

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXIII  
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL  
MCMLXX**

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:  
EUGENIO CUELLO CALON (†)

## Directores:

JOSE ANTON ONECA  
Catedrático jubilado de Derecho penal

JUAN DEL ROSAL  
Catedrático de Derecho penal y Director  
del Instituto de Criminología de la Universi-  
dad de Madrid

## Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARIN  
Profesor Adjunto de Derecho penal de la  
Universidad de Madrid

## Secretario:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG  
Profesor Agregado de Derecho penal de la  
Universidad de Madrid

## Vicesecretario:

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN  
Profesor Ayudante de Derecho penal de la  
Universidad de Madrid

## Consejo de Redacción:

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ  
Magistrado y Profesor de la Escuela Judicial

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ  
Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Su-  
premo y Director de la Escuela Judicial

MANUEL COBO DEL ROSAL  
Catedrático de Derecho penal y Decano de  
la Universidad de La Laguna

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA  
Catedrático de Derecho penal de la Univer-  
sidad de Madrid

JUAN CORDOBA RODA  
Catedrático de Derecho penal y Director del  
Instituto de Criminología de la Universidad  
de Valencia

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO  
Catedrático de Derecho penal de la Univer-  
sidad de Oviedo

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO  
Fiscal General del Tribunal Supremo

## INDICE

### Sección Doctrinal

### Páginas

<i>¿Condna condicional o suspensión de la ejecución de la pena?, por Ruperto Núñez Barbero</i> ... ..	5
<i>Condna precedente y posición de garante en el Derecho penal, por Enrique Bacigalupo</i> ... ..	35
<i>Tipología del delincuente español, por Alfonso Serrano Gómez</i> ... ..	49

# 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: Septiembre-diciembre 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.ª**

**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 XXIII  
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL  
MCMLXX**

---

---

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

## ¿Condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena?

RUPERTO NUÑEZ BARBERO

Doctor en Derecho, Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Condicionalidad \* de la condena y suspensión de la ejecución de la pena: Consideraciones generales. II. Derecho comparado. III. 1. La condena con condición resolutoria y la remisión de la pena en relación al derecho positivo español. 2. Conclusión. IV. Consideraciones de *lege ferenda*. 1. Remisión de la pena y rehabilitación. 2. La posibilidad de admitir en nuestro derecho positivo auténticas medidas probatorias.

### I

La denominada generalmente “condena condicional” (1) es una institución por la cual, cumplidas determinadas condiciones, el juez tiene la facultad de decidir la suspensión de la ejecución de la pena durante un período de prueba, a cuya expiración dicha suspensión será definitiva si el delincuente no comete determinadas infracciones (2).

---

\* N. del A.—Utilizamos a menudo el término “condicionalidad”, que figura en el “Diccionario ideológico de la lengua española”, 2.<sup>a</sup> ed., de JULIO CASARES, pues su significado: “calidad de condicional” se adecúa plenamente con el que pretendemos darle.

(1) Nuestro Código penal da, a veces, este nombre (arts. 92, 93, 94 y 97) a la “remisión condicional”, regulada en su sec. 3.<sup>a</sup>, tit. III, del lib. I. El término es, por lo que se refiere a nuestro derecho, equívoco e incorrecto, como veremos a continuación.

(2) El párrafo 25, p. 2.<sup>o</sup>, núm. 2, del StGB (Código penal alemán) establece la revocación de la suspensión en el caso de comisión de un delito intencional. De análogo modo, el núm. 3 del art. 41 del Código penal suizo, además de establecer que pueden también dar lugar a revocación el desprecio a una advertencia formal del juez infringiendo alguna de las reglas de conducta impuestas por este último, el sustraerse obstinadamente al patronato o si de cualquier otra manera se burla la confianza del juez. Debe tenerse en cuenta que en el derecho suizo se engloban en una sola disposición legal el “sursis simple” y el “sursis” con “mise à l'épreuve” (cf. SCHULTZ, *Le sursis en droit suisse*, “Revue de science criminelle”, 1965, pág. 804). El art. 45 del Código penal soviético de 1960 establece que la suspensión de la pena es revocada si el condenado, en el período fijado por el tribunal, comete un nuevo delito. Pero este nuevo delito, para comportar la revocación del beneficio, debe ser de la misma naturaleza, o bien menos grave que el precedente (véase NAPOLITANO, *Il nuovo Codice penale*

Se trata de un procedimiento de política criminal que tiene por finalidad esencial prevenir la reincidencia, dando al condenado un importante aliciente para superar los años cruciales que siguen a la condena (3). La suspensión de la pena presenta, además, la gran ventaja de sustraer al delincuente primario u ocasional del peligro corruptor de la prisión, haciendo pesar sobre él, al mismo tiempo, la amenaza de la ejecución de la pena o efectivo cumplimiento de la condena, para el caso de incumplimiento de determinadas condiciones previamente fijadas (4).

