa científico, que abarca no sólo la investi-

gación de las formas delincuenciales en el hemisferio sudamericano, sino también la formación técnico-científica de los agentes del servicio de prisiones, la asistencia y ayuda a los liberados, etc.

Bruno M. Cormier y Raymond Boyer presentaron el tema *Retaliation and primitive justice*. Los autores pretenden demostrar cómo ciertos pueblos primitivos del noreste de América emplearon la pena no sólo con el mero fin de castigo retributivo o de venganza, sino también con el de proteger al grupo social. Tal pretensión se consideraba lograda si el individuo había sido rehabilitado y reintegrado como miembro útil a la comunidad. Los indios norteamericanos conocieron, pues, un sistema de justicia criminal que se basaba en el justo castigo, en la rehabilitación y en la reintegración social.

*La descripción de las principales resistencias producidas en la vida en grupo* es el título del tema presentado por Noel Mailloux. La terapia resulta, según él, distinta, según se aplique individualmente o en grupo. De esta marcada diferencia pueden dar buena prueba los asistentes sociales ocupados en tareas de reeducación. El autor se limita a describir las resistencias que suelen producirse frecuentemente en el tratamiento en grupo, momento en el cual se producen con mayor insistencia, ya que "no se es verdaderamente delincuente más que cuando se es en grupo". Entre tales reacciones, distingue el autor entre aquellas que se presentan como resistencias en el sentido técnico del término y aquellas otras que presentan el aspecto de mecanismos de defensa. El comportamiento psicoterapéutico habrá de ser distinto en presencia de las unas o de las otras.

A. Boni dedicó su conferencia a *la puesta en práctica de las leyes en las naciones en vías de desarrollo*, subrayando el papel realmente renovador y revolucionario que las leyes desempeñan en los países que, en la actualidad, comienzan a dar sus primeros pasos por el espinoso camino de la civilización. Para una efectiva aplicación de la ley en tales países, es menester, en primer término, un conocimiento de la ley y del valor de ésta por el sujeto —materia ésta en la que escuelas y administración pública han de volcar todos sus esfuerzos—; en segundo, la existencia de un derecho penal sancionador y, finalmente, la interpretación de la ley mediante la creación de los órganos adecuados para ello.

*Preceptos criminológicos y algunos problemas de las erróneas prioridades en los países subdesarrollados* es el título de la ponencia presentada por J. E. Hall Williams, quien, entre las cuestiones más urgentes para la organización y puesta en marcha de los países en vías de desarrollo, destaca las relativas al aparato punitivo y, por supuesto, penitenciario, de forma que no quepa posibilidad alguna de actuar la represión fuera del marco de aquéllos; recomendando, además, la conveniencia de establecer y aplicar el sistema de *parole* (libertad condicional), así como la necesidad de conceder a los tribunales la facultad de suspender el pronunciamiento de las sentencias.

W. Middendorf presentó un trabajo sobre *la delincuencia juvenil como un problema a escala mundial*, constatando, a través de unas estadísticas muy esclarecedoras, el incesante aumento de la delincuencia juvenil, así como una serie de recomendaciones en orden a las medidas a adoptar y aplicar en lo que concierne a su prevención y tratamiento.

La ponencia presentada por J. Pinatel versó sobre *el sistema penitenciario y la política criminal en los países en vías de desarrollo*. En ella, después de hacer un esbozo del desarrollo de los modernos sistemas penitenciarios para concluir en la afirmación indiscutible de la crisis por que atraviesan, recomienda a los países en vías de expansión organizar el sistema penitenciario, pero de una forma limitada, cuando se trata de problemas de seguridad. Sin embargo, para los delincuentes comunes, si esos países carecen aún de sistema penitenciario, les recomienda no incurrir en el error tan antiguo de construir prisiones, en la idea de que sólo gracias a ellas les será posible organizar un verdadero tratamiento de los delincuentes. Ha de atenderse sobre todo, concluye, a las medidas restrictivas de libertad, a los métodos de tratamientos en medio abierto.

*Nuevos horizontes del procedimiento criminal en Israel* es el título de la conferencia pronunciada por el profesor S. Ginossar, quien subraya cómo el procedimiento criminal israelita es en gran medida herencia del derecho anglosajón, pero cómo también presenta dicho procedimiento, en forma inexplicable, tres variantes o clases (el tribunal *d'arrondissement* o de partido judicial, caracterizado por incluir una fase de instrucción preliminar; los juzgados de paz, competentes en los delitos de menor gravedad, y, finalmente, el llamado procedimiento *sumario* ante el tribunal *d'arrondissement* (procedimiento que carece, a diferencia del primero, de la fase o etapa de instrucción preliminar). En consecuencia, ante la multitud de conflictos de competencia que la triplicidad procesal originaba de continuo, el legislador israelita adoptó ya en 1957 —un hito lo constituye la promulgación del Código de justicia militar— una ley que delimitaba la esfera de competencia de cada clase de tribunal. Ginossar analiza con detalle el espinoso camino recorrido por el legislador israelita hacia la unificación procesal, deteniéndose siquiera sea someramente en las medidas que paulatinamente ha ido adoptando la legislación del Estado de Israel (por ejemplo, *la prisión condicional* —medida tan popular como arbitraria por su desmesurado uso).

B. Di Tullio trató en su ponencia acerca de *la necesidad del método clínico en el estudio de las causas y de la prevención de la criminalidad en los países en vías de desarrollo*, reafirmando la imperiosa necesidad de utilizar el estudio clínico del sujeto tanto en lo que concierne a las exigencias del principio de individualización de la pena, como en lo que respecta a la reeducación del condenado.

*La criminología clínica y el tratamiento de los criminales en Italia en el momento actual* fue el tema tratado por Fontanesi, quien, después de afirmar que todo análisis de la estructura organizada de una comunidad en su lucha contra el crimen debe partir siempre de tomar en consideración las bases culturales y los presupuestos científicos que han servido y sirven de base a tales estructuras, considera que un estudio científico que parta de esta perspectiva deberá, consecuentemente, tomar en consideración los siguientes aspectos de las mismas: el aspecto legislativo, el sociológico, el científico, el administrativo, el político-económico, el relativo a la ejecución, el concerniente a la organización, el estadístico, el geofísico y, finalmente, el etnológico.

M. BIANCHI presentó una ponencia dedicada a *Anomie and eunomie in a*

*changing world*. Comienza BIANCHI afirmando que toda teoría penal debe llevar siempre consigo la posibilidad de actuar eficazmente en la promoción de la salud o higiene mental de los ciudadanos. Ahora bien, si examinamos el papel que desempeña la sanción penal en su función de protección del orden social, observamos que, cuando la sanción encaja perfectamente con la norma dentro del mecanismo de la estructura social, se produce entonces una situación de *eunomia* o lo que se llama estado de *equilibrio eunómico*, por cuanto las sanciones vienen perfectamente ensambladas con las normas. En cambio, nos encontramos con una situación de *anomia* o *anómica*, cuando sanción y norma no encajan, creando en consecuencia una situación especial, cuya sintomatología puede apreciarse por una serie de perturbaciones que se producen en el proceso de socialización a que están sometidos los individuos y los grupos sociales. El término *anomia* fue utilizado por Durkheim en el sentido indicativo de una deteriorización de las normas que sucede precisamente cuando, el abandono, la disgregación o la descomposición individual confían excesivamente en el poder que sirve de soporte a los modelos de normas y sanciones existentes. Por consiguiente, un estado de *anomia* afecta por igual a normas y a sanciones, determinando la imposibilidad de que éstas últimas actúen con la eficacia con la que fueron creadas. Labor fundamental de las autoridades de un país ha de ser el concebir como finalidad fundamental de la actividad político-social no la represión del crimen, sino la prevención o la represión de la *anomia*.

W. H. Nagel nos habla en su ponencia sobre *la criminalidad en Oss* (municipio de la provincia holandesa de Brabante del Norte). Se trata, en definitiva, de constatar la alarma que produjo el rápido aumento de la criminalidad en el municipio citado durante el período 1924-1935, si bien el número de detenciones fue relativamente pequeño, a causa de la enorme reticencia y solidaridad de parte de la población con los delincuentes. Después de examinar los posibles antecedentes históricos, políticos, sociológicos, etc... de tal aumento, pasa, a continuación, a constatar estadísticamente el descenso en la criminalidad sobrevenido en los años posteriores en idéntico municipio, a consecuencia de las medidas preventivas adoptadas a este respecto por las autoridades (promoción laboral, desaparición del paro, promoción de viviendas, etc...), lográndose, de este modo, la desaparición de aquella infraestructura que había originado la caótica situación anterior.

*La conducta antisocial derivada de los problemas de la familia en las áreas industriales* es el título de la ponencia pronunciada por H. van Rooy, el cual señala cómo el llamado problema familiar —en sus manifestaciones más graves— ha hecho aparición en la Europa occidental, a partir de la creciente industrialización que en ella se ha venido operando en los últimos años; proceso que ha supuesto la introducción de cambios muy importantes en los viejos centros urbanos de nuestras superpobladas ciudades. Este tipo especial de desarrollo ha supuesto, subraya el profesor del Instituto de Criminología de Groningen, un incesante debilitamiento de las convicciones personales y del sentido de responsabilidad personal, poniendo de relieve el inminente peligro de una desaparición de los valores individuales de la persona, para ser

sustituídos por la amorfa y domesticada masa (*despersonalización o masificación*).

T. Asuni trata en su ponencia acerca de *un estudio preliminar de la delincuencia juvenil en Nigeria occidental* de la evolución de esta clase de delincuencia, desde el punto de vista de la edad, sexo, religión, ambiente familiar, matrimonio, etc..., apuntalando sus observaciones con unos datos estadísticos muy significativos. Concluye su estudio, proponiendo la adopción, siempre cautelosa, de la *probation*, de la *supervisión*, etc..., sin olvidar, empero, que existen algunos factores inherentes a la cultura y tradición del pueblo nigeriano que pueden ser utilizados como ingredientes inmejorables en cada una de las medidas correccionales que se adopten.

*Manifestaciones y causas predominantes de la delincuencia en el Paraguay* fue el objeto del estudio presentado por L. Martínez Miltos, quien, después de esbozar cómo se ha llevado a cabo el fenómeno de integración de la población paraguaya, nos ofrece una visión estadística de la criminalidad (juvenil y adulta) paraguaya, caracterizada precisamente por el predominio de tres tipos de delitos: homicidio-lesiones, violación o atentados sexuales y abigeato. La segunda parte de su trabajo tiene por objeto el estudio de las causas predominantes de la criminalidad paraguaya, esbozando así un informe de marcada naturaleza criminológica, en el que sobresalen como causas principales los factores sociales y económicos.

E. Galway presentó una disertación sobre *la colaboración internacional en la prevención de la criminalidad*, donde esboza la actividad llevada a cabo en este sentido por la O. N. U. en la llamada *década del desarrollo* (1960).

*Interdisciplinary approach to crime* fue el trabajo presentado por S. R. Gerber; en el cual constata y desarrolla la acción coordinada de la ley y de la medicina en sus correlativas disciplinas (ciencias paramédicas, por ejemplo, se han ido acercando cada vez más estrechamente al estudio de la etiología y tratamiento de los males) en la lucha contra el crimen.

*Medio familiar y delincuencia en la perspectiva de la investigación etiológica* ha sido el estudio presentado por S. E. Glueck, basado en realidad en una obra suya (*Unraveling Juvenile Delinquency*, Nueva York, 1950), que pone de manifiesto los resultados a que se llegó comparando las actitudes de 500 delincuentes habituales y 500 personas no delincuentes (procedentes todos de las áreas menos privilegiadas de Boston), en lo que respecta al complejo etiológico. Los delincuentes como grupo ofrecieron diferencias de los no delincuentes en el aspecto físico, temperamental, en lo que concierne a sus actitudes, *psíquico-lógico* y *sociocultural*.

Por último, el volumen reproduce la ponencia presentada por D. E. J. MacNamara en torno a *usos, problemas y procedimientos policiales en las nacientes democracias*, al igual que la interesantísima conferencia pronunciada por W. C. Reckless, acerca de *una explicación no causal: la teoría de la contención* (1). En esta última, el autor se sitúa en contra de una teoría general sobre la causación del crimen, por considerarla inapropiada e incorrecta para

---

(1) Esta ponencia procede íntegramente de un artículo de RECKLES que, bajo idéntico título (*A non causal explanation: containment theory*), fue publicado en *Excerpta criminológica*, 1962, págs. 131-134.

ser aplicada a la conducta humana. En su sustitución, propone la teoría de la contención (*Haltheorie* o *containment theory*), según la cual existe una estructura social externa de contención que mantiene a los individuos a raya (*Superego*) y un muelle interno que protege también a los individuos contra el desvío de las normas sociales y legales. Ambos medios de contención actúan entonces como protección del individuo contra la desmoralización y la seducción. (2).

P. L. Y. R.

---

(2) La primera exposición de la teoría de la contención (*Haltheorie* o *containment theory*), por RECKLESS aparece en la primera edición de su *The crime Problem*, New York, 1961, cap. 18 (una visión comparativa en el método del *Unraveling Juvenile Delinquency*, de GLECK, puede verse en: EYNON, T. G. y RECKLESS, W. C.: *Companionship at delinquency onset*, Ohio State Univ., Columbus, O. *Brit. Jour. Criminol.*, 2/2, 1961, págs. 162-170); la segunda exposición, en *Haltheorie*, publicada en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, vol. 44, junio de 1961, págs. 1-14 (con una detallada exposición de las *Drucktheorie* y de las *Zugtheorie*), y, finalmente, la tercera exposición de la teoría de RECKLESS puede verse en el vol. 25, núm. 4, diciembre de 1961, de la revista norteamericana *Federal Probation*.

# REVISTA DE REVISTAS

## ALEMANIA

### **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**

Tomo 78 (1966), fascículo doble 1/2

**HARDWIG, Werner:** «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit» (Error sobre el deber, dolo e imprudencia); págs. 1-29.

En el artículo, Hardwig se declara a favor de la teoría del dolo. No obstante, está de acuerdo (en el resultado, pero no en la fundamentación) con la teoría de la culpabilidad, en cuanto que estima que en los casos de error vencible sobre el deber se debe aplicar —al hecho que para Hardwig no es doloso, sino imprudente— la pena prevista para el delito intencional, con la posibilidad de reducir la pena en base a una causa de atenuación de la culpabilidad.

En lo que hace referencia al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, Hardwig, aunque la rechaza en su fundamentación (dice que las causas de justificación no son “elementos negativos del tipo”, sino “contratipos”), acepta en sus resultados la teoría de los elementos negativos del tipo, pues si el error fue vencible propone que se aplique la pena del delito imprudente.

Hardwig estima que en los problemas de error existe una gran confusión conceptual; el principal objeto de su artículo es, por ello, el de distinguir entre distintas clases de error, que la doctrina a menudo identifica, proponiendo nuevos términos para designarlas.

**MAIWALD, Manfred:** «Der "dolus generalis". Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung» (El "dolus generalis". Una contribución a la teoría de la imputación); págs. 30-58.

Se trata de un amplio y completo trabajo monográfico dedicado al estudio de las diversas teorías propuestas para resolver los casos del llamado “dolo general” (ejemplo: se cree haber matado a la víctima de un disparo, pero en realidad se pone fin a su vida cuando el autor arroja al herido, que erróneamente supone ya muerto, al río).

Maiwald estudia, en primer lugar, la opinión de los que estiman que en esos casos existe delito consumado. Esto se ha tratado de fundamentar de tres maneras: con la “solución de la acción”, con la “solución de la causalidad” y con la “solución de la adecuación”. Maiwald las rechaza todas argumentado, entre otras cosas, que en el momento de la muerte no existe dolo y que, por ello, esas tres posiciones operan, en definitiva, con ficciones.

En opinión de Maiwald, la solución correcta es la de castigar por un delito frustrado en posible concurso *real* con un delito culposo.

**GROBE, Hannes:** «Die allgemeine Vorsatzvermutung bei Feuerbach» (La presunción general de dolo en Feuerbach); págs. 59-66.

En la época de Feuerbach se suprime casi totalmente en Alemania—bajo la influencia de las ideas de la Ilustración—la tortura; en Baviera, por ejemplo, por influjo directo del mismo Feuerbach. La condena del acusado sólo podía apoyarse: bien en su propia confesión, bien en la declaración de por lo menos dos testigos.

Esos limitados medios de prueba parecía que oponían muy serias dificultades a la posibilidad de demostrar que el autor había actuado intencionadamente respecto del resultado típico por él causado.

De ahí que Feuerbach, al redactar el artículo 43 del Código Penal de Baviera, establezca la siguiente regulación: “En referencia al hecho antijurídico del que se ha probado que ha sido cometido por una persona, se presumirá legalmente que ha actuado también con dolo antijurídico, cuando de las especiales circunstancias del caso no resulte la certeza o posibilidad de lo contrario”. Con este precepto Feuerbach no sólo pretendía solucionar las dificultades de prueba que acabamos de mencionar, sino también limitar al máximo, siguiendo las ideas de la época, el arbitrio del juez en orden a la libre valoración de la prueba.

La presunción de dolo de Feuerbach fue objeto de duras críticas por sus contemporáneos. Estas críticas llegaron a ser recogidas oficialmente; pues en la anotación oficial al artículo 43 se hacía depender la prueba del dolo de la valoración por el juez de todas las circunstancias que concurrieron en el hecho. En la praxis judicial bávara la contradicción entre el texto del artículo 43 y la anotación oficial produjo un considerable desconcierto, si bien parece ser que prevaleció la tendencia a prescindir de la presunción de dolo.

En 1828, Feuerbach, en la décima edición de su “Tratado”, se retracta, “gustosamente”, de la presunción de dolo. Y en el Proyecto de nuevo Código Penal de Baviera elaborado por Feuerbach, y que fue encontrado después de su muerte, no figuraba ya esa presunción de dolo, que, no obstante, no fue suprimida de la ley hasta el año 1848.

**RUDOLPHI, Hans-Joachim:** «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?» (¿Es punible la participación en un hecho cometido en estado de necesidad en el sentido de los §§ 52, 53 párr. 3 y 54 del Código penal?); págs. 67-99.

La teoría dominante en Alemania distingue entre estado de necesidad excluyente de la antijuridicidad y de la culpabilidad, afirmando que la participación delictiva es impune en el primer caso y punible en el segundo: de acuerdo con esto, responde por inducción a homicidio el que, viendo a A y a B, que en un naufragio luchan por asirse a una tabla que sólo puede sostener a una persona, convence a A para que mate a B con un cuchillo.

Estiman, minoritariamente, que es impune también la participación delic-

tiva en el estado de necesidad sólo exculpante: Maurach, Maihofer y H. Mayer, entre otros.

La teoría dominante apoya su tesis en el § 50 del Código penal alemán, según el cual, si varios participan en un hecho punible, cada uno será castigado según su culpabilidad, sin tener en cuenta para nada la culpabilidad de los otros. De ahí se deduce por la doctrina mayoritaria que la participación es impune si el hecho es típico pero no antijurídico; y punible si el hecho principal es típico, antijurídico, pero no culpable.

Con Bockelmann, H. Mayer, Oehler y Roxin, Rudolphi opina que no es posible extraer esa consecuencia del § 50. El § 50 sólo dice algo negativo: que la falta o no de culpabilidad de un partícipe no influye en la responsabilidad de los otros. Pero no expresa nada positivo: no expresa que haya que castigar al partícipe siempre que el hecho principal sea típico, antijurídico e inculpable. Es la ciencia la que, caso por caso, ha de determinar cuándo es punible la participación en un hecho principal en el que concurre una causa de exclusión de la culpabilidad. Rudolphi, con nuevos argumentos, trata de confirmar esta doctrina minoritaria.

Como el § 50 no responde a la cuestión de si es o no punible la participación en un estado de necesidad exculpante, Rudolphi intenta llegar a una solución en base a un estudio sobre la esencia del estado de necesidad y de la participación delictiva. Para ello lleva a cabo, en primer lugar, un muy interesante y sugestivo examen del estado de necesidad inculpable, señalando que la situación del que, por ejemplo, mata a otro para salvar su vida supone una disminución de lo injusto del hecho y también de la culpabilidad, que lleva, en definitiva, a la irresponsabilidad del agente.

Contra los que, como Welzel y Bockelmann, alegan que el que induce o auxilia a otro a salvar su vida a costa de la de un tercero debe responder penalmente, ya que "nadie debe jugar a hacer de destino", responde Rudolphi que lo que caracteriza a la participación delictiva es precisamente que falta el "dominio del hecho" y que, por tanto, no es el partícipe, sino el autor directo quien se erige en "destino"; pero este último, sin embargo, esta libre de responsabilidad penal.

Rudolphi mantiene que mientras que es punible el que participa en el hecho principal del enajenado o del que actúa bajo un error invencible de prohibición (causas de exclusión de la culpabilidad) no lo es el que lo hace en la también causa de exclusión de la culpabilidad del estado de necesidad. En este último caso, a diferencia de lo que sucede con la inimputabilidad y con el error invencible de prohibición, el legislador se limita a describir una situación objetiva y no entra para nada en consideraciones individuales sobre si el sujeto concreto, a consecuencia de lo extremo de la situación, pudo o no actuar conforme a Derecho. Por consiguiente, aunque el legislador no aprueba expresamente el delito cometido en un estado de necesidad exculpante, sí que parece resignarse con su existencia. Al prescindir de todo examen personal del autor, el estado de necesidad se parece a las causas de justificación, en las que el legislador ha tipificado objetivamente situaciones generales de exclusión de la responsabilidad. De ahí que tampoco en el estado de necesidad exculpante sea punible la participación delictiva.

**KAISER, Günther:** «Zur kriminalpolitische Konzeption der Strafrechtsreform» (Sobre la concepción politicocriminal de la reforma del Derecho penal); págs. 100-152.

En su artículo, Kaiser excluye de la discusión todas las teorías que niegan el libre albedrío y trata de hacer una crítica immanente del Proyecto alemán de Código penal de 1962, aceptando el principio de culpabilidad y poniendo de relieve que, en cualquier caso, la teoría unitaria de la pena que sirve de base al Proyecto tiene que distinguirse, en su sistema de consecuencias juridicopenales, de los resultados a que llegarían las teorías absolutas.

**BLAU, Günter:** «Der Strafrechtler und der psychologische Sachverständige» (El penalista y el perito psicólogo); págs. 153-183.

Para algunos penalistas la irrupción del perito psicólogo—Licenciado en psicología—junto al viejo forense y al psiquiatra es un síntoma de la inflación de peritos en la praxis judicial; con estas palabras comienza Blau su artículo.

Algunos juristas quieren excluir como peritos a aquellos que—como la mayoría de los psicólogos que siguen la dirección freudiana—niegan conceptos como el de culpabilidad o de responsabilidad personal. Pero, dice Blau, las “interpretaciones” psicoanalíticas no vinculan al juez, y éste puede extraer del dictamen psicológico valiosos datos para excluir—negativamente—la existencia de enfermedad mental, o—positivamente—para hallar una pena adecuada a la personalidad del autor.

Los principales campos de la actividad del psicólogo son, en primer lugar, la investigación sobre la credibilidad de testigos infantiles en, sobre todo, delitos sexuales. Blau se muestra de acuerdo con esta práctica de los tribunales; manifiesta sus reservas, en cambio, en referencia a dictámenes sobre la credibilidad de testigos adultos, que en casos excepcionales es también admitida por los tribunales.

Los dictámenes psicológicos son también de interés para el examen de la personalidad del acusado. Finalmente, los psicólogos se encargan ocasionalmente de emitir dictámenes enjuiciando la madurez social de un menor o de un semiadulto en el sentido de los §§ 3 y 105 de la Ley de Tribunales Juveniles.

Blau es de la opinión que en el futuro los encuentros entre psicólogos y jueces serán mucho más frecuentes.

**HATTENHAUER, Hans:** «Die Begnadigung im Spiegel der Legende» (El indulto en el espejo de la leyenda); págs. 184-213.

El artículo, ilustrado con documentos literarios y gráficos de carácter histórico, se ocupa del indulto en la leyenda, poniendo de manifiesto que ese perdón era, primariamente, un asunto de la Iglesia: el resultado del conflicto entre la iustitia profana y la misericordia canónica.

En la parte bibliográfica de este fascículo doble, Roxin se ocupa de obras de Parte General.

\* \* \*

En la sección de Derecho comparado figuran, entre otras contribuciones, las siguientes: un artículo de Middendorff sobre el Derecho procesal penal y la criminalidad en Formosa; otro, de Inbau, sobre la relación entre una persecución penal eficaz y la protección de los derechos fundamentales de la persona; Onder y Endruweit estudian en su trabajo las recientes tendencias del Derecho penal turco; y Herrmann da cuenta, en un amplio informe bibliográfico, de las más recientes obras norteamericanas de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho penitenciario y criminología.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

## ARGENTINA

### Revista de Derecho penal y Criminología

Núm. 4, octubre-diciembre 1968

**RIVACOBÁ, Manuel: «Bibliografía».**

Rivacoba, español residente en Argentina y en Chile, ha tratado en Hispanoamérica de temas españoles (el Krausismo, que es español por adopción; Dorado Montero, Lardizábal), dedicándolos sendos libros. Rivacoba celebra en esta bibliografía la reproducción, en la "Revista de Estudios Penitenciarios", del *Discurso sobre las penas*, de Lardizábal, y la correspondiente separata, de la cual se dio cuenta oportunamente en el ANUARIO (1968, fasc. primero). Pondera su necesidad, ya que estaban agotadas las ediciones anteriores, el cuidado de la versión conforme a la edición *princeps* de 1782, y la magnífica empresa de ir publicando obras penalistas agotadas y olvidadas; idea y ejecución debidas a la inteligencia y perseverancia de don Francisco Bucno Arús, letrado del Ministerio de Justicia, profesor de la Facultad de Derecho y del Consejo asesor de aquella revista, donde se realizan bajo su cuidado dichas reproducciones.

Precedía al *Discurso sobre las penas*, en esta última edición, un estudio preliminar mío, donde, aludiendo al problema de la penetración del Iluminismo en España, examinaba someramente su influencia en las instituciones penales patrias del siglo XVIII, añadía algunos datos a las biografías de Blasco (1957) y de Rivacoba (1964) y comentaba brevemente el pequeño libro del magistrado y académico mejicano-español. No era mi estudio más que un prólogo.

Con acierto dice Rivacoba que los nuevos datos aportados no rectifican ni modifican la caracterización de Lardizábal dada por aquél en su libro,

pero —en cortés deferencia— añade que colman algunas lagunas que le había sido imposible salvar en el exilio. Nos anuncia la prosecución de su trabajo en el mismo tema y promete completar un día la semblanza, años ha por él perfilada. Celebraré que así sea, pues estimo digno de completar el estudio de una figura postergada por los historiadores, cuando las misiones difíciles y delicadas que le fueron encomendadas en situaciones de compromiso prueban la confianza general en su talento, sabiduría, laboriosidad y prudencia.

No es corriente que el director de una revista aproveche el trabajo de un colaborador para defender a quien no ha sido atacado, y atacar a quien se ve ahora obligado a ejercitar la defensa, siempre lícita incluso cuando se ejercita por el discípulo frente a su maestro. Este es mi caso. La nota puesta por Jiménez de Asúa al pie de página, dice así:

“Esas lagunas, a las que modestamente alude el autor de la presente nota bibliográfica, no han sido colmadas por Antón Oneca. Actualmente, Rivacoba tiene encarpados más datos —para la segunda edición de su trabajo— que los ofrecidos, en ese “Estudio preliminar”, por quien fue profesor en Salamanca y en Madrid, a pesar de encontrarse éste mucho más cerca de las fuentes que quienes se hallan exiliados en Chile y la Argentina, y con más agobio para ganarse el sustento que Antón, jubilado en la cátedra y con todo su tiempo libre para investigar. Es para mí motivo de orgullo que los componentes de la escuela que hemos creado en tierras iberoamericanas, trabajen con tanto ahínco y fortuna.”

Me adhiero a la afirmación inicial: no he pretendido colmar nada. La historia narra hechos de causalidad compleja, ha de manejar a veces fuentes insuficientes o contradictorias y se construye por escritores cuyos criterios no pueden por menos que acomodarse a las convicciones mudables según las épocas. No se colma nunca: es obra colectiva en constante evolución y sería desatinada la pretensión de pronunciar la última palabra. Cada investigador continúa y rectifica la labor de los anteriores sin mengua para nadie.

Respecto al resto de la coletilla, puntualizo: en 1966, fecha de la redacción y publicación en la “Revista de Estudios Penitenciarios” de mi “Estudio preliminar”, yo estaba en servicio activo, dando curso de licenciatura y de doctorado, sin que, por otra parte, se me alcance la necesidad de dedicación plena para redactar un artículo de 30 páginas. Creo, además, excesivo el optimismo de Jiménez Asúa sobre la situación disfrutada por las clases pasivas españolas, y probablemente también el pesimismo acerca de los exiliados (salvo, claro está, en algunos casos particulares posibles), a juzgar por los que nos visitan y las notables y abundantes publicaciones de los demás. Pero nada de esto tiene que ver con nuestro común interés por don Manuel de Lardizábal.

JOSÉ ANTÓN ONECA

Núm. 2, abril-junio 1969

**BLARDUNI, Oscar C.: «Consideraciones criminológicas en torno a la libertad condicional».**

Considera el autor que la prevención especial va tomando cada vez más importancia y una de sus funciones primordiales es la reeducación y readaptación social del delincuente, encargada principalmente esta misión a los sistemas penitenciarios.

Para los reclusos a quienes no se les aplica la libertad condicional, toda la labor reeducadora se ha de realizar en la prisión. El recluso no tiene contacto con el mundo exterior y pasa directamente de la prisión a la vida social en comunidad; para éstos no existe el período previo de libertad condicional, que es una prueba para ver si, en efecto, se encuentra en condiciones de hacer vida normal en sociedad.

Una de las condiciones para conseguir la libertad condicional es observar buena conducta en la prisión —trabajar, no ser objeto de sanción disciplinaria, ser aplicado en el taller y en la escuela, etc.—. El Código penal argentino así lo prevé (art. 13) al establecer: “Haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios”.

La calificación por parte de la administración penitenciaria de “buen penado”, continúa diciendo el autor, no es suficiente para conocer si, en efecto, el penado, una vez en libertad, seguirá haciendo vida honrada en comunidad. Por ello considera que lo mejor sería establecer un período de libertad transitoria para conocer el comportamiento.

El Código de ejecución penal de la provincia de Buenos Aires prevé la posibilidad de un régimen de libertades transitorias de prueba. Por regla general, los penados primarios pasan al período de prueba cuando les faltan dos o tres años para estar en condiciones —por el tiempo de pena ya cumplido— de pedir la libertad condicional.

Durante el período de prueba el interno cumple un régimen atenuado, consistente en: 1) Trabajo en común, de preferencia al exterior, sin más custodia que la indispensable; 2) Comidas en común y siempre separadamente de los que se encuentran en otros grados de tratamiento básico; 3) Recreos generales con juegos y deportes; 4) Posibilidad de salidas periódicas para el penado considerado ejemplar y que merezca absoluta confianza.

Este sistema deja salir al penado e incluso ir a visitar a su familia por un par de días, con la simple promesa de regresar. Se inicia el sistema en Buenos Aires, en mayo de 1952, funcionando en la actualidad en nueve unidades penitenciarias de esta provincia.

Los resultados obtenidos, entre mayo de 1952 y mayo de 1962: Total de salidas, 2.768; fracasos, 3.

Los resultados obtenidos desde mayo de 1962 a julio de 1968 fueron: 10.218 salidas, y fracasos, 7.

Las características fundamentales del régimen de libertades transitorias de pruebas es como sigue:

1) Ningún interno es sometido al régimen de libertades transitorias de prueba sin el previo dictamen favorable del Instituto de Clasificación; 2) a los internos sometidos a la prueba se les proporciona ropas de calle, dinero de su peculio, pasaje gratuito de ida y vuelta al lugar de destino, certificado que acredita "su situación"; 3) las salidas son en principio por cuarenta y ocho horas, sin contar el tiempo de viaje cuando se trata de visitas familiares; 4) a menudo el liberado a prueba debe recorrer grandes distancias en tren o en ómnibus; 5) previamente a la salida del interno se practica una encuesta social, tendente a comprobar la moralidad y costumbres de las personas con las cuales estará en contacto el internado; 6) es recomendable que la ceremonia de salida se cumpla con cierta solemnidad, en presencia de los demás reclusos, que escucharán las recomendaciones y exhortaciones del jefe de la unidad penitenciaria; 7) es conveniente poner énfasis a la afirmación de que el sistema será abandonado si los liberados no cumplen con la palabra empeñada de volver; 8) durante la libertad transitoria está prohibido: a) ingerir bebidas alcohólicas; b) dirigirse a un lugar distinto del señalado; c) cambiar, sin causa de fuerza mayor, el itinerario establecido; d) comportarse en forma reñida con la moral; e) provocar o participar en desórdenes; f) demorar por cualquier medio el reingreso a la hora señalada; g) tener trato personal con liberados o excarcelados; h) frecuentar lugares de dudosa moralidad o despachos de bebidas; i) toda anomalía en el desarrollo del plan previamente trazado debe ser puesto de inmediato en conocimiento de la autoridad policial.

Considera el autor que, según el funcionamiento de los actuales sistemas penitenciarios, ningún delincuente se puede readaptar socialmente pasando por una prisión. No cree que todos los delincuentes, ni mucho menos, sean inadaptados o enfermos, sino todo lo contrario, que la mayoría son completamente normales y con gran capacidad de adaptación. Es partidario de la prisión abierta.

Hemos de apuntar que estamos de acuerdo con el autor de que en los actuales sistemas penitenciarios, cerrados, difícilmente se consigue la reeducación de algún delincuente. En principio, porque no se dispone de personal adecuado; no hemos de olvidar que los funcionarios de prisiones no suelen tener gran relevancia social en ningún país, a la vez que están mal remunerados. A la sociedad lo que le interesa es que el delincuente se encuentre seguro en una prisión, ya que de esa forma no podrá delinquir; que se reeduce o no, apenas si le interesa.

Para reeducar —educar diríamos nosotros, ya que reeducar equivale a volver a educar— a delincuentes hace falta personal muy especializado y con mayor capacidad que para educar y preparar para la vida en comunidad a personas jóvenes y que no han delinquido. Si los Estados quieren estos especialistas, han de retribuirles bien, pues en igualdad de condiciones y aun en peores, preferirán trabajar en la calle que en una prisión, pues

trabajar aquí siempre es desagradable y las vocaciones penitenciarias prácticamente no existen.