En esta concepción, que sigue, en general, las líneas y rasgos esenciales del primitivo sistema franco-belga del "sursis", el tribunal dicta sentencia y establece la pena, pero bajo la condición del mal comportamiento del autor; si durante un determinado período de tiempo se conduce en la forma previamente establecida, la condición no se habrá producido, llegándose a estimar la sentencia como no dictada (5). Si bien es posible acordar sin condición alguna el fallo de culpabilidad e imponer la pena, pero suspender condicionalmente la ejecución de la misma (6) y remitir posteriormente aquélla al sujeto que se ha comportado en la forma ordenada (7). El sistema seguido

---

*sovietico*. Milano. Giuffré, 1963, pág. 173). El art. 14, apart. 1.º de la Ley belga de 1964 (de 29 de junio) establece la revocación de la suspensión ("sursis"), de pleno derecho, cuando la nueva infracción cometida durante el plazo de prueba hubiera supuesto condena o pena principal por más de dos meses sin remisión (véase CORNIL, *Sursis et probation*, "Revue de Science criminelle", 1965, página 56). A tenor de lo dispuesto en nuestra Ley de 26 de marzo de 1908, cesa la suspensión y se ejecuta la pena impuesta, cuando el reo cometa un nuevo delito durante el período de prueba y también si cambiare de residencia sin presentarse a la autoridad judicial (véanse los arts. 10 y 14 de la citada ley).

(3) Cf. ROGER MERLE y ANDRÉ VITU, *Traité de Droit criminel*, Cujas, París, 1967, pág. 610.

(4) Véase QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, pág. 525; *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, págs. 411 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, págs. 527 y 548; GRAVEN, *Le système suisse du sursis conditionnel*, en *Recueil de travaux*, Genève, 1952, págs. 12 y ss.; *La révision des concepts sur les courtes peines privatives de liberté*, "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht", 79, 1963, págs. 419 y ss.; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Alg. Teil, München und Berlin, 1965, pág. 324; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Karlsruhe, 1965, pág. 741; BOUZAT, *Traité de Droit pénal et de Criminologie*, Dalloz, París, 1963; MERLE et VITU, *Traité*, cit., pág. cit.; CORNIL, *Sursis et probation*, cit., pág. 54 y ss.; BETTIOL, *Diritto penale*. Padova, 1966, págs. 721-22; PANNAIN, *Manuale de Diritto penale*, I, Torino, 1967, págs. 975 y ss.

(5) Véase art. 735, párr. 1.º "Code de procédure pénale" francés, STEFANI et LEVASSEUR, *Droit pénal général et Procédure pénale*, I, Dalloz, París 1966, pág. 406, estiman que "es una condena que será cancelada por el transcurso sin incidencias del período de prueba". Una vez transcurrido el período de cinco años sin que se haya dado lugar a condena revocatoria, la condición se ha extinguido y la dispensa de ejecución se convierte en definitiva. Pero la ley va más lejos, establece que en semejante caso "la condena será considerada como no sobrevenida" (art. 735, pf. 1.º *Cod. proc. pén.*).

(6) Como ocurre en el derecho positivo alemán (véanse los párrafos 23 y 24, pf. 2.º del StGB, después de la reforma de 4 de agosto de 1953, y artículo 20 de la Ley de Trib. de menores [J G G]).

(7) Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 2.ª ed., pág. 640.

por nuestro derecho positivo parece manifestarse en este último sentido, pues si bien el artículo 15 de la Ley de 17 de marzo de 1908 habla de "remisión de la condena" al terminar, sin que medie causa en contrario, el período de suspensión, no es propiamente la sentencia la que se remite, sino la ejecución de la pena, ya que la primera continúa existiendo y produciendo todos aquellos efectos y consecuencias que no se refieran exclusivamente a la privación de la libertad (8).

El término "condena condicional", generalmente consagrado por el uso, se emplea a menudo indebidamente, por lo que puede resultar impropio, impreciso o equívoco, aplicado sin más a todo caso de suspensión condicional de la pena. Ni siquiera en todas aquellas legislaciones que, en líneas generales, acogen el sistema franco-belga del "sursis", por lo que a la suspensión de la pena se refiere, puede dicho término ser acogido unánimemente. Particularmente en nuestro derecho, la condena no se condiciona, como ocurre, v. gr., en el derecho francés con el "sursis simple" y el "sursis avec mise à l'épreuve" (9). La cuestión de la condicionalidad de la condena es discutida incluso respecto a los derechos belga y suizo, como veremos a continuación (10).

---

(8) Véanse art. 12 de la Ley de 17 de marzo de 1908 y art. 2.º del R. D. de 23 de marzo del mismo año, donde se hace referencia al Registro de sentencias, al libro de anotación de condenas condicionales, y simple anotación en el Registro central de la extinción en su caso de la responsabilidad al terminar el período de suspensión de la pena; cf., además, QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 418.

(9) Al igual que en el caso de "sursis simple", en el "sursis" con "mise à l'épreuve", la condena será sometida a una eventual condición de caducidad. El art. 745 (*Cod. proc. pén.*) prevé que si a la expiración del período de prueba fijado por el tribunal la ejecución de la pena no ha sido ordenada, o si el condenado no ha sido sometido a nuevo procedimiento seguido de una condena a prisión o a una pena más grave por crimen o delito de derecho común, la condena será considerada como no sobrevenida. Cf., además, MERLE y VITU, *Traité*, cit., págs. 620-21.

(10) El artículo 9.º de la Ley belga de 31 de mayo de 1888, aunque hay que acudir en este punto, dado el silencio del artículo 8.º de la nueva Ley de 29 de junio de 1964, sobre la "suspensión", el "sursis" y la "probation", establecía que si, durante el período de prueba, el condenado no incurría en una nueva condena a una pena criminal o a prisión principal por más de un mes, la condena sería considerada "comme non avenue". No obstante lo cual, la doctrina estima que la condena "existe siempre" (cf. PIERRE VAN DROOGENBROECK, *Commentaire de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation*, "Revue de Droit pénal et de Criminologie", 1964-65, pág. 766, quien afirma, además, con base en el Informe de Van Vrecken al Senado, en 1888, que no es la existencia de la condena, sino solamente la ejecución de la pena lo que se encuentra subordinado a la condición. Los términos de "la condena será considerada como no sobrevenida", significan, sin embargo —dice el citado autor— que la condena no será ya ejecutada). También, con referencia al derecho belga, estima el profesor GRAVEN, *Le sens du sursis conditionnel et son développement*, "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht", 1954, que "a pesar del título y de los términos de la ley no se trata en verdad del sistema de la "condena condicional", sino más bien del "sursis à l'exécution de la peine" (pág. 272). Sin duda, en el derecho belga, la "condena condicional" deberá figurar en los boletines de informes o extractos del registro judicial librados a solicitud de las Autoridades judiciales, pero, sin embargo, es lo cierto que no puede ser hecha mención de ella en los

Especialmente por lo que se refiere a este último derecho, la opinión dominante rechaza la condicionalidad de la condena, manteniendo que se trata, pura y simplemente, de "sursis à l'exécution de la peine" (11). Mucho menos podría afirmarse, en relación a lo que podríamos llamar "sursis" continental, en sentido amplio (12), que la condena se suspende, como sucede, v. gr., en el derecho inglés (*conditional discharge*), en que el tribunal, después de haber establecido la culpabilidad (*conviction*), libera al acusado sin condena formal, bajo la condición de que éste observe buena conducta durante un período de prueba (13). Es cierto, por lo que a nuestro derecho positivo se refiere, que la citada Ley de 1908, en su artículo 6.º, alude al equívoco término de "suspensión de la condena", pero esto es absolutamente inoperante en la práctica, máxime teniendo en cuenta que el artículo 97 del Código penal da claramente a la "remisión condicional", término, por cierto, bastante impreciso, el significado de "suspensión de la ejecución de la pena".