Nosotros confiamos que llegará un momento en que la prisión cerrada solamente quedará para algunos reclusos multirreincidentes y peligrosos; la prisión abierta se ha de imponer y, lo que es más, el cumplimiento de la condena haciendo vida en comunidad.

Otro de los graves problemas con que tropieza la vuelta del penado a la sociedad es el vacío que ésta hace a todo aquel que ha cumplido condena en un establecimiento penitenciario.

En España disponemos de establecimientos que podemos considerar de régimen abierto, como sucede con la colonia penitenciaria de Herrera de la Mancha, Castillejos, Destacamento de Mirasierra y el establecimiento de Liria, para menores de veintiún años.

Finalmente indicamos que la libertad condicional en relación con las condiciones, tramitación y causas de revocación se regula en el Reglamento de los Servicios de Prisiones, artículos 53 y ss.; también hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 98 y 99 del Código penal.

**MORAS MOM, Jorge R.: «El aporte criminológico en materia de delincuencia de menores».**

Hace el autor unas breves alusiones al valor de la Criminología en el campo penal, que considera de gran valor no sólo para el legislador, sino para el propio juez.

En el problema de la delincuencia juvenil plantea, en líneas muy generales, la evolución de la edad dentro del campo penal, discernimiento y criterios para determinar la imputabilidad de los menores. Hace una valoración de las aportaciones de las Escuelas clásica y positiva, considerando en relación al menor, que son de más valor los estudios de la primera, por lo menos en el campo normativo.

Termina el trabajo estimando que la conducta de los seres humanos ha de ser valorada dentro de la órbita del Derecho penal, sin tener en cuenta la edad; es el tratamiento lo único que debe variar entre el joven y el adulto. El menor, por el hecho de ser hombre, no debe quedar fuera del Derecho penal.

No nos parece oportuno incluir al menor, sin hacer ninguna distinción en relación a la edad, dentro de las normas generales del Derecho penal aplicables a los adultos. Somos partidarios de rebajar la edad a los quince años, no con el deseo de que a estos chicos se les apliquen las mismas normas que a los adultos, sino que, teniendo en cuenta la organización de nuestros Tribunales de Menores y Ley de los mismos, nos parece que los chicos de esa edad saldrían más favorecidos con la aplicación de las normas penales del Código, por las razones siguientes:

— La Ley de los Tribunales Tutelares de Menores tiene el problema de que su artículo 9.º admite una concepción amplia de lo que debe entenderse

por delito en el campo de los menores, ya que enjuicia multitud de conductas por las que un menor de dieciséis años puede comparecer ante un Tribunal Tutelar de Menores y se le pueden imponer medidas de corrección e incluso enviarle a un colegio por tiempo no determinado. Nos encontramos aquí ante conductas que no serían delito, en la mayor parte de los casos, si fueran cometidas por un mayor de esa edad (1).

— La participación de los chicos de quince años en la criminalidad nacional tiene gran importancia. Cada día que pasa el delincuente español se inicia a edad más temprana (1).

— De todas formas, lo importante es el tratamiento que se debe dar a esos chicos jóvenes (2).

De todos modos, hay que pensar que el derecho del menor es un derecho protector y hay que estimar su valor, aunque a veces, pese al buen deseo de los que se dedican a estas funciones, se cometan errores. Pensamos que nuestra Ley de T. T. de Menores debe ser objeto de una notable reforma, y principalmente en el sistema seguido por los colegios dependientes de los mismos (2).

También los jóvenes comprendidos entre los quince y veinte años, ambos inclusive, deben ser objeto de un tratamiento procesal y penitenciario especial (3).

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

## BELGICA

### REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE

Núm. 2, noviembre 1969

VERSELE, S. C.: «*Quelques problèmes de la recherche scientifique en Belgique*» (Algunos problemas de la investigación científica en Bélgica); págs. 132-143.

El estudio de Versele pone de relieve las dificultades inherentes en la actualidad a la investigación criminológica en Bélgica. Tales dificultades son, a juicio del director de investigación del Instituto de Sociología de la U. Libre de Bruselas:

- a) Los obstáculos que la legislación actual sobre expedientes y archivos judiciales opone a los investigadores.
- b) La falta de interés del mundo judicial en participar en las investigaciones de esta índole.

---

(1) Véase nuestro trabajo: *La edad penal*, en revista de Policía Española, mayo 1969.

(2) Idem, ídem, *Sistema para recuperar al delincuente menor de veintiún años*, en ídem, ídem, junio 1969.

(3) Idem, ídem, *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, parte última, en prensa, editorial Doncel.

c) Las reticencias que directa o indirectamente reducen la libertad científica.

d) Los inconvenientes derivados de la estructuración de una institución penal nueva, sin haberse realizado previamente las correspondientes investigaciones criminológicas.

En lo que respecta a la primera dificultad, señala Versele cómo en la legislación belga actual el acceso a los archivos y expedientes judiciales depende, en virtud del artículo 125 del Decreto real de 28 de diciembre de 1950, en todo caso de la decisión expresa de una persona (el procurador general), dificultad a la que ha de añadirse la también derivada de la actual legislación belga sobre la *probation*, según la cual (art. 7 de la Ley de 29 de junio de 1964) las decisiones judiciales que establecen una suspensión del pronunciamiento de la condena sólo pueden ser comunicadas a las autoridades judiciales, a pesar de que deben pronunciarse en audiencia pública, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución belga de 7 de junio de 1831 (Todo juicio ha de ser motivado. Ha de pronunciarse en audiencia pública) y en el artículo 6 de la misma Ley de 29 de junio de 1964 ("Las decisiones judiciales que ordenen la suspensión han de ser pronunciadas en audiencia pública"). En consecuencia, en opinión de Versele, sería deseable una mayor facilidad de acceso a los archivos judiciales sobre todo cuando se trata de investigaciones llevadas a cabo por universidades, etc.

Respecto a la actitud de los magistrados y demás personal al servicio de la administración de justicia hacia la investigación, una serie de estadísticas realizadas muestran un excesivo dogmatismo y poca disposición en favor de tal participación (Vide: VERSELE: *Un sondage psychosociologique des équipes de probation*, Bruxelles, RDPC, 47/6, 1967, págs. 544 y ss.), en lo que toca a la magistratura, si bien comienza a perfilarse una corriente, aunque escasa todavía, favorable.

Acto seguido pasa Versele a enumerar las objeciones principales que en el actual estado de la ciencia se oponen a la libertad científica, entre las que destaca la necesidad de unas normas estables que impide un análisis objetivo sobre los fallos y anacronismo del sistema judicial, la excesiva reserva y dignidad que se autoimponen los magistrados, etc., viniendo muchos ejemplos a constatar tales apreciaciones.

Además, la falta de investigaciones criminológicas adecuadas pone en peligro la aplicación correcta del régimen de *probation*, ya que, a falta de tales investigaciones, la selección de los individuos que deben ser sometidos a este régimen se hace de acuerdo con criterios exclusivamente legales o personalistas. A ello debe añadirse también el hecho de que el nombramiento de los oficiales de prueba (cuyo estatuto y funciones están reguladas por un Decreto real de 13 de diciembre de 1968) es realizado, en principio, por el ministro de Justicia, el cual les asigna un sector de competencia territorial (art. 7 del citado Decreto), mientras que puede darse el caso de que la función de asistencia y de vigilancia se frustre a causa de que el oficial designado por la Comisión de *probation* para un determinad

prevenido (art. 11 de la L. de 29 de junio de 1964) haya de cambiar de distrito y "romper" así su labor respecto a ese individuo concreto.

Por último, propone Versele una serie de recomendaciones en orden a promover la investigación criminológica en Bélgica, como, por ejemplo:

a) Establecer una excepción legal en provecho de los investigadores, en lo que respecta al acceso a los archivos y expedientes judiciales.

b) Crear un Consejo de política criminal con la misión de racionalizar la administración de justicia.

c) En fin, recabar del ministro de Justicia una mayor disposición de parte de los magistrados a participar en las tareas científicas y, en suma, inculcar a los juristas durante su formación universitaria el gusto por la investigación científica.

P. LUIS YÁÑEZ

## CANADA

### Acta Criminológica

(Studies of Antisocial Behaviour)

Vol II, enero 1969

Los estudios incluidos en este número encajan perfectamente dentro de la línea "sociológica" marcada por los Durkheim, Sutherland, Sellin y Reckless, por cuanto en ellos se destaca de manera especial alguno de los aspectos de la dimensión socio-cultural de la criminalidad. En este sentido merece especial mención el estudio realizado por Emerson Douyon sobre *La transe vaudouesque: Un syndrome de déviance psycho-culturel* (El transe vuduesco: Un síndrome de conducta desviada psico-culturalmente). Después de señalar cómo cada grupo humano, especialmente los grupos étnicos, presenta una serie de rasgos culturales que lo definen, por cuanto modelan la personalidad de cada miembro de la comunidad y sirven, además, para identificar unos miembros con los otros, un examen detenido de la "cultura personalista" del pueblo *haitiano* pone de relieve que el *Vudú* (1) oculta, bajo una aparente simplicidad, una increíble complejidad de creencias y de ritos, disparatados en apariencia, en los que las lagunas de la tradición oral han sido colmadas tanto por la fantasía imaginativa de los etnólogos como por las variantes personalistas de los adeptos a este culto. Explicar la crisis de posesión (de transe) en el *Vudú* equivale, en suma,

---

(1) La palabra, que designa genéricamente las divinidades dahoménicas, suele escribirse de los modos siguientes: *Vodu, Vodun, Voodoo*; esta imprecisión se debe a que la ortografía propia de las palabras criollas no ha sido aún fijada; de ahí que algunos adopten la escritura fonética y otros, una mera transcripción literal que se aproxima bastante a la ortografía de los vocablos franceses. Nosotros hemos preferido utilizar la forma *Vudú*, más generalizada en el continente americano.

a comprender una dimensión fundamental de la psicopatología del negro, sobre todo del negro haitiano.

Por vez primera, un fenómeno que hasta ahora constituía un enigma psicológico ha sido objeto, en los estudios realizados por Douyon (2), de una comprobación experimental, para saber si existe o no un perfil característico de la personalidad de los posesos del *Vudú*; por lo que, con el fin de estudiar los caracteres de esa personalidad, fueron examinadas cuarenta y cuatro mujeres, repartidas en dos grupos experimentales y uno de control.

A fin de averiguar si existe un perfil característico de la personalidad de los posesos del *Vudú*, Douyon examina, en primer término, el *aspecto fenomenológico de este proceso*, en el que, como carácter general, destacó el hecho de que el *Vudú* aparece como una verdadera religión politeísta y animista, "*une religion dansée*" (METRAUX: *Le voodoo haïtien*, 1958), una religión carente, en definitiva, de jefe supremo en la tierra. El culto del *Vudú* comprende dos formas básicas: una pública, constituida por los signos exteriores (símbolos rituales), y otra privada, cerrada herméticamente al observador profano y que se reserva para aquellas ceremonias secretas que cíclicamente suelen celebrar los miembros de una familia en ofrenda a sus dioses domésticos. Los rasgos fenomenológicos generales de tales prácticas son explicados por Douyon a través del concepto de *loá* (la palabra *loá* es una palabra clave en las prácticas del *Vudú* y designa todos los espíritus, grandes o pequeños, y misterios que están en el origen de la crisis de posesión —*trance vuduesco*—; al espíritu ancestral se le llama *loá-racine*, y *loá-maitre-tête* al espíritu principal de un poseído), a través de la *crisis de loá* —*trance* o posesión vuduescos— y mediante las interpretaciones de la *crisis de loá* ["estado místico caracterizado por el delirio de la posesión teomaniaca y el desdoblamiento de la personalidad... Ella (*la crisis de loá*) contiene un conjunto de manifestaciones fisiológicas y psíquicas asociadas en los enfermos, presentándose las primeras como realizaciones de actitudes anormales de parálisis, contracciones y crisis nerviosas... Los servidores del *loá* serían desequilibrados psíquicos provistos de una constitución mitomaniaca..."] (J. PRICE-MARS: *Ainsi parla l'oncle*, París, 1928, págs. 123, 140); "... *la crisis de loá* es, stricto sensu, un proceso *esquizonoide* de apariencia mística que les sucede a nuestros campesinos y les eleva a la cima del misticismo, donde ellos se comunican con sus dioses, sus genios, en la intimidad de su carne y de su espíritu" (L. MARS: *La Crise de possession dans le vodou. Essai de psychologie comparée*, 1956, pág. 90), "siendo menester distinguir la crisis de posesión ritual de la posesión-enfermedad, que surge, a través de una incidencia patológica, vinculada a la historia personal de un individuo], para concluir rechazando las tesis *culturalistas* y las *psiquiátricas*, por cuanto la crisis de posesión persiste planteando un verdadero enigma psicológico, a pesar de su enorme simplicidad.

(2) DOUYON, E.: *Certains aspects de l'application des techniques psychologiques en pays sous-développés*, en *Cahiers de psychologie clinique*, 1964, número 1, págs. 31-37; EL MISMO: *La Crise de possession dans le Vaudou haïtien*, tesis, U. de Montreal, Instituto de Psicología, 1965; EL MISMO: *Psychopathologie du diable*, en *Journal of Interamerican Studies*, 1968, núm. 10, 3, páginas 384 a 392.

Para responder a las cuestiones de si existe un perfil característico de la personalidad del poseso de *loá*, de si este perfil es de naturaleza *normal* (con arreglo a la compacidad ética del grupo) o si, por el contrario, es de naturaleza *patológica*, fueron examinadas—de manera intermitente desde 1957 a 1963—cuarenta y cuatro mujeres, distribuidas en dos grupos experimentales (uno de crisis ritual y otro de crisis no ritual), y un grupo de control [se le practicaron pruebas de control físico y neurológico, análisis de especímenes, *tests* psicométricos, psicomotores, etc... (Raven, Goldstein-Scherer, Sacks, Rorschach)].

Después de las pruebas experimentales llevadas a cabo, los *resultados* a que llega Douyon, en lo que respecta a la *personalidad de los posesos del Vodú*, son los siguientes:

- Gran inestabilidad del humor.
- Una agresividad a flor de piel, que adopta con frecuencia una forma explosiva, destructiva o incontrolable.
- Tendencia a representarse la existencia en forma muy pesimista.
- Creencia por parte de los posesos en que son objeto de solicitud especial por los dioses del *Vodú*.

Asimismo, señala Douyon cómo, en virtud de las aplicaciones del *test* de Rorschach, se ha llegado a la conclusión de que, para llegar a ser un poseso, es menester estar psicopatológicamente perturbado. Ahora bien, la *crisis de loá* no se reduce a un tipo único de personalidad mórbida, sino que es un síndrome original de la psicopatología del negro de los países subdesarrollados (el síndrome de *l'arriere-pays*)—en las diversas conductas de los posesos se encuentran de hecho todos los tipos de comportamientos normales—, ya que, cualquiera que sea la dominante afectiva de la personalidad de sus víctimas, esta manifestación expresa siempre una realidad *sui generis*, inexplicable fuera de ese *complejo de analfabetismo-miseria-angustia* que viene caracterizando la vida rural en Haití. Así, pues, fuera del contexto de las ceremonias, la posesión vudesca deja de ser patológica. Y es que la crisis resulta indispensable a la posesa para ayudarla a mantener un equilibrio esencialmente inestable. Ello, no obstante, en la producción de las *crisis de loá* suele señalarse, también, la confluencia de una serie de factores unidos a los anteriormente mencionados:

- a) Una transmisión de actitudes psicopatológicas por vía hereditaria.
- b) Un medio propicio para condicionar el trance (la *crisis de loá* debe interpretarse partiendo inexcusablemente de la noción de desesperación; sólo en la crisis encuentran los posesos algún placer), y para el aprendizaje.
- c) Reforzamiento del aprendizaje, de forma que el trance se convierte en un hábito.

Finalmente, somete el autor a examen las relaciones existentes entre el suicidio, los estados depresivos y la *crisis de loá* entre los haitianos. Prescindiendo del examen general de las causas más comunes que suelen impulsar al suicidio [los trabajos más recientes sobre la materia han venido a demostrar que el suicidio no implica, en principio, ser el resultado de perturbaciones orgánicas o psíquicas (Vide. MEERLOO, J. A. N.: *Le Suicide*, Bruxe-

les, 1966)], constata Douyon que el índice de suicidios en Haití resulta, increíblemente, uno de los más bajos del mundo. Entre las causas aducidas en favor de este índice tan bajo, pueden enunciarse las siguientes:

- Las particulares condiciones climáticas de Haití.
- La pasividad (letargo ocasionado por el clima) general del pueblo; lo lo que implica una disminución de las relaciones sociales y, por ende, conflictuales.
- La peculiar estructura geográfica del país.
- La paupérrima situación económica de la nación haitiana.
- La compacidad de las relaciones familiares (existe el llamado *complejo de vecindad*).
- El profundo sentimiento religioso que mueve (siempre con la vista puesta en la proximidad de la muerte) a los haitianos.
- Consecuencia de todo lo anterior es que para el haitiano el suicidio es una manifestación más de la actividad de las potencias sobrenaturales (otra explicación no le es posible).