Consecuentemente, parece evidenciarse, por lo que se refiere a nuestro derecho positivo, que si bien éste parte, en líneas generales, del llamado sistema franco-belga del "sursis continental" (14), no informes o certificados librados a solicitud de los particulares (Circular ministerial de 27 de noviembre de 1889).

(11) En relación al derecho suizo opinan de este modo: GRAVEN, *Le système suisse du sursis conditionnel*, cit., pág. 17; LOGOZ, *Commentaire du Code pénal*, 1939, I, pág. 178; y PANCHAUD, *Code pénal suisse annoté*, Lausanne, 1967, pág. 37.

(12) Utilizamos el término "sursis continental" en un sentido amplio, comprensivo del sistema clásico (francés) de la condena condicional, propiamente dicha, y el de otros sistemas (v. g. alemán e incluso suizo) en los que se suspende la ejecución de la pena, sin condicionamiento de la condena (véase BERGER, *Le système de probation anglais et le sursis continental*, Genève, 1953), por contraposición al sistema de la *probation* anglo-americana, en que predomina la previa suspensión del pronunciamiento de la condena, especialmente en el derecho inglés, pero reconociendo que existen diferencias esenciales entre el sistema francés de la condena condicional y el de otros países continentales (Vd. GRAVEN, *Le sens du sursis conditionnel et non développement*, "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht", 1954, págs. 274-75; ídem *Le système suisse...*, cit., pág. 15).

(13) Secc. 7 "Criminal Justice Act" de 1948, modif. en 1967.

(14) El sistema franco-belga es acogido en 1892 por el Gran Ducado de Luxemburgo; en 1893, por Portugal; en 1904, por Italia, y en 1915, por los Países Bajos, penetrando posteriormente en los diversos Códigos penales, como el italiano de 1930 (arts. 163-64); polaco de 1932 (art. 62); suizo de 1937 (artículo 41), alemán (parágrafos 23 y 24) e incluso el soviético de 1960 (artículos 44-45). Si bien la mayor parte de los Códigos citados dan ya entrada más o menos parcialmente a las ideas del *probation system*, en general como complemento del "sursis". Del mismo modo lo han hecho ya incluso las legislaciones que han encarnado el sistema del "sursis" y han sido consideradas como cuna del mismo: Francia y Bélgica; la primera después de la Ordenanza de 1958, y Bélgica después de la Ley de 29 de junio de 1964, aunque manteniéndose en el derecho francés el "sursis simple" junto al "sursis" con "mise à l'épreuve". No así en el derecho belga, que acoge, además del "sursis simple", de la ejecución de la pena, el de "suspensión simple" del pronunciamiento de la condena (arts. 8 y 3, respectivamente). Tanto el "sursis" como la "suspensión" pueden ir acompañadas de condiciones particulares que implican la introducción de los métodos propios de la *probation*, convirtiéndose en "sursis"

acoge, sin embargo, dicho sistema en cuanto a la condicionalidad de la condena (no obstante el empleo frecuente, tanto en la doctrina como en la legislación, del término "condena condicional"), sino tan sólo en tanto que también en nuestro derecho se "suspende" la ejecución de la pena, ya impuesta, durante un período de prueba (15). Existen, por tanto, diferencias esenciales entre el sistema seguido por nuestro derecho y el de la "condamnation conditionnelle" (16), como hemos de ver a continuación.

De *lege lata* no cabe plantearse problema en nuestro derecho, no obstante el empleo por el legislador en algún caso de términos que pueden dar lugar a confusión (17), en cuanto a la suspensión del pronunciamiento de la condena, que tiene lugar, generalmente, en el *probation system* anglo-americano (18) e incluso en una parte de los países continentales, especialmente los nórdicos (19). Es particularmente, y sobre todo, en relación al sistema de la suspensión condicional de la pena, seguido por nuestro legislador, donde el uso indebido de términos impropios, como el de "condena condicional", puede

---

probatoria y en "suspensión" probatoria, respectivamente (véase MARCHAL et JASPAR, *Droit criminel, Traité théorique et pratique*, 2.<sup>a</sup> ed., 1965, I, pág. 183; ídem. CORNIL, *Sursis et probation*, "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", 1965, pág. 54).