En fin, queda puesto de relieve cómo una gran parte de la agresividad del haitiano encuentra una salida natural en el trance vuduesco, que se erige, de este modo, en un medio neutralizador de las tendencias destructivas. Por consiguiente, si se tiene en cuenta que el *Vudú* expresa la desesperación del negro haitiano, el cual encuentra en él una salida para su desesperación y agresividad, puede afirmarse, también, que este sistema mágico-religioso oculta una forma de conducta desviada psicoculturalmente, que compensa la escasez del suicidio y del homicidio en Haití, y que, además, desempeña indirectamente un papel de reductor de la delincuencia en el aún más africano país de toda América.

\* \* \*

Otro de los estudios insertados en este volumen de Acta Criminológica es el de M. A. Bertrand, dedicado a *Self-Image and Delinquency. A Contribution to the Study of Female Criminality and Woman's Image* (Imagen de sí y criminalidad. Una contribución al estudio de la criminalidad femenina y de la imagen de la mujer). Conviene adelantar que este artículo es la segunda parte de un estudio realizado por la misma autora en torno al fenómeno de la criminalidad femenina en Canadá, U. S. A., Francia y Bélgica, titulado *Self-Image and Social Representations of Female Offenders*, en el que, después de examinar el volumen y tipo de delincuencia realizado por la mujer, así como las penas o medidas correccionales que le asignan las leyes de esos países, concluye afirmando que el índice comparativamente bajo de la delincuencia femenina se debe al distinto papel (*role theory*) que, con respecto al hombre, desempeña la mujer en los diversos contextos sociales. La segunda parte, esto es, el artículo presente, comprende una serie de estudios verificados empíricamente durante un periodo de un año (de agosto de 1966 a junio de 1967). Pues bien, para medir la percepción de sí mismo se utilizó un cuestionario dividido en cuatro partes: la primera dirigida a obtener del interesado datos conscientes acerca de deci-

siones tomadas, etc....; la segunda y la tercera se basan en un material puramente psicológico (intra-psíquico), viniendo constituida la última parte por una ficha bio-socio-psico-educacional (historial del caso particular). El instrumento utilizado en este tipo de investigaciones se basa en la polaridad agente contra paciente descrita en la obra del psicólogo Erikson (1964); polaridad que aparece más tarde recogida en R. R. Korn (1966) como: agente-actor contra objeto-espectador. Mientras el *agente* es el que se cree capaz de influenciar el mundo, los acontecimientos, las personas, quien posee, en suma, un poder sobre la vida, quien no siente frustración, el *objeto* es aquel a quien las cosas le vienen dadas, aquel que se siente impulsado en su actuar por fuerzas internas o externas que le mueven de modo inevitable. Partiendo, pues, de que la condición social de la mujer normal y la posición social de la mujer criminal son "espejos" en los que ambas encuentran su propia imagen, los resultados obtenidos son los siguientes: en la primera hipótesis, las mujeres adultas normales de una sociedad determinada se perciben menos que los hombres del mismo grupo socio-económico y de edad, por lo que la diferencia entre hombres y mujeres no es nada significativa; en la segunda hipótesis, las mujeres adultas criminales se perciben más como objetos y víctimas que las no criminales y, además, que los hombres criminales. Resulta, de este modo, que si la mujer no delincuente, conforme al test "agente-objeto", no se percibe de modo diferente, al menos sensiblemente, del hombre no delincuente, por el contrario, la mujer criminal se percibe netamente como un objeto-espectador, como víctima, más que el hombre criminal y mucho más que la mujer no delincuente.

\* \* \*

*Etudes Criminologiques et Psychiatriques au Japon* es el título del estudio presentado por Shufu Yoshimasu y Sadataka Kogi, en el que esbozan el desarrollo de las investigaciones realizadas en el campo de la criminología y psiquiatría en el Japón, a partir de la fundación, en 1913, de la Sociedad Japonesa de Criminología. En la actualidad existen tres institutos criminológicos de carácter estatal: el Instituto general de investigación en medicina forense de la U. de Medicina y Arte Dental de Tokio, el Instituto de Investigación Práctica y Clínica del Ministerio de Justicia y el Instituto de Investigación Encefalográfica de la U. de Tokio. Entre los estudios criminológicos y psiquiátricos llevados a cabo en el Japón, merecen destacarse: a) un estudio sobre el comportamiento de gemelos; b) una investigación sobre la reincidencia, realizada mediante el denominado *ciclo de la vida* (*the criminal life curve, die Kriminelle Lebenskurve*), método creado por Yoshimasu en 1951 para analizar la vida criminal de los reincidentes; el método en cuestión comprende tres índices: 1. La edad de la época del primer delito (más de veinticinco años y menos de veinticinco); 2. La forma de comisión del delito, según que el individuo sea monótrofo, homótrofo, anfítrofo o polítrofo; 3. Intervalo entre los delitos (sucesión, remisión, etcétera); c) un estudio sobre las características que presentan crímenes de muy diversa especie; d) una investigación sobre la delincuencia juvenil,

e) una investigación sobre la criminalidad a causa de los trastornos mentales debidos a la encefalitis post-vaccínea antirrábica (los estudios llevados a cabo con ocasión del asesinato de doce empleados del Banco Teikoku, de Tokio, revelaron en los individuos sujetos a tales trastornos una personalidad desviada de tipo maniaco acompañada del síndrome de Korsakov); f) un estudio sobre toxicómanos anfetamínicos y criminalidad (el número de toxicómanos anfetamínicos aumentó después de la segunda guerra mundial a 200.000 en el Japón), con lo que los trabajos realizados, a este respecto, revelaron personalidades psicopáticas caracterizadas por tendencias hipertímicas, histéricas, explosivas o inestables, según la tipología de Kurt Schneider; g) por último, cabe citar una investigación sobre las reacciones carcelarias y las infracciones disciplinarias, en la que se utilizó el método llamado "delictología", el cual analiza la reacción concreta que existe entre los delitos cometidos en la sociedad y las infracciones realizadas en el interior de la cárcel.

P. L. Y. R.

## ESPAÑA

### INTERPOL

#### Revista Internacional de Policía Criminal

**VALLAZZA-FERNANDEZ ARAUZ:** «Pericia médico legal en suicidios». En Revista núm. 229, junio-julio 1969.

Exponen los autores tres casos de suicidio en Argentina, con arma de fuego. Son raros los casos en que la víctima se hace más de un disparo, por la imposibilidad material de poder accionar nuevamente el arma ante las lesiones psicotraumáticas que el primer disparo produce. Sin embargo, en los tres supuestos recogidos hubo más de un disparo: En el primero, una señora casada, de cincuenta y cuatro años, se efectuó tres disparos en región precordial; el segundo, un señor, casado, de setenta y cuatro años, se disparó dos veces en la cabeza; el tercero, un caballero, de treinta y un años, soltero, se disparó también dos tiros en la cabeza. Todos utilizaron arma corta.

Estos supuestos tienen gran interés en las investigaciones médico-legales y policiales, ya que no siempre que se encuentra un cadáver con más de un orificio ocasionado por proyectiles se tratará de un homicidio o asesinato, cabe la posibilidad de que se trate de un suicidio, aunque sea una excepción.

En España, el suicidio por arma de fuego no es frecuente, precisamente por el control que hay sobre las mismas; no hay facilidad de adquirirlas como en otros países, de ahí que se eviten muchos delitos. La ahorcadura, barbitúricos, por precipitación, corte de venas con arma blanca y arma de fuego son los procedimientos más utilizados en nuestro país. En los casos de utilizar

barbitúricos o arma blanca es frecuente que el autor no llegue a fallecer, unas veces porque no toma la dosis suficiente; en el segundo caso, porque las heridas que se ocasiona no son mortales. También se dan muchos supuestos de arrepentimiento después de haber ejecutado los hechos.

Es interesante señalar que muchos de los que intentaron suicidarse y en último extremo se salvaron, nunca más vuelven a repetir la acción.

El suicidio es un hecho que se dará cada vez con más frecuencia debido a las condiciones que impone la vida moderna, el aumento de las enfermedades de tipo psicopatológico y multitud de causas de índole variado (económico, familiar, etc.).

Los suicidios en España entre los años 1964 y 1968 fueron 2.092, 2.230, 2.037, 2.221 y 2.367, que suponen un ligero aumento.

**«III Conferencia Regional Africana de la O. I. P. (C. (INTERPOL))». En Revista núm. 230, agosto-septiembre 1969.**

Se celebra dicha conferencia en febrero-marzo del presente año, y en la que participan 24 países de Africa. Los principales temas a tratar fueron: delitos cometidos mediante la violencia, los delitos financieros, los fraudes y el tráfico de oro o de diamantes, el tráfico ilícito de estupefacientes, la falsificación de moneda fiduciaria y la trata de seres humanos.

Se llegaron a las conclusiones siguientes: aumento de los delitos financieros; los estafadores emplean procedimientos de la delincuencia de otros países más avanzados, aparecen la estafa de cheques de viajeros, cheques sin provisión. El tráfico de estupefacientes y el de seres humanos no tiene apenas importancia, salvo en el norte africano el primero. Los timos tienen interés, así como la participación en los mismos de los hechiceros-curanderos.

En realidad la criminalidad de Africa es muy diferente a la de los países más desarrollados en el aspecto socioeconómico. La delincuencia africana dista mucho de la europea o la norteamericana; es mucho más simple y sus autores menos audaces. Es tanta la diferencia que prácticamente son diferentes, por lo que no es oportuno hacer ninguna clase de comparaciones.

**MORRISON, G.: «Estafas en perjuicio de Bancos internacionales». En Revista núm. 231, octubre 1969.**

Recoge el autor una serie de estafas que se cometieron en Inglaterra en 1967, por medio de cheques falsos, no solamente de la firma, sino también de los impresos. Para la falsificación de los talonarios, los autores utilizaron cheques bancarios cancelados que les proporcionó el empleado de un Banco.

El problema de la falsificación de cheques es un problema de gran importancia en Inglaterra, Alemania, Francia, Estados Unidos, etc. En España no conocemos ninguna falsificación de importancia; así como sí se han conocido casos de falsificación de papel moneda, con los cheques todavía

no ha habido problemas de gran trascendencia. De todas formas, no se debe olvidar que, a veces, los Bancos, cuando se trata de pequeñas cantidades, prefieren no dar cuenta a la Autoridad, por el desprestigio que lleva consigo la publicidad, pues supone cierto recelo para aquellos que tienen dinero en la entidad víctima. Por eso nunca se conoce la verdadera realidad, son mucho más los casos desconocidos de cheques falsos que aquellos denunciados; el delito desconocido es grande.

A. S. C.

## ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

### The Journal of CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY AND POLICE SCIENCE

Vol. 60, núm. 3, septiembre 1969

**KING, Daniel P.: «Religious Freedom in the Correctional Institution» (Libertad religiosa en las instituciones correccionales).**

En base a la enorme significación que durante siglos se ha venido otorgando a las prácticas religiosas en la labor de corrección de los reclusos, el autor somete a examen la legislación norteamericana vigente en materia de libertad religiosa de los reclusos, así como alguna de las escasas sentencias pronunciadas, a este respecto, por el Tribunal Supremo Federal.

Pues bien, aunque, como subraya el autor, la normativa es, por lo general, favorable a permitir el ejercicio de todo tipo de religión dentro de los muros de las prisiones, se han dado casos, ello no obstante, en que ese supuesto derecho reconocido a todo recluso ha sido restringido o suprimido, como en el caso de un católico recluido en la prisión estatal de Nueva York, que elevó protesta, en tal sentido, a los tribunales en el año 1957.

Sin embargo, destaca King cómo el problema es, en realidad, mucho más profundo de lo que aparenta ser, ya que, muchos casos de pretendida intolerancia religiosa por parte de las autoridades penitenciarias han puesto de manifiesto la *supuesta* incompatibilidad que, a veces, con arreglo a las concepciones vigentes en materia de tratamiento, tiene lugar entre la libertad religiosa y el tratamiento mismo (sobre todo, si se considera la dosis de disciplina que este tratamiento encierra). Así, desde los últimos diez años, los *Black Muslims* (musulmanes negros) no han cesado de elevar a las autoridades administrativas de las prisiones protestas en el sentido de que sufrían restricciones ilegales y un trato discriminatorio en lo concerniente al ejercicio de su religión, dentro de los muros de las penitenciarias. Y no puede ocultarse, señala King, que la mayor parte de los cargos basados en la restricción y en el trato discriminatorio en materia religiosa fueron admitidos por los oficiales de prisiones, los cuales justificaron su postura en dos razones fundamentales: una, que la doctrina de los *Black Muslims* incitaba al desorden y a la violencia; y otra, que más que

un movimiento de cariz religioso, en este caso, se trataba de un movimiento de carácter político-social. En el fondo de esta cuestión, puede vislumbrarse, subraya agudamente King, cómo el ejercicio de la religión de esta secta atentaba, sin duda, al orden y disciplina internos de la prisión; en suma, al tratamiento mismo (1).

Tales problemas pusieron, además, de relieve la inocuidad de la doctrina que en esta materia han venido sosteniendo los tribunales norteamericanos (*hand-off*: no tocar, no inmiscuirse), ya que éstos rehúsan el interferir en las tareas administrativas internas de la prisión, salvo en excepcionales supuestos de violación de algún derecho constitucional.

Acto seguido, enumera King los diversos recursos o trámites que los reclusos pueden utilizar cuando vean lesionados sus derechos en materia de religión, si bien, subraya, los tribunales carecen de autoridad para determinar qué debe entenderse por *religión bona fide*, por práctica religiosa, etc..., tal como se ha puesto de relieve en numerosos casos jurisprudenciales.

Finalmente, esboza el autor una serie de consideraciones generales que, a su juicio, deben tenerse siempre en cuenta en asuntos tan delicados como el presente. De ahí que, según él, deba siempre distinguirse entre libertad de pensamiento y libertad de acción, en lo concerniente a la religión, ya que, mientras la primera es más o menos absoluta, la segunda, en cambio, no lo es, por cuanto es el estado el primer interesado en mantener una cierta dosis de orden y paz dentro de los muros de la prisión. Por consiguiente, el estado deberá otorgar a los reclusos el *maximum* posible de libertad religiosa, siempre que sea compatible con el mantenimiento del orden y disciplina de la prisión. Esa protección estatal ha hallado eco en los tribunales de justicia, que han puesto de relieve la necesidad de acomodar las exigencias del tratamiento institucional con la protección de los derechos constitucionales del recluso. Asimismo, las autoridades penitenciarias deberán, en todo caso, evitar cualquier trato discriminatorio en materia religiosa, procurando acomodar los reglamentos y estatutos penitenciarios con las disposiciones contenidas en el *Civil Rights Act* de 1871. Finalmente, propugna King el cese de la no intervención por parte de los tribunales en las funciones administrativas internas de las prisiones, por cuanto "los derechos garantizados por la primera enmienda del Act mencionado anteriormente no son impedimentos "románticos o sentimentales" para el régimen disciplinario establecido por las autoridades de las prisiones".

**SANDERS, Joseph:** «Euthanasia: None dare call it murder» (Nadie se atreve a pedir su muerte).

El autor plantea toda la problemática de la eutanasia con ocasión del caso de Robert Waskin, joven que, en agosto de 1967, mató por compasión a su

(1) Sobre tratamiento penitenciario y testigos de Jehová, así como objetores de conciencia, vide: WYNIA, J.: *Uitbreiding va het week-end-verlof voor gedetineerden (Extension of week-end furloughs for the detained)*, *Maandschr., Gevangenisw.*, 1968, 20/1, págs. 1-3.

madre enferma de leucemia y desahuciada por la medicina. Señala Sanders cómo este motivo (humanitario o compasivo) no impide en Norteamérica la acusación ante los tribunales bajo el cargo de asesinato. Así, para Waskin, la pena más benigna, por tal cargo, sería una sentencia de catorce años en prisión, sin posibilidad de ser sometido al régimen de prueba. Sin embargo, en enero de 1969, Kaskin fue declarado no culpable, en base a ser considerado enajenado mental. Posteriormente, teniendo en cuenta que su estado de enajenación no era tan grave como para que estuviese recluido, fue puesto en libertad.

El autor, después de analizar el concepto de eutanasia, examina detenidamente las relaciones que, a su juicio, deben existir entre el autor y su víctima, a fin de que concurra este tipo. Distingue, en consecuencia, tres grupos o clases de víctimas: uno, constituido por las personas aquejadas de una dolencia incurable, cuya gravedad ha determinado su desahucio por la ciencia médica; otro, integrado por los débiles mentales, y demás categorías de enajenados mentales; y, finalmente, un grupo constituido por los denominados seres desprovistos de valor vital (monstruos). Con relación a las personas que componen los dos últimos grupos, niega Sanders toda posibilidad de validez a su consentimiento, admitiendo, en cambio, el consentimiento prestado a tal efecto por las personas encuadradas en el grupo primero. En lo que respecta a los autores de este tipo de delito, distingue el autor entre médicos o facultativos y otros.

A continuación, analiza detenidamente el proyecto elaborado por la *Euthanasia Society*, que pretende sea admitida legalmente la eutanasia en determinadas circunstancias, subrayando las principales objeciones que le han sido dirigidas. El estudio de Sanders concluye con unas notas de derecho comparado sobre la materia, entresacadas del magnífico estudio de Silving: *Euthanasia: A Study in Comparative Criminal Law*.

**HOCHKAMMER, W. O. Jr.: «The Capital Punishment Controversy» (La polémica en torno a la pena capital).**

El artículo de Hochkammer plantea de nuevo la eterna polémica que viene sosteniéndose por la doctrina en torno al mantenimiento o a la abolición de la pena de muerte. Sin embargo, su interés está basado en que aporta datos esclarecedores y que arrojan más luz sobre esta espinosa cuestión. Partiendo de los estudios realizados por Bedau sobre *la pena de muerte en América* (1964), se pone nuevamente en tela de juicio el pretendido carácter disuasivo de la pena máxima (2), pues estadísticas recientes

---

(2) Sobre el efecto disuasivo de la pena de muerte, vide: ANDENAES, Johs: *General Prevention -Illusion or Reality?*, *Jour. of Crim. L.* 1952, vol. 43, página 176; BAN, John: *The Deterrent Concept in Criminology and the Law*, en *Jour. of Crim. L. Crim. & Pol. Sc.*, 1955, vol. 46, pág. 347; BEDAU, H. A.: *A Survey of the Debate on the Capital Punishment in Canada, England and the United States* 1948-58, en *Prison Journal*, 1958, vol. 38, pág. 35; DANN, R.: *The Deterrent Effect of Capital Punishment*, en *Friends' Social Service Series, Bulletin*, núm. 29, 1953; HARTUNG, F. E.: *On Capital Punishment*, Detroit, 1951,

han constatado una nueva versión de la fluctuación que solía darse entre el índice de homicidios y el índice de la pena de muerte. No puede afirmarse ya que aumenta el número de delitos contra la vida, cuando desaparece la pena de muerte o al contrario, ya que puede darse el caso, según demuestran las estadísticas, de que el índice de homicidios sea bastante elevado—aun en países en que la pena de muerte esté en vigor—, pero no se aplique apenas la pena de muerte, por tratarse en la mayoría de los casos de homicidios cometidos por imprudencia.

Además, se constata por los estudios realizados el trato discriminatorio que se ha observado en la aplicación de la pena de muerte, pues se ha aplicado con mayor frecuencia a los pobres, ignorante, etc..., como ha puesto de relieve See. Asimismo, estudios recientes han puesto de relieve la escasa peligrosidad que representan para la sociedad los delinquentes sometidos a tratamiento en libertad, por lo que una de las finalidades de la pena de muerte (protección social) ha desaparecido.

Por último, después de enumerar varios estudios oficiales realizados en U. S. A. sobre la conveniencia de la aplicación de la pena de muerte, subraya la necesidad de aunar los criterios de las dos posturas doctrinales que han creado y sostienen la polémica, a fin de que la conciencia social, hoy favorable por lo general al mantenimiento de la pena de muerte, pueda cambiar.

P. L. Y. R.

## ITALIA

### LA SCUOLA POSITIVA

Fasc. I, año 1969

Entre los artículos que integran el primer número del año 1969 merece ser destacado, en primer lugar, el de F. Ferracuti sobre *Psicología e recidivismo*. En el texto de esta conferencia, pronunciada en el XVIII Curso Internacional de Criminología, celebrado en Belgrado en 1968, Ferracuti aborda el problema de la reincidencia desde un punto de vista no legal o penológico, sino tan sólo criminológico, si bien observando, en este aspecto, la dificultad inherente a la utilización del llamado "aspecto psicológico", por cuanto al ser hoy la criminología una ciencia interdisciplinaria, el concepto de lo que se entiende por psicológico se entremezcla, de un lado, con los

---

páginas 2 y sigs.; E. MISMO: *Trends in the Use of Capital Punishment*, en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1952, vol. 284, página 819; POLLACK, O.: *The Errors of Justice*, en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1952, vol. 284, págs. 115 y sigs.; LAWES, L. E.: *Twenty Thousand Years in Sing Sing*, 1932, págs. 146-147, 156; SCHUESSLER, K. F.: *The Deterrent Influence of the Death Penalty*, en *Annals* ead., 1952, vol. 284, págs. 54-62; SELLIN, T.: *A Note on the Capital Executions in the U.S.A.*, en *British Journal of Delinquency*, 1950, vol. I, pág. 6.

aspectos propiamente psicológicos tal y como los considera la criminología, y, de otro, con las construcciones de la nosografía psicopatológica. Una vez más, se pone de relieve la necesidad de una revisión de los conceptos criminológicos, revisión impulsada por el progreso interdisciplinario a que viene sometida la criminología y, también, por su necesaria e ineludible confrontación con la realidad social. Prescindiendo, pues, de todo concepto legal de la reincidencia (1), Ferracuti trata aquí el problema fenomenológico que plantea la *recidiva* desde una perspectiva metodológica fundamentalmente criminológica, subrayando dos aspectos fundamentales: de una parte, los rasgos de la personalidad que con mayor frecuencia suelen encontrarse en los grupos de reincidentes; de otra, el aspecto referido a la cuestión de las tipologías criminales.

En el fenómeno de la reincidencia, considerado desde una perspectiva puramente criminológica, es menester, según observa Ferracuti, apreciar la dificultad que nace de la presencia de la llamada *cifra oscura de la reincidencia*, la cual determina precisamente la necesidad de acudir a criterios distintos de aquellos que se basan únicamente en el hecho de que se haya pronunciado una nueva condena después de transcurrido un lapso de tiempo desde la anterior; criterios que, desde el punto de vista criminológico o tipológico, deberán centrarse en las actitudes, comportamientos, etc.,... de esta clase de delincuencia. En consecuencia, se prefiere hablar de delincuente *habitual, crónico, persistente, de carrera*, etc.... Señala, además, Ferracuti que las nuevas orientaciones legislativas tienden cada vez más a evitar la rígida sistematización dentro de las categorías jurídicas del fenómeno de la reincidencia, haciéndose, por tanto, eco de las nuevas tendencias criminológicas que abogan en favor de una libertad más amplia en el criterio del juez en esta materia (2).

Acto seguido, Ferracuti considera que, a pesar de que no poseemos aún una nosografía y una explicación causal del fenómeno de la reincidencia, los esfuerzos de la investigación se han concentrado en lograr una infor-

---

(1) Sobre los aspectos legales y penológicos del fenómeno de la reincidencia, vide: *Summary of Proceedings* correspondientes al III Curso internacional de Criminología celebrado en 1955 en Londres y publicado por el *British Organizing Committee*, en 1957; GIANINI: *Aspetti criminologici del recidivismo e principali teorie criminologiche sul recidivismo stesso* y, también, *Ricerca sul Recidivismo dei giovani adulti*, Roma, 1968, publicado por el Centro Nacional de Prevención y de Defensa Social, sección de criminología.

(2) El Código penal yugoslavo de 1951 consideraba que la reincidencia debía ser preceptivamente considerada como circunstancia agravante. Sin embargo, el nuevo Código penal de Yugoslavia (texto revisado profundamente por la ley de 2 de julio de 1959), que ha entrado en vigor el 1.º de enero de 1960, acepta, en esta materia, el punto de vista criminológico de un sector bastante amplio de la doctrina moderna, con arreglo al cual, no es posible determinar de antemano por normas legales las consecuencias jurídicas que deban ser imputadas al hecho cometido por un delincuente reincidente. La nueva ley no prescribe, pues, una agravación preceptiva, sino tan sólo una agravación facultativa de la pena en estos supuestos, dejando, de este modo, amplia libertad al tribunal para apreciar si el delincuente ha puesto en evidencia o no una inclinación a cometer nuevos delitos (Vide: BAYER, Vladimir: *La réforme du Code penal Yougoslave*, en *RScrim.*, 1961, núm. 2, pág. 297; sobre la multirreincidencia en el Código penal yugoslavo, vide págs. 297 y 298).

mación lo más vasta posible de las características específicas del delincuente, para lograr así una adecuada tipología; de forma que muchos de los sistemas de investigación utilizados hasta ahora en este campo, como, por ejemplo, el denominado *mito separatista* y el llamado *error correlacional*, deben, en opinión de C. F. Roberts, evitarse precisamente en el tratamiento en orden a la investigación de esta fenomenología especial (3), esto es, en la búsqueda de los aspectos psicológicos de los reincidentes.

Después de demostrar la dificultad inherente a toda generalización de carácter psicológico proyectada sobre la reincidencia que pretenda obtenerse partiendo de métodos análogos a los anteriores, destaca, además, Ferracuti otros factores que aumentan esa dificultad—y que han sido puestos de relieve por el III Congreso de la O. N. U. sobre la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes, celebrado en 1965 en Estocolmo—, como, por ejemplo, las desfavorables condiciones que implica el proceso de detención, las irregularidades que suceden en la administración de justicia; condiciones, cuya operabilidad, en suma, es diversa en los distintos marcos nacionales, pero siempre fundamental en lo que respecta a su contribución a la reincidencia.

Pese a las enormes dificultades metodológicas que condicionan todo tipo de investigación en este sentido, existe abundante literatura criminológica, dirigida a hacer resaltar, sobre todo, algunos rasgos típicos o comunes en los grupos reincidentes. Ferracuti recuerda en tal sentido las investigaciones llevadas a cabo por la yugoslava Vodopivec, el uso del concepto de frustración y la tolerancia de la frustración que, a este respecto, ha hecho el también yugoslavo doctor Kobal, etc.... De igual modo, son importantes las investigaciones realizadas, bajo la dirección del doctor Nicola Reale, por la Sección de Criminología del Centro Nacional de Prevención y de Defensa Social de Italia, examinando datos relativos a un elevado número de jóvenes adultos delincuentes, reincidentes y no reincidentes, adscritos al área de Roma. Estas diferencias (4), referidas a la capacidad intelectual, a la capacidad para adaptarse al ambiente familiar, al ambiente social, etc., son puestas de relieve por Ferracuti, aunque puntualizando que ninguna de estas conclusiones diferenciales puede pretender extender su valor más allá de una simple o mera descripción de un grupo mal integrado o defectuosamente compuesto.

---

(3) El *mito separatista*, como método de investigación criminológico, parte de considerar el comportamiento criminal completamente distinto o separado de cualquier otro tipo de conducta, ignorando que los reincidentes son o forman parte de la población delincencial general e incluso constituyen la mayoría de esta población. El *error correlacional* implica partir de un presupuesto metodológico que intenta encontrar algún rasgo distintivo en los sujetos delincuentes, a fin de distinguir unas conductas criminales de otras. Pero, como observa ROBERTS (en *Theoretic Concepts in Delinquency, Youth Authority Quarterly*, 1965, 3, 40-51), la falta de instrumentos apropiados para realizar la diagnosis o la prognosis impiden el llegar a resultados ciertos en las generalizaciones acerca de las características de la reincidencia.

(4) Es de enorme interés la comparación entre los resultados a que han llegado estas investigaciones realizadas por el Centro Nacional de Prevención italiano y los obtenidos por los esposos GLUECK, en *Unraveling Juvenile Delinquency*, 1950.

Después de someter a examen distintos procedimientos de investigación utilizados en los Estados Unidos de Norteamérica, subraya Ferracuti la validez de los criterios sugeridos, a este respecto, por Reckless, habida cuenta de la falta de una teoría general socio-psicológica sobre esta materia y la limitación de nuestros instrumentos para realizar la diagnosis y las predicciones. Los criterios de que se vale Reckless son, en primer lugar, el análisis del significado y de la función del comportamiento criminal reincidente considerado desde la historia de cada caso particular, y en segundo, el estudio de los factores etiológicos significativos o prevalentes en cada sujeto delincuente.

Finalmente, examina Ferracuti los resultados obtenidos por las modernas investigaciones tipológicas en el seno de la criminología en lo concerniente al estudio de la reincidencia, deteniéndose principalmente en la obra de Clinard y Quinney sobre *Criminal Behavior Systems*, entre cuyos principios más sobresalientes cabe enunciar los siguientes:

1. *Multidimensionalidad* (para la delimitación del ámbito de la tipología criminal han de tomarse en consideración pluralidad de características).
2. *Comprensión* (debe definirse el mundo de los delitos que interesa tener en cuenta, a fin de delimitar el campo de la tipología).
3. *Homogeneidad de los tipos*.
4. No todos los tipos implican sistemas de comportamiento.
5. En esta tipología habrán de incluirse el comportamiento delincuente de jóvenes y adultos.

\* \* \*

Otro de los artículos incluidos en este número es el dedicado a *La depenalizzazione delle infrazioni stradali. Aspetti giuridici e criminologici*, en el que G. Tartaglione se ocupa del nuevo régimen jurídico —que supone una *despenalización* de la normativa de tráfico— introducido en Italia por la Ley número 317, de 3 de mayo de 1967. El examen de Tartaglione comprende una serie de observaciones sobre la constitucionalidad de la reforma, así como reflexiones jurídicas y criminológicas en torno a la reforma, sobre todo en lo concerniente a la eficacia preventiva y represiva de las sanciones administrativas que suelen imponerse, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, en la mayor parte de las infracciones de las normas de tráfico, contrastando esta eficacia preventiva y represiva con la desarrollada en las sanciones penales que preveía el régimen anterior.

Después de un boceto acerca del ordenamiento jurídico italiano en materia de seguridad de tráfico, critica el ordenamiento anterior, el cual, en base a considerar punibles la mayor parte de las infracciones de las normas legales, ha supuesto una considerable ampliación en el número de delitos, faltas o contravenciones, cuya punición resultaba indudablemente inefectiva en muchos casos, tanto por la falta de eficacia disuasoria en las sanciones conminadas, como por la inaplicabilidad de muchas de estas sanciones por parte de la administración de justicia. El origen de esta proliferación o enervación penal se encuentra en el artículo 2.º de la Ley de 20 de marzo de

1965, E, sobre la abolición de lo contencioso-administrativo, la cual establece la devolución a la jurisdicción ordinaria todas las contravenciones.

Después de criticar la ineffectividad del sistema punitivo anterior (escasa repercusión social de las sanciones, habida cuenta de su ínfima o escasísima cuantía), destaca cómo la incongruencia de dicho sistema se hacía aún más evidente cuando las consideraciones filosóficas sobre la función que deben desempeñar las sanciones penales eran puestas en relación con el artículo 27 de la Constitución italiana, según la cual las penas deben tender a la reeducación del condenado. ¿Dónde está la función reeducadora en esas levisimas penas pecuniarias del antiguo sistema...?) Ante esta evidente contradicción, señala Tartaglione cómo no faltaron autores que propusieran penas no incluidas en el catálogo de las señaladas para las infracciones de tráfico (por ejemplo, el arresto domiciliario).

Por último, constata las características del nuevo régimen:

a) Preponderancia del punto de vista criminológico sobre el puramente jurídico; lo que determina que una serie de infracciones no se consideran como sintoma de antisocialidad o merecedoras de pena.

b) En consecuencia, se propugna la verificación de una selección cuantitativa y cualitativa de este tipo de transgresiones, selección en la que pondrá el acento en la personalidad del autor.

c) Suficiencia del aparato represivo administrativo para garantizar el orden y la seguridad del tráfico.

Todo ello, concluye Tartaglione, ha supuesto una adecuada atemperación de las exigencias de prevención general con las derivadas de la prevención individual.

P. L. Y. R.

# NOTICIARIO

## V CONGRESO PENAL Y PENITENCIARIO IBEROAMERICANO Y FILIPINO (CORUÑA 4-6 SEPTIEMBRE 1969).

Preparador de una ponencia iberoamericana y filipina a los temas del IV Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del crimen y tratamiento de los delincuentes (Japón, agosto 1970).

La Comisión Organizadora del Congreso de La Coruña, presidida por el Excmo. Sr. D. Manuel Iglesias Corral, Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y Decano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, con la Presidencia honoraria de S. E. el Jefe del Estado, ha obtenido la adhesión y cooperación del Instituto Penal y penitenciario hispano-luso-americano y filipino, la Academia de Ciencias Penales, la Sociedad Española de Criminología, el Instituto de Cultura Hispánica y otras entidades, que han proporcionado una abundante concurrencia de congresistas de España, Portugal y de varias naciones americanas, de las que son de notar la Delegación Portuguesa, presidida por el Catedrático de Lisboa, Dr. Cavaleiro de Ferreira, y los señores Pinto y Barba, la Delegación ecuatoriana, por el Dr. Molina; las representaciones universitarias de Bolivia, del Profesor Medrano y de Venezuela, del Profesor Contreras; la del Instituto de Derecho Comparado, del Magistrado Sr. Morere, y otras varias.

Los trabajos de las secciones y las conclusiones aprobadas han sido las siguientes:

### Sección 1.ª

Ponencia del Profesor Navarrete Urieta, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, sobre: *La política de Defensa Social en relación con la planificación del desarrollo.*

Presidencia, del Magistrado Sr. Fernández Rodríguez, y la Presidencia honorífica del Profesor Cavaleiro de Ferreira.

Intervienen en el debate los señores Boronat, economista, especialmente designado para este tema, y los señores Martínez Lunas, Martínez Bjorkman, Fenolosa, Durán, Martínez Larrain, Alonso Zato, Cardim, Conde Pumpido, Torres, Palacios y Entrena.

Las conclusiones aprobadas y sometidas al Pleno, que por unanimidad las elevó a definitivas, son las siguientes:

1.ª Dado el proceso evolutivo de la delincuencia y la continua socialización de la vida y del Derecho en todas sus ramas, el Derecho penal actual, basado en una concepción individualista-liberal, totalmente superada en el mundo de hoy, ha demostrado su incapacidad para hacer frente a las nuevas formas de la criminalidad condicionadas por el proceso del desarrollo económico.

2.º De acuerdo con la anterior conclusión, se impone una moderniza-

ción y puesta al día, tanto de la legislación penal como de los procedimientos de investigación, prevención y represión de la criminalidad.

3.º La defensa de la sociedad exige una política criminal que preste especial atención a las posibilidades de delinquir que ofrecen las distintas etapas del desarrollo, principalmente en sus fases de formación de capital, aumento de la producción y del consumo, inversiones de capital nacional y extranjero y política de crédito.

4.º Se considera esencial una coordinación de actividades de las distintas ramas de la Administración para una mejor prevención de las actividades delictivas. En el caso de que haya un hecho que sea objeto de sanción por otras ramas del Derecho, debe darse preferencia exclusiva al Derecho penal.

5.ª Es también esencial una colaboración internacional para la común prevención y represión de aquellos delitos que por su naturaleza y repercusión pongan en peligro bienes jurídicos comunes que son patrimonio de la sociedad en general.

6.ª Se cree necesario la incriminación de conductas que hoy día sólo tienen el carácter de antisociales, pero que son repudiadas por la conciencia pública y que tienden a la especulación personal o de grupo con manifiesto perjuicio del fin social que debe presidir todo proceso de desarrollo.

7.º Al dar forma a esta nueva tipología debe optarse por un sistema que, respetando el intangible principio de legalidad, suprema garantía del ciudadano, tenga la suficiente flexibilidad para facilitar a los Organos jurisdiccionales una eficiente agilidad preventiva y sancionadora.

8.º Dado el progresivo desarrollo de las personas jurídicas en su proyección socio-económica, se impone una nueva visión del problema de la responsabilidad de dichos entes y de sus órganos en el ámbito del Derecho penal.

9.ª Dado el enorme desarrollo de la técnica, se impone un replanteamiento de la actividad culposa, acentuando el momento de la acción u omisión frente al resultado, postulando al mismo tiempo un cambio de mentalidad del Derecho penal a este respecto.

10.ª Toda esta reforma del Derecho punitivo debe estar presidida por la idea de mantener el equilibrio que debe existir entre los bienes jurídicos de la comunidad y del individuo, con especial cuidado de no coartar los Derechos Humanos reconocidos por las Naciones Unidas.

La misma Sección primera aprobó y aplaudió la lectura del ensayo de los señores Carballal, Couceiro, Fernández García, Fernández Miranda, Fernández Rodríguez, Leirado, Mosquera, Seoane, señora Suárez Díaz y señor Toubés sobre «determinación del coste económico y social del delito, según el criminólogo doctor A. Quiroz Cuarom (México). Aquel estudio consideró la criminalidad en las cuatro provincias gallegas durante el año 1968 con cooperación del Gabinete estadístico de la Cámara Oficial de Comercio de La Coruña.

El Presidente de esta Sección dio lectura a su memoria relativa a «el coste del delito en relación con el encubrimiento o receptación de actividades delictivas y de la conducta de perturbadores sociales (gamberrismo)», que fue muy elogiada.

## Sección 2.ª

Ponencia del Profesor del Rosal, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, sobre: «La prevención de la delincuencia en el contexto del desarrollo nacional, con especial referencia a la delincuencia de menores».

Presidencia del Fiscal, Sr. Couceiro y, por su imposibilidad, del Profesor de la Universidad Boliviana, Sr. Medrano Ossio.

Intervienen en el debate los señores Rodríguez Mourullo, Catedrático de la Universidad de Oviedo, que mantuvo la ponencia, y los señores Morrós, Morere, Mendizábal, Orive y Pintos, así como los Profesores Sainz Cantero y Fernández Albor.

La misma Sección segunda aprobó y aplaudió las comunicaciones del Académico Sr. Morros Sardá sobre «Prevención de la delincuencia en el contexto del desarrollo nacional»; del Magistrado Sr. Morere (Francia), sobre «Prevención de la delincuencia de los hijos de matrimonios divorciados en Francia (con un paralelo para los niños españoles)»; la del Dr. Mendizábal, Director del Gabinete de inadaptación juvenil y Derecho del menor, sobre «La política de la juventud en la raíz de la defensa social»; la del señor Orive Riva, Adjunto del mencionado Gabinete sobre el tema: «De la inadaptación a la victimación social. Su proyección penitenciaria»; y la del doctor Pintos Uribe sobre «Prevención y tratamiento de la delincuencia infantil». Todas estas comunicaciones fueron muy elogiadas y aplaudidas.

Las conclusiones aprobadas en la Sección y posteriormente en la Asamblea plenaria por unanimidad, son las siguientes:

1.ª Ante el hecho del desarrollo económico, que se produce en la Sociedad de nuestro tiempo como consecuencia de la progresiva tecnificación, se impone el que por todo Estado de Derecho se tome conciencia, de lo que verdaderamente significa la Política Juvenil, ya que dicha política, dentro del marco del desarrollo social, implica una actuación, consciente y global, sobre la realidad juvenil, con arreglo a un plan creador de orden jurídico, que posibilite la realización de los fines individuales y sociales, que a la juventud corresponde para su incorporación integral, al quehacer comunitario de la sociedad.

Este Congreso, hace suya la Carta de los Derechos Fundamentales de la Colectividad Menor de Edad, tal y como fue anunciado por la II Jornadas Hispano-Americanas en torno al Derecho especial del Menor y expresamente ratifica, el contenido de su principio 1.º que especifica que: La dignidad de la persona humana exige que el concepto de la responsabilidad por la propia actuación, coincida en un todo con el de la capacidad de obrar con plena trascendencia jurídica. De ahí, que se proclame la uniformidad cronológica de la mayoría de edad sin discriminación alguna. La minoría de edad está referida a los primeros ciclos del desarrollo individual de los hombres y se extiende hasta que el individuo alcanza la plenitud y armónica integración de la propia personalidad. El tránsito de la minoría a la mayoría de edad, debe ser fijado por el Derecho, con el criterio único, a una edad determinada.

2.ª La transformación de las estructuras sociales al impacto del progresivo desarrollo económico impone la necesidad, de acompañar a dicho cam-

bio social, los métodos protectores y educativos. Estos métodos son objeto de las medidas de defensa social, las que han de incidir sobre la personalidad del menor, que así se configura como sujeto activo de las mismas. En su consecuencia se impone el reconocimiento explícito de un Derecho especial del menor, que matizado por un carácter eminentemente tuitivo, ha de tender a la protección íntegra del menor en todas sus situaciones.

Las desviaciones de conducta, que sean constitutivas de una infracción penal, realizadas por los menores, no deben ser objeto de represión punitiva, por ser la consecuencia directa de un estado de corrupción moral, que debe tratarse de forma individualizada, es decir, ateniéndose los organismos encargados de tal función, a la diferenciada personalidad integral e influencia de los factores ambientales que concurren en cada menor.

3.<sup>a</sup> La acción preventiva que tiene que realizarse por los órganos correspondientes de la administración, ha de estar íntimamente relacionada con los perennes cambios y mutaciones que se producen continuamente en la sociedad actual, siendo especialmente dirigida a aquellas situaciones de hecho, en que habitualmente se suele encontrar un menor, que aún cuando no son estimadas por la Sociedad, como actos constitutivos de delito, sí suponen un latente estado de peligrosidad moral.

Para ello se requiere:

- A) La formación de personal especializado.
- B) La puesta a punto de una acción educativa en la que se establezca como requisito esencial la obligatoriedad de la enseñanza a nivel y edades determinadas. La infracción de tal deber por parte de quienes ejerzan la patria potestad o función tuitiva sobre un menor, será objeto de especial represión penal.
- C) La política de la juventud exige la toma de conciencia e implicación por parte de la Sociedad la coordinación de un plan general, que incida en los ámbitos extrafamiliar, y extraescolar, de los menores, para incitarles a la realización de actividades que coadyuvando al desarrollo de su personalidad social en formación, le aleje de posibles situaciones de peligro, fomentando su protagonismo progresivamente responsable, en actividades que directamente le encaminen, al papel que deberá desempeñar en la convivencia social.

4.<sup>a</sup> Es imprescindible investigar la realidad social de la colectividad juvenil, para conocer las causas verdaderas, del actual enfrentamiento intergeneracional, detectando aquellas causas latentes, para que mediante su predicción, puedan adoptarse las medidas adecuadas al efecto.

5.<sup>a</sup> Se impone la adopción de nuevas terapias reformadoras de las conductas desviadas, con el fin de no alejar al menor de las funciones que debe desempeñar en la sociedad, como meta y objetivo final, de una perfecta política de defensa social. Tales medidas deben encaminarse a cortar de raíz, los factores motivadores del acto antisocial realizado por el menor, impidiendo su inmediato reingreso al medio ambiente originario, por ser éste la causa provocadora de la situación de su corrupción moral originaria, y suponer un peligro para la habitualidad en dichas conductas. Para ello ha

de facilitarse la incorporación de todo menor infractor, que no suponga un peligro social, a aquellos centros no específicamente reformativos de conducta, a ser posible de régimen normal de enseñanza, a fin de que pueda formarse intelectualmente y profesionalmente, según los casos, en idénticas condiciones que el resto del alumnado e ignorancia por parte de todos los componentes de dicho centro, sin excepción alguna, de los motivos de su estancia en el mismo, salvaguardando aquellas condiciones reglamentarias que aseguren el control de su perfecta reinserción social.

En aquellos supuestos, en que el grado de corrupción moral implique una situación de verdadera peligrosidad social, habrá de internársele en la Institución especializada correspondiente, en el que también se procurará como fin principal su formación humana y profesional.

6.<sup>a</sup> En el supuesto de aquellos casos en los que por la edad del sujeto se marca el tránsito de la diferencia jurisdiccional, en orden a la competencia y aplicación de medidas reformativas, o punitivas, se sugiere la conveniencia de que por la jurisdicción ordinaria se pondere la posibilidad de que por estos órganos se inhiban en su competencia, para que se haga cargo de los mismos la jurisdicción especial de menores y aplique las medidas tutelares que sean más adecuadas al sujeto.

### Sección 3.<sup>a</sup>

Ponencia del Profesor R. P. Antonio Beristain, Adjunto de la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, sobre: «La participación pública en la prevención y limitación del delito y la delincuencia».

Presidencia del Vicedecano del Colegio de Abogados de La Coruña, don Servando Núñez, con intervención en el debate de los señores Escohotado, Pueyo Novo y señorita López Nazareno (Filipinas), que presentaron comunicaciones sobre este tema, y de los señores Roberes y Landrove.

La Asamblea plenaria aprobó las conclusiones formuladas en la Sección, que son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Evidencia de la necesidad de la participación pública para la prevención y limitación de la delincuencia.

Hoy el Derecho penal no limita su función a una mera protección de determinados valores sociales; es necesario que sea un medio útil para la conservación y desarrollo de la comunidad. De ahí nace la justificación de la participación pública, con la que se destaca el contenido ético-social del Derecho penal.

2.<sup>a</sup> Se proponen como medios de esta participación pública los siguientes: fomentar la consolidación de la familia; encauzar adecuadamente las instituciones pedagógicas, facilitando al maestro los conocimientos y medios idóneos para ello; supervisión de los medios sociales de información; utilización adecuada de las instituciones penitenciarias con la posibilidad de intervención de determinados grupos sociales interesados en la readaptación social del delincuente.

Recomendación adoptada por la Comisión Organizadora como consecuencia de la conferencia del Profesor Gil Robles.

Como medio eficaz de persecución del delito por los particulares, se propone: Que una o más personas o una o más entidades públicas o privadas,

creadas o por crear, ejerzan la acción popular en el proceso penal, conforme al artículo 101 de la vigente Ley española de Enjuiciamiento Criminal de 17 de septiembre de 1882 (1), y a apreceptos como el del artículo 49, letra A) 5.ª (2), de los Estatutos para el régimen y gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (texto revisado 1965), suprimiéndose para estos casos la exigencia de fianza al acusador que ejerza la acción popular.

#### Sección 4.ª

Ponencia del Excmo. Sr. D. Jesús González del Yerro, Director General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia, sobre «Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos a la luz de los últimos acontecimientos en la esfera correccional.

Presidencia del Magistrado Sr. Carballal, con asistencia de los Sres. Pinto y Barbas (Portugal).

Intervienen en el debate los Profesores señores Sainz Cantero y Fernández Albor, y los señores Meneu, Sanfiz y otros. Se alude a los trabajos del Sr. García Basalo, Subdirector Nacional de Establecimientos Penitenciarios Argentinos, por el señor Barrera, del Ministerio de Justicia.

Las conclusiones aprobadas por la Asamblea Plenaria son las siguientes:

PRIMERA.—La reforma de las reglas mínimas no se considera realmente necesaria puesto que, en su conjunto, cumplen con la finalidad para la que fueron establecidas, esto es, la de fijar unos principios generales y, de acuerdo con ellos, señalar unas normas mínimas para una buena organización penitenciaria. En su virtud, la observancia del mínimo de exigencias contenidas en estas reglas, debe considerarse deseable en todos los países.

SEGUNDA.—A) Dichas reglas han constituido y constituyen aún un punto de partida de gran influjo e interés en las Instituciones Penitenciarias de los Países integrados en este Congreso.

B) Según la documentación que los participantes en esta Cuarta Sección tienen a la vista, aportada por la ponencia, en España, especialmente en los últimos años, han experimentado un notable progreso al incorporar a la legislación vigente, por Decreto de 25 de enero de 1968, nuevas normas sobre reestructuración de los establecimientos penitenciarios y sobre observación, clasificación y tratamiento de los delincuentes con la aplicación de métodos

---

(1) Este artículo 101 dispone: «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley.»

(2) Este precepto del artículo 49 de los Estatutos mencionados dispone: «Con relación a los Colegiados», 5.ª, lo siguiente:

Impedir el ejercicio de la profesión a quienes siendo colegiados o no, personas naturales o jurídicas, ejerciesen o facilitasen en el ejercicio de la profesión en forma y bajo condiciones contrarias al orden legal y económico establecidas, pudiendo perseguir, en su caso, a los infractores ante los Tribunales de Justicia mediante el ejercicio de cuantas acciones civiles, penales, administrativas o contencioso administrativas fuesen necesarias o convenientes. A estos efectos, los colegiados están obligados a dar cuenta a la Junta de Gobierno de los casos que conozcan de intrusismo o de no cumplir con las obligaciones fiscales, y éstas y aquéllas, a comunicarlo a la Delegación de Hacienda en este caso. (Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1951.)

nuevos a la compleja problemática de la reeducación y readaptación social de los mismos.

### Sección Especial

#### Sobre apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo.

La extensa e importante memoria del Dr. D. Enrique Mapelli López, Jefe de la Asesoría Jurídica de Iberia, Líneas Aéreas de España, y Secretario General del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio, así como las memorias de los señores Bravo y Alvarez sobre el mismo tema, motivó que la Comisión Organizadora del Congreso acordase la creación de una Sección Especial sobre el grave y frecuente hecho perturbador de la libertad de navegación aérea, encomendando la ponencia al señor Mapelli y la presidencia de la Sección Especial al Decano Presidente del Colegio Nacional de Economistas, Presidente de la Academia de Doctores, Coronel del Cuerpo Jurídico del Aire, Sr. Díaz Llanos, en unión de los delegados extranjeros, Sres. Cavaleiro de Ferreira (Portugal), Molina (Ecuador), Morere (Francia), Medrano (Bolivia) y Contreras (Venezuela), interviniendo en el debate los señores citados y otros Congresistas.

Se dio cuenta también de las comunicaciones de los miembros del Cuerpo Jurídico del Aire, Dr. Martín Bravo Navarro y D. Luis B. Alvarez Roldán, sobre «Apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo. Necesidad de una represión internacional»; y D. Mauro Varela Pérez, Abogado del Ilustre Colegio de Lugo, sobre «Agresiones contra aviones comerciales».

El protocolo aprobado por la Sección especial y después unánimemente en la Asamblea plenaria, contiene las siguientes conclusiones:

El V Congreso Penal y Penitenciario Iberoamericano y Filipino, a la vista de los estudios y ponencias formuladas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y otras comunicaciones de los asambleístas:

#### CONSIDERANDO:

Que el ejercicio de la libertad de los aires, principio fundamental de la navegación aérea, sólo es posible, si la Sociedad internacional se rige por el principio de colaboración y el mutuo respeto entre los países que la componen.

Que el apoderamiento de aeronaves en vuelo es un grave atentado a la libertad y seguridad internacionales, por lo que estos actos deben ser considerados como delito común contra el derecho de gentes.

Que dado el creciente número de estas infracciones, es necesaria una acción rápida y eficaz para reprimirlas.

Que aunque el convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963 supone un laudable avance, es insuficiente desde el punto de vista teórico y práctico para conseguir la represión del delito de apoderamiento ilícito de aeronaves.

Por lo expuesto,

El V Congreso Penal y Penitenciario Iberoamericano y Filipino

## RECOMIENDA :

1.º Todos los Estados deben comprometerse mediante un acuerdo multilateral a aceptar que estos actos constituyen un delito de naturaleza común, no político, internacional. Disposiciones de rango internacional, deben determinar el Tribunal, la competencia y el procedimiento para el esclarecimiento del delito, identificación de los culpables y las sanciones que procedan, entre las cuales deben incluirse como accesorias la pena de inhabilitación al delincuente para la utilización de transporte aéreo en cualquiera de sus formas, así como las responsabilidades civiles que procedan.

2.º Entretanto se consiga el acuerdo señalado en la conclusión anterior, debe aceptarse que el Estado donde aterrice la aeronave tiene una autorización tácita de la Comunidad Internacional para castigar con arreglo a su derecho interno el delito de apoderamiento de aeronaves o para inhibirse en favor de la jurisdicción nacional del pabellón de la aeronave, debiendo darse en cualquier caso, noticia del resultado del procedimiento judicial a las Naciones Unidas.

Por el momento se considera plenamente aplicable la práctica internacional tradicionalmente admitida, respecto a las medidas internacionales de policía sobre la prevención del delito y detención y entrega, en su caso, de los culpables en los supuestos de delinquentes comunes, especialmente de los delitos de piratería.

3.º La protección al culpable o la inmunidad que le preste cualquier Estado, facultaría a las Naciones Unidas para adoptar las medidas que se juzguen oportunas contra aquel país, tales como ruptura de relaciones diplomáticas o económicas, «boicot» a sus líneas de navegación, etc.

La asamblea acordó comunicar los anteriores acuerdos a los fines oportunos como Ponencia colectiva iberoamericana y filipina, a la Sección de Defensa social de la ONU en Nueva York, a la Oficina europea de las Naciones Unidas en Ginebra y al Comité Organizador Japonés del IV Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del crimen y tratamiento de los delinquentes, en Tokio.

A propuesta del Sr. Meneu se acordó solicitar del Gobierno español el indulto de un recluso en la Prisión de La Coruña en conmemoración de este Congreso.

El Congreso fue agasajado por las autoridades locales y subvencionado por los Ministerios de Educación y Ciencia y de Justicia de España.

**PROYECTO de ponencia colectiva Iberoamericana y Filipina para el IV Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención de delito y tratamiento del delincuente (Japón, agosto 1970).**

Elaborado este proyecto por el V Congreso Penal y Penitenciario Iberoamericano y Filipino (Coruña, septiembre, 1969), conforme al programa circularizado por la Sección de Defensa Social de las Naciones Unidas en febrero de 1969, ha sido necesario amoldarlo al programa definitivo difundido en octubre de 1969.

Este trabajo de adaptación ha sido realizado por la Comisión Organi-

zadora del Congreso de La Coruña, asistida del Comité Científico del mismo Congreso coruñés, con propósito de someter la adaptación referida al estudio y consideración de los congresistas de los países de habla ibérica que acudieron en septiembre de 1969 a la capital coruñesa.

Este segundo estudio y reconsideración por los penalistas iberoamericanos y filipinos asistentes al Congreso, adheridos a los trabajos del mismo y a los que posteriormente han aportado sus luces a la ponencia colectiva proyectada, tiene por objeto que, en la forma que cada uno estime más adecuada remita a nuestro delegado en Madrid, Excmo. Sr. D. Federico Castejón, calle de San Bernardo, 113, Madrid (8), su voto sobre el texto adaptado, bien aceptándolo íntegramente, bien proponiendo las modificaciones, agregaciones o supresiones que juzguen oportunas.

**Proyecto de ponencia Iberoamericana y Filipina acordado en el V Congreso Penal y Penitenciario Iberoamericano y Filipino (La Coruña, septiembre 1969), y adaptado a las modificaciones del programa definitivo circulado en octubre de 1969 para el IV Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del crimen y tratamiento del delincuente (Japón, agosto 1970).**

#### TEMA I

La política de defensa social y la planificación del desarrollo.

Este tema I del programa definitivo para el Japón en 1970, fusiona los dos temas 1.º y 2.º del programa provisional, que eran los siguientes:

1.º La política de defensa social en relación con la planificación del desarrollo. Esta ponencia fue encomendada al Profesor Navarrete Urieta, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

2.º La prevención de la delincuencia en el contexto del desarrollo nacional con especial referencia a la delincuencia de menores. Esta segunda ponencia se había encomendado al Profesor Sr. del Rosal, de la Universidad de Madrid.

Cada una de dichas ponencias fue debatida en el Congreso de La Coruña en Sesión independiente y sobre cada una de ellas recayeron los acuerdos oportunos.

Al fusionarse las dos ponencias en un solo número precisa acoplar los acuerdos adoptados a un solo texto, omitiendo lo que parezca actualmente extraño y, por tanto, se propone la redacción siguiente:

1.º Considerando que el proceso evolutivo de la delincuencia y la continua socialización de la vida y del derecho en todas sus ramas, lleva a la conclusión de que el Derecho penal actual, basado en una concepción individualista-liberal, totalmente superada en el mundo de hoy, ha demostrado su incapacidad para hacer frente a las nuevas formas de la criminalidad condicionadas por el proceso del desarrollo económico; por lo que se impone una modernización y puesta al día, tanto de la legislación penal, como de los procedimientos de investigación, prevención y represión de la criminalidad.

2.º Considerando que la defensa de la sociedad exige una política criminal que preste especial atención a las posibilidades de delinquir que ofre-

cen las distintas etapas del desarrollo, principalmente en sus fases de formación de capital, aumento de la producción y del consumo, inversiones de capital nacional y extranjero y política del crédito; por lo que se considera esencial una coordinación de actividades de las distintas ramas de la Administración para una mejor prevención de las actividades delictivas.

3.º Considerando que debe considerarse principio esencial el de que debe darse preferencia exclusiva al Derecho penal, en el caso de que un hecho sea objeto de sanción por otras ramas del Derecho.

4.º Considerando que es también esencial una colaboración internacional para la común prevención y represión de aquellos delitos que, por su naturaleza y repercusión, pongan en peligro bienes jurídicos comunes, que son patrimonio de la sociedad general.

5.º Considerando que es necesaria la incriminación de conductas que hoy sólo tienen el carácter de antisociales, pero que son repudiadas por la conciencia pública y que tienden a la especulación personal o de grupo, con manifiesto perjuicio del bien social que debe presidir todo proceso de desarrollo.

6.º Considerando que, al dar forma a esta nueva tipología, debe optarse por un sistema que, respetando el intangible principio de legalidad, suprema garantía del ciudadano, tenga la suficiente flexibilidad para facilitar a los Organos jurisdiccionales una eficiente agilidad preventiva y sancionadora.

7.º Considerando que dado el progresivo desarrollo de las personas jurídicas en su proyección socio-económica, se impone una nueva visión del problema de la responsabilidad de dichos entes y de sus órganos en el ambiente del Derecho penal.

8.º Considerando que dado el enorme desarrollo de la técnica se impone un replanteamiento de la actividad culposa, acentuando el momento de la acción u omisión frente al resultado y postulando al mismo tiempo un cambio de mentalidad del Derecho penal a este respecto.

9.º Considerando que toda esta reforma del Derecho punitivo debe estar presidida por la idea de mantener el equilibrio que ha de existir entre los bienes jurídicos de la comunidad y del individuo, con especial cuidado de no coartar los derechos humanos reconocidos por las Naciones Unidas.

La ponencia colectiva iberoamericana y filipina propone:

Primero.—Que ante el hecho de desarrollo económico, que se produce en la sociedad de nuestro tiempo como consecuencia de la progresiva tecnificación, se impone que por todo Estado de Derecho se tome conciencia de lo que verdaderamente significa la política criminal actual, dentro del marco del desarrollo social y de modo especial la incriminación de conductas antisociales, la nueva tipología delictiva, la responsabilidad de las personas jurídicas y la represión de la actividad culposa a que se alude en los fundamentos 5.º y 8.º que anteceden.

## TEMA II

La participación pública en la prevención y limitación del delito y la delincuencia.

Este tema, copiado del número tercero del programa provisional, fue

desarrollado por el Profesor R. P. Antonio Beristain, Adjunto de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Madrid y presenta, como resultado del debate, las dos conclusiones siguientes:

1.<sup>a</sup> Evidencia de la necesidad de la participación pública para la prevención y limitación de la delincuencia.

Hoy el Derecho penal no limita su función a una mera protección de determinados valores sociales; es necesario que sea un medio útil para la conservación y *desarrollo* de la comunidad. De ahí nace la justificación de la participación pública, con la que se destaca el contenido ético-social del Derecho penal.

2.<sup>a</sup> Se proponen como medios de esta participación pública los siguientes: fomentar la consolidación de la familia; encauzar adecuadamente las instituciones pedagógicas; facilitando al maestro los conocimientos y medios idóneos para ello; supervisión de los medios sociales de información; utilización adecuada de las instituciones penitenciarias con la posibilidad de intervención de determinados grupos sociales interesados en la readaptación social del delincuente.

### TEMA III

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos a la luz de los últimos acontecimientos en la esfera correccional:

Este tema del programa definitivo es copia del cuarto del programa provisional y la ponencia del mismo fue encomendada por el Congreso de La Coruña al Director General González del Yerro, de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia de España.

Las conclusiones aprobadas en el debate fueron las siguientes:

Primera.—La reforma de las Reglas Mínimas no se considera realmente necesaria puesto que, en su conjunto, cumplen con la finalidad para la que fueron establecidas, esto es, la de fijar unos principios generales y, de acuerdo con ellos, señalar unas normas mínimas para una buena organización penitenciaria. En su virtud, la observancia del mínimo de exigencias contenidas en estas reglas, deben considerarse deseables en todos los países.

Segunda A) Dichas reglas han constituido y constituyen aún un punto de partida de gran influjo e interés en las Instituciones Penitenciarias de los países integrados en este Congreso.

B) Según la documentación que los participantes en esta Cuarta Sección tienen a la vista, aportada por la ponencia, en España, especialmente en los últimos años, han experimentado un notable progreso al incorporarse a la legislación vigente, por Decreto de 25 de enero de 1968, nuevas normas sobre reestructuración de los establecimientos penitenciarios y sobre observación, clasificación y tratamiento de los delincuentes, con la aplicación de métodos nuevos a la compleja problemática de la reeducación y readaptación social de los mismos.

## TEMA IV

La organización de la investigación para la formulación de políticas en materia de defensa social. Este tema, incorporado como nuevo al programa definitivo del Congreso del Japón, no ha sido objeto de estudio en el Congreso de La Coruña y solamente la Comisión organizadora y el Comité Científico de dicho Congreso propone lo siguiente:

Considerando que la formulación de políticas de defensa social es obra regional, y más bien nacional, en cada punto de la tierra, no puede en un Congreso mundial como el IV de las Naciones Unidas intentar reducirse a un esquema o un módulo; sino que necesariamente ha de responder a ese gran agregado que es la Nación, con sus tradiciones, sus virtudes, su defectos, en que el grupo humano desarrolla sus aspiraciones de actividades culturales, sociales y económicas, y, consiguientemente, ha de resultar de la conciliación que en los debates alcancen las tendencias que se manifiesten.

Los variados elementos dedicados a la investigación, tales como la encuesta, o la estadística, ya la investigación en sus tres formas de valorativa, socio-cultural y estadística, ya la investigación simple u operativa con sus tipos e instrumentos para la programación reticular o dinámica, lineal o paramétrica, son materia a resolver en el curso de la misma investigación y, por tanto, su elección queda al arbitrio del investigador.

Mas todos los esfuerzos del hombre en los estudios de sociología, de administración o de historia de las agrupaciones humanas, señalan una sola limitación consistente en: que los resultados de todas las investigaciones se sometan a un formato de exposición único o de contornos bien delimitados, que permitan la comparación, y como finalidad de ésta, la selección del método más eficaz para que el programa de defensa social aparezca como el más apropiado para la nación, región u organismo supranacional que haya de llevar a cabo la gran obra de la defensa social.

Como conclusión se propone la siguiente:

En Congreso, después de la exposición y examen de los diversos métodos esquemas o sistemas que se propongan sobre la investigación en relación con la formulación de políticas en materia de defensa social, recomendará el método más adecuado, bien como único o como preferible si se tratase de varios métodos para la formulación de políticas en materia de defensa social, ya sea en forma de mera copia, ya de introducción o adaptación de un modelo extranjero, ya de combinación de diversos sistemas, para que cada país elija el más conveniente a su caso particular.

#### **SECCION ESPECIAL DEL CONGRESO DE LA CORUÑA (SEPTIEMBRE 1969), SOBRE APODERAMIENTO Ilicito DE AERONAVES EN VUELO**

La Comisión organizadora acordó la creación de esta Sección Especial, encomendando la Ponencia al Dr. Enrique Mapelli López, Jefe de la Asesoría Jurídica de Iberia Líneas Aéreas de España y Secretario general del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio.

La memoria del Dr. Mapelli y las comunicaciones de los señores Bravo Navarro, Alvarez Roldán y Varela Pérez, sobre el mismo tema fueron

debatidas bajo la presidencia del Dr. Díaz Llanos, Presidente de la Academia de Doctores, Decano Presidente del Colegio Nacional de Economistas y Coronel del Cuerpo Jurídico del Aire, en unión de los delegados extranjeros señores Cavaleiro de Ferreira (Portugal), Molina (Ecuador), Morere (Francia), Medrano (Bolivia) y Contreras (Venezuela).

El protocolo aprobado por la Sección especial y después unánimemente en la Asamblea plenaria, contiene las siguientes conclusiones.

El V Congreso Penal y Penitenciario Iberoamericano y Filipino, a la vista de los estudios y ponencias formuladas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y otras comunicaciones de los asambleístas.

#### CONSIDERANDO :

Que el ejercicio de la libertad de los aires, principio fundamental de la navegación aérea, sólo es posible si la Sociedad internacional se rige por el principio de colaboración y el mutuo respeto entre los países que la componen.

Que el apoderamiento de aeronave en vuelo es un grave atentado a la libertad y seguridad internacionales, por lo que estos actos deben ser considerados como delito común contra el derecho de gentes.

Que dado el creciente número de estas infracciones, es necesario una acción rápida y eficaz para reprimirlas.

Que aunque el convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963 supone un laudable avance, es insuficiente desde el punto de vista teórico y práctico para conseguir la represión del delito de apoderamiento ilícito de aeronaves.

Por lo expuesto,

El V Congreso Penal y Penitenciario Iberoamericano y Filipino

#### RECOMIENDA :

1.º Todos los Estados deben comprometerse mediante un acuerdo multilateral a aceptar que estos actos constituyen un delito de naturaleza común, no político, internacional. Disposiciones de rango internacional, deben también determinar el Tribunal, la competencia y el procedimiento para el establecimiento del delito, identificación de los culpables y las sanciones que procedan, entre las cuales debe incluirse como accesorias la pena de inhabilitación al delincuente para la utilización de transporte aéreo en cualquiera de sus formas, así como las responsabilidades civiles que procedan.

2.º Entretanto se consiga el acuerdo señalado en la conclusión anterior, debe aceptarse que el Estado donde aterrice la aeronave tiene una autorización tácita de la Comunidad Internacional para castigar con arreglo a su derecho interno el delito de apoderamiento de aeronaves o para inhibirse en favor de la jurisdicción nacional del pabellón de la aeronave, debiendo darse en cualquier caso noticia del resultado del procedimiento judicial a las Naciones Unidas.

Por el momento se considera plenamente aplicable la práctica internacional tradicionalmente admitida, respecto a las medidas internacionales de política sobre la prevención del delito y detención y entrega, en su caso.

de los culpables en los supuestos de delincentes comunes, especialmente de los delitos de piratería.

3.º La protección al culpable o la inmunidad que le preste cualquier Estado, facultaría a las Naciones Unidas para adoptar las medidas que se juzguen oportunas contra aquel país, tales como ruptura de relaciones diplomáticas o económicas, «boicót» a sus líneas de navegación, etc.

## MINISTERIO DE LA GOBERNACION

### Instituto de Estudios de Policía

*Quinto Curso-Coloquio sobre estupefacientes, organizado por las Direcciones generales de Seguridad y de Sanidad en colaboración con la Secretaría General Técnica del Departamento. (Octubre de 1969.)*

El incremento del tráfico y consumo de sustancias estupefacientes y demás drogas nocivas, que se manifiesta a escala mundial, afecta ya, con caracteres alarmantes, a nuestro país.

Considerando que, una vez arraigado el vicio de las toxicomanías, se convierte en un mal casi irreversible, se estima de urgencia la adopción de medidas preventivas y represivas para atajar este mal social en sus comienzos.

En su consecuencia, y recogiendo las ideas y sugerencias expuestas en el desarrollo de este V CURSO-COLOQUIO SOBRE ESTUPEFACIENTES, se formulan las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.**—Promover una responsable campaña de divulgación sobre los peligros que entraña el consumo indebido de las indicadas sustancias, a fin de que las Autoridades de toda índole y sus Agentes, así como los educadores, la Iglesia y los padres de familia adquieran una clara conciencia del mal que nos amenaza.

**SEGUNDA.**—Recomendar la creación de una Comisión Nacional, formada por representantes de Sanidad, Seguridad, Guardia Civil, Aduanas, Justicia, Educación y Ciencia, Alto Estado Mayor, Colegios Médicos y Farmacéuticos, Turismo, Iglesia, Asociaciones de Padres de Familia, Delegación de Juventudes e Instituciones similares, que estudie los problemas que plantea la toxicomanía, así como la prevención y represión del tráfico ilícito y la cura de rehabilitación e integración social de los drogadictos.

**TERCERA.**—Necesidad de controlar adecuadamente la dispensación de las drogas psicotrópicas, mediante la obligatoriedad de conservar las recetas: en las respectivas oficinas de Farmacia, durante un período de cinco años, así como la fiscalización de su producción y comercio.

A este fin, y también para evitar que los estupefacientes se desvíen de los usos terapéuticos, el Servicio de Control de Estupefacientes deberá.

contar con el número suficiente de Inspectores de Farmacia para esta concreta misión.

**CUARTA.—**1) Sancionar con penas privativas de libertad, de acuerdo con las obligaciones contraídas al ratificar el Convenio Unico de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961, el cultivo, extracción, posesión, ofertas en general o proposiciones de venta, compra, corretaje, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de sustancias estupefacientes, con infracción de las normas legales, actualizando la legislación española en esta materia.

2) Aplicación de la pena inmediatamente superior a las previstas en el artículo 344, del Código Penal común, si los culpables

a) pertencieran a organizaciones nacionales o internacionales dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes o drogas nocivas;

b) las facilitaren a menores, débiles o enfermos mentales;

c) fueren Funcionarios públicos encargados del control de estas sustancias o de la represión de su tráfico ilícito, facultativos o personal sanitario que tenga confiada su custodia o administración, y

d) fuesen reincidentes.

3) Privación de los beneficios de libertad provisional, condena y libertad condicional a los comprendidos en el apartado número dos de esta Conclusión.

4) Equiparar la condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delitos de esta naturaleza, a las sentencias pronunciadas por los Tribunales españoles, a efectos de reincidencia, y considerar delitos distintos las acciones realizadas en diferentes países.

5) Sancionar como delito la apología o divulgación, en cualquier forma que se realice, de actos directamente encaminados a fomentar el consumo ilícito de las sustancias comprendidas en estas Conclusiones.

6) Aplicar la pena del delito consumado a los actos preparatorios, a la conspiración, a la tentativa y a la frustración.

Asimismo, aplicar la pena correspondiente a los autores a los que realicen operaciones financieras para estos fines.

7) Rebajar la pena en uno o dos grados, conceder los beneficios de la condena condicional y abonar como tiempo de prisión el transcurrido en un Centro psiquiátrico apropiado, en régimen cerrado, a los toxicómanos que compraren o poseyeren ilícitamente sustancias estupefacientes, cuando fueren para su exclusivo uso.

**QUINTA.—**Instar la urgente promulgación del Reglamento que desarrolle los preceptos de la Ley 17/1967, de 8 de abril, específica en esta materia.

Disponer las medidas oportunas, en tanto se publique el citado Reglamento para que los Servicios de la Guardia Civil, de Aduanas y del Servicio Especial de Vigilancia Fiscal, remitan a la Brigada Especial de Estupefacientes copia de las actuaciones realizadas en esta materia, a los fines previstos en los artículos 6.º y 36 de la Ley aludida.

**SEXTA.—**1) Dotar a la Brigada Especial de Estupefacientes de los medios adecuados y del personal idóneo para cumplir los fines asignados en la

Ley 17/1967, ya citada, y crear, asimismo, grupos dependientes de tal Brigada en aquellas ciudades o zonas donde se acuse con mayor intensidad el tráfico o consumo ilícito de drogas.

2) Facilitar, igualmente, médicos a los demás Servicios encargados de la represión del tráfico ilícito.

3) Habilitar Funcionarias de los Cuerpos de la Dirección General de Seguridad, previa la correspondiente selección y especialización, para realizar funciones de tutela y protección social y cooperar en los servicios propios de la Brigada Especial en la que se integrarán.

4) La citada Brigada Especial proporcionará información, documentación y toda clase de datos a los demás Servicios encargados de la prevención y represión del tráfico ilícito.

SEPTIMA.—1) Facultar al Inspector Farmacéutico afecto a las Aduanas de aquellas ciudades en que exista Tribunal de Contrabando, para efectuar los análisis preceptivos que en la actualidad realiza el Centro Técnico de Farmacobiología, con el fin de que dichos Tribunales dispongan del informe y pruebas necesarias dentro del plazo legal, sin perjuicio de cumplimentar lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 17/1967.

2) La medida de expulsión del territorio nacional, no deberá ejecutarse en tanto que el inculcado esté sometido a la jurisdicción de un Tribunal de Contrabando.

OCTAVA.—Incluir como categoría de estado peligroso el mero consumo ilícito de drogas nocivas, sin exigencia de habitualidad.

NOVENA.—1) Considerar al toxicómano que ha adquirido una dependencia auténtica física o psíquica de cualquier clase de droga como un enfermo, sin que ello presuponga, en modo alguno, su irresponsabilidad.

2) Estimar que es necesario habilitar Centros adecuados para la desintoxicación y rehabilitación de los drogadictos en régimen cerrado.

3) Establecer servicios de post-cura, que promuevan la integración social de los afectados.

DECLIMA.—Recomendar a la Secretaría General de la O. I. P. C. (INTERPOL), la creación de una Oficina encargada de coordinar y facilitar la lucha internacional contra el tráfico ilícito de drogas nocivas de modo directo y en procedimiento de urgencia.

Con un programa similar al de los cursos anteriores, se desarrolló el presente. En el mismo se han tratado todos los temas que tienen relación con la producción, fabricación, consumo y tráfico ilegal de estupefacientes. También se consideraron otros aspectos, entre los que cabe resaltar el tratamiento de los toxicómanos y todo lo referente al aspecto jurídico, tanto nacional como internacional, así como la reforma urgente de nuestro Código penal.

Mientras en los cursos anteriores se abría un coloquio al final de cada conferencia, en el actual se han celebrado charlas independientes por el sistema de mesa redonda, que permite tratar con más calma y preparación los temas propuestos en cada una de las cuatro que se celebraron. Otra innovación es la de que por vez primera se han dictado unas conclusiones finales.

Prescindiendo de los aspectos técnicos y legales se le dio notable importancia al criminológico, resaltando la amenaza que supone para España. el consumo y tráfico ilegal de estupefacientes.

En más de una ocasión hemos resaltado que el problema de las drogas, tanto las estupefacientes como los psicotrópicos y otros productos farmacéuticos, que producen efectos parecidos en algunos aspectos, representan ya una situación digna de tener en cuenta, pese a algunas opiniones de profanos aparecidas en la prensa. Si la sustracción de vehículos de motor ha sido en los últimos años el delito que más ha aumentado en nuestro país (1), el tráfico de estupefacientes y los delitos cometidos por toxicómanos: serán los que acaparen este aumento; este problema será diez veces mayor en muy pocos años si no se combate con cierta energía (2). Hay una fiebre incontenible en nuestra juventud que busca la forma de drogarse, para conocer el placer de los efectos que dicen poseen; la curiosidad brota por todas partes y utilizan los procedimientos y sustancias más extraños en busca de ese placer o «viaje». La situación es tan grave, o mejor, comienza a ser tan importante que, de no combatirla con severidad, iremos a parar a una situación que no tendrá solución; si se aplican medidas severas tampoco se cortará el mal, pero por lo menos se evitará que aumente de forma alarmante.

Los chicos se inician por curiosidad, también los mayores. Ahí está el peligro, porque adquirido el vicio y la dependencia, no podrán pasar sin la droga y robarán o matarán, si es preciso, para conseguirla; caerán en la prostitución, se prestarán a realizar actos contra natura, maltratarán a sus familiares, no rendirán en el trabajo o no lo harán, etc., en suma, que la droga llevará a la ruina moral y material a muchos ciudadanos. Mientras la sociedad se pervierte habrá un grupo de traficantes que serán los que se lucren, una Mafia compuesta por los gangsters más peligrosos.

Se aprecia en las conclusiones dos series de medidas: unas de carácter preventivo y otras represivas. Se pide mayor sanción que la establecida en el Código penal, para los componentes de los gangs del tráfico. Algunos aspectos de agravación de la conclusión cuarta se encuentran recogidos en diversas disposiciones del Código, por lo que podrían haber sido suprimidas, sin embargo, se insiste, tal vez con la intención de que quede bien patente la gravedad de esas personas y su conducta.

En los números 3, 5 y 6 de la citada conclusión se insiste en la agravación de la sanción, recogiendo una serie de supuestos que en el Código tienen un trato más benévolo o no se sancionan. Aunque cabría considerarlos más detenidamente, se refleja en los mismos el deseo de sancionar con gran severidad.

En cuanto a la sanción de la mera tenencia por los toxicómanos adictos, cuando la droga que posean sea para su uso, no nos parece acertada. Por ser enfermos se debía seguir con ellos lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de la conclusión novena, o sea, tratarles y recuperarles. No obstante, debían

---

(1) Véase nuestro trabajo: *Robo y hurto de uso de vehículos de motor. Estudio y comentario criminológicos*, en «Anuario de Derecho Penal», 1969.

(2) Véase nuestro trabajo: *La criminalidad en Madrid y Paris. Futuro criminológico de Madrid*, en «Revista de Policía Española», septiembre, 1969.

tomarse las medidas pertinentes para comprobar esto, pues todos aquellos a quienes se les ocupasen estupefacientes dirían que eran para su uso; además, no se debe olvidar que muchos de los toxicómanos son a su vez traficantes, unos por los beneficios que obtienen y otros porque se ven obligados a ello: reciben una parte para ellos y otra para vender, de esa forma pueden seguir con el vicio, la mercancía se la proporciona un profesional.

En este último problema podría buscarse una solución intermedia: sancionar al toxicómano que se le ocupen drogas, cuando no declare de forma cierta quién se las proporcionó —no olvidemos que el adicto las busca como y donde sea, no preocupándole la sanción penal. De esta forma se encuentra ante el siguiente dilema: si no denuncia al que se las proporcionó será él quien reciba la sanción, o resulta que se dedica al tráfico, aunque puede suceder que prefiera sufrir el castigo; de todas formas será un medio eficaz para combatir el problema de las drogas, ya que los traficantes tendrán una traba más en sus actividades y, por lo menos, pondrán más cuidado en sus operaciones, realizando menos.

Es un hecho cierto que en nuestro país están apareciendo traficantes de todas las partes del mundo y que, además, utilizan a España como trampolín entre América y Europa y aun Asia. Esto se debe a la suavidad de nuestras leyes.

En el Anteproyecto de Ley de reforma del Código penal se estima la reforma del artículo 344, cuyo texto anterior era manifiestamente insuficiente para combatir con eficacia el problema del tráfico y consumo ilícito de estupefacientes. En la nueva redacción se castiga la tenencia, elaboración y tráfico de sustancias estupefacientes antes no tipificadas.

Esperemos que con este Anteproyecto y las conclusiones del V Curso-colquio sobre estupefacientes, se dicten las normas precisas para luchar con el problema en España y evitar que muchos extranjeros vengán a nuestro país a traficar, aprovechándose de la legislación actual, mucho más suave que la de otros Estados.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ.

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXII

## FASCICULO III

Septiembre - diciembre MCMLXIX

### Sección Doctrinal

	<i>Páginas</i>
<i>El autor mediato en Derecho penal español</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo ... ..	461
<i>Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig ... ..	489
<i>Herencia y criminalidad</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	511

### Sección Legislativa

Proyecto de Ley de peligrosidad social ... ..	539
---	-----

### Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al primer semestre de 1967</i> , por Francisco Bueno Arús ... ..	552
<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del Tribunal Supremo), primer cuatrimestre de 1968</i> , por Fernando Gisbert Calabuig ... ..	585

### Revista de libros

ABORTION: <i>Aborto: legal e ilegal. Un diálogo entre juristas y psiquiatras</i> , por P. L. Yáñez Román ... ..	621
ABORTION in Britain: <i>Proceedings of a conference held by the Family Planning Association at the University of London Union on 22 april 1966</i> , por P. L. Yáñez Román ... ..	622
ACKERMANN, H. y otros: <i>Sexualidad y crimen</i> , por P. L. Yáñez Román ... ..	624
ANSLINGER, H. J.: <i>Los Asesinos</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	631
BRIEY, Claude de: <i>La participation judiciare à l'execution des sentences penales</i> , por A. Beristain, S. J. ... ..	635
FAIREN GUILLÉN, Víctor: <i>Presente y futuro del proceso penal español</i> , por Diego Mosquete ... ..	636
KAUFMANN, Hilde: <i>Strafenspruch, Straflagrecht (ius puniendi y acción criminal)</i> , por José Cerezo Mir ... ..	638
MAPELLI Y LÓPEZ, Enrique: <i>Consideraciones sobre la extorsión de aeronaves (Estratto dalla rivista: Il Diritto Aéreo)</i> , por Diego Mosquete ... ..	641
RECHERCHES CRIMINOLOGIQUES: <i>Actes 5º Colloque de Recherche sur la delinquance et la criminalite</i> , por Pascual Meneu ... ..	642
RODRÍGUEZ DEVESEA, José María: <i>Derecho penal español, Parte Especial</i> , por José Antón Oñeca ... ..	643
TWELFTH INTERNATIONAL COURSE IN CRIMINOLOGY: <i>The causation and prevention of crime in developing countries</i> , por P. L. Yáñez Román ... ..	647

**Revista de revistas**

**Alemania**

*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, fasc. 1/2, 1966,  
por Enrique Gimbernat Ordeig ... .. 653

**Argentina**

*Revista de Derecho penal y Criminología*, octubre-diciembre 1968, por  
José Antón Oneca ... .. 657  
*Abril-junio* 1969, por Alfonso Serrano Gómez ... .. 659

**Bélgica**

*Revue de Droit Penal et de Criminologie*, noviembre 1969, por P. L.  
Yáñez Román ... .. 662

**Canadá**

*Acta Criminologica* (Studies of Antisocial Behaviour), enero 1969,  
por P. L. Yáñez Román ... .. 664

**España**

*Interpol. Revista Internacional de Policía Criminal*, por Alfonso Se-  
rrano Gómez ... .. 669

**Estados Unidos**

*The Journal of Criminal law, Criminology and Police Science*, sep-  
tiembre 1969, por P. L. Yáñez Román ... .. 671

**Italia**

*La Scuola Positiva*, fasc. I, 1969, por P. L. Yáñez Román ... .. 674  
NOTICARIO ... .. 679

**Mayo - agosto MCMLXIX**

**Sección Doctrinal**

*La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal  
acusatorio español (la conformidad del acusado)*, por Víctor Fairén  
Guillén ... .. 229  
*La división en dos fases del proceso penal*, por Marino Barbero Santos ... .. 269  
*Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios*, por  
Francisco Bueno Arús ... .. 283  
*Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código  
criminal de 1787*, por José R. Casabo Ruiz ... .. 313

**Sección de Jurisprudencia**

*Jurisprudencia penal correspondiente al segundo y tercer cuatrimes-  
tre de 1966*, por Francisco Bueno Arús ... .. 343

## Sección Legislativa

<i>Proyecto de Ley de peligrosidad social</i> ... .. .	539
--	-----

## Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al primer semestre de 1967</i> , por Francisco Bueno Arús ... .. .	552
<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2ª del Tribunal Supremo), primer cuatrimestre de 1968</i> , por Fernando Gisbert Calabuig ... .. .	585

## Revista de Libros ..... 621

ABORTION: Aborto: *legal e ilegal. Un diálogo entre juristas y psiquiatras*, por P. L. Yáñez Román; ABORTION in Britain: *Proceedings of a conference held by the Family Planning Association at the University of London Union on 22 april 1966*, por P. L. Yáñez Román; ACKERMANN, H. y otros: *Sexualidad y crimen*, por P. L. Yáñez Román; ANSLINGER, H. J.: *Los Asesinos*, por Alfonso Serrano Gómez; BRIEV, Claude de: *La participation judiciaire à l'exécution des sentences pénales*, por A. Beristain, S. J.; FAIREN GUILLÉN, Víctor: *Presente y futuro del proceso penal español*, por Diego Mosquete; KAUFMANN, Hilde: *Strafenspruch, Strafklagrecht (ius puniendi y acción criminal)*, por José Cerezo Mir; MAPELLI y LÓPEZ, Enrique: *Consideraciones sobre la extorsión de aeronaves (Estratto dalla rivista Il Diritto Aéreo)*, por Diego Mosquete; RECHES CRIMINOLOGIQUES: *Actes 5<sup>e</sup> Colloque de Recherche sur la delinquance et la criminalite*, por Pascual Meneu; RODRÍGUEZ DEvesa, José María: *Derecho penal español, Parte Especial*, por José Antón Oneca; TWELFTH INTERNATIONAL COURSE IN CRIMINOLOGY: *The causation and prevention of crime in developing countries*, por P. L. Yáñez Román.

## Revista de Revistas ..... 653

ALEMANIA: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, fasc. 1/2, 1966, por Enrique Gimbernat Ordeig; ARGENTINA: *Revista de Derecho penal y Criminología*, octubre-diciembre 1968, por José Antón Oneca; abril-junio 1969, por Alfonso Serrano Gómez; BÉLGICA: *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, noviembre 1969, por P. L. Yáñez Román; CANADÁ: *Acta Criminológica (Studies of Antisocial Behaviour)*, enero 1969, por P. L. Yáñez Román; ESPAÑA: *Interpol. Revista Internacional de Policía Criminal*, por Alfonso Serrano Gómez; ESTADOS UNIDOS: *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, septiembre 1969, por P. L. Yáñez Román; ITALIA: *La Scuola Positiva*, fasc. 1, 1969, por P. L. Yáñez Román.

## Noticiario ..... 679

Suscripción anual: España, 300,— pesetas  
Extranjero, 400,— pesetas  
Numero suelto: España, 125,— pesetas  
Extranjero, 150,— pesetas