(15) Si bien propiamente se debería tan sólo hablar de verdadera "puesta a prueba" en el caso, v. g., del "sursis" con "mise à l'épreuve" del artículo 738 del "Code de procédure pénale" francés, del núm. 2 del artículo 41 del Código penal suizo, de los págs. 23 y 24 del StGB (Código penal alemán), o del artículo 9.º en relación con el 8.º de la Ley belga citada de 1964 ("sursis-probation").

(16) Cfr. GRAVEN, *Le système suisse...* cit., pág. 15.

(17) Véanse arts. 6.º, 7.º y 15 de la Ley de 17 de marzo de 1908, y artículos 2.º, 3.º y 8.º del R. D. de 23 de marzo del mismo año. Yo creo que el legislador, al hablar de "suspensión de la condena", no querría referirse al pronunciamiento de la sentencia, sino a la suspensión o remisión, en su caso, de la pena.

(18) Véase CAVENAGH, *La probation appliquée aux délinquants adultes en Angleterre*. "Revue de droit penal et de criminologie", 1964-65, págs. 1022 y ss.; KENNY'S, *Outlines of Criminal Law*, 18 th. ed., Cambridge, 1962, págs. 623-24; SUTHERLAND and CRESSEY, *Principles of Criminology*, Sixth ed., Chicago, Philadelphia, New York, págs. 421 y ss. Pero debe señarse que el acento no es puesto hoy, por lo que a la *probation* se refiere, sobre la suspensión de la condena —o de la pena—, sino sobre el tratamiento (asistencia y vigilancia) que comporta, aunque implique también la existencia del aspecto negativo previo de la suspensión de la condena (Cf. CAVENAGH, ob. y rev. cit., pág. 1021; ídem. GRÜNHUT, *Le cycle européen d'études sur la probation*. "Rev. de science crim.", 1953, pág. 80).

(19) En Suecia por Ley de 22 de junio de 1939, que entró en vigor el 1.º de enero de 1944, y en la actualidad por el nuevo Código penal de 1962, que ha entrado en vigor el 1.º de enero de 1965 (capítulos 27 y 28). Véase sobre ello STRAHL, *Les grandes lignes du nouveau Code pénal suédois*, "Revue de science criminelle", 1964, págs. 536 a 538. También en el derecho belga, al cual hemos hecho ya alusión (véase nota 13), la "mise a l'épreuve" del delincuente se realiza por la suspensión del pronunciamiento de la condena o por el "sursis à l'exécution" de la pena (véase VAN DROOGHENBROECK, *Commentaire de la Loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation*, "Revue de droit pénal et de criminologie", 1964-65, pág. 767).

dar lugar a equívocos y confusionismos. Y ello tiene su importancia, no ya tan sólo en orden al concepto de la institución que nos ocupa, sino a la hora de esclarecer el problema de la naturaleza de ésta, pues se oscurece su sentido y se dificulta la solución. Es principal cometido de este trabajo ponerlo de manifiesto, haciendo un breve estudio del problema de la condicionalidad de la condena, tanto en relación al derecho comparado como al derecho patrio. Todo ello sin perjuicio de precisar que de *lege ferenda* el sistema de la condena condicional, propiamente dicha, pueda, quizá, ofrecer mejores perspectivas en orden a una futura rehabilitación del delincuente, máxime si es complementado con un verdadero sometimiento a prueba de éste, como en la actualidad se va poniendo de manifiesto en la mayor parte de las legislaciones europeas, las cuales dan entrada, con mayor o menor amplitud, a los métodos propios del *probation system*, ya sea dentro del tradicional sistema del "sursis", ya en la forma más amplia de la suspensión del pronunciamiento de la condena (20).

## II

En relación al sistema que tiene su origen en las leyes belga de 1888 y francesa de 1891, la doctrina ha discutido fundamentalmente dos cuestiones: a) si se trata de una verdadera condena; b) si esta condena es definitiva e irrevocable, incluso cuando el condenado cumple la condición; esto es, si lo sometido a condición es la condena o solamente la ejecución de la pena.

En cuanto a la primera cuestión, es decir, si se trata de una verdadera condena, parece que la doctrina dominante en relación a la generalidad de las legislaciones continentales, y aun teniendo en cuenta la diversidad de matices dentro del sistema del "sursis", se pronuncia en sentido afirmativo (21). Tan es así, que incluso aquellos autores

(20) Véase art. 3.º, en relación con el 9.º de la Ley belga de 1964.

(21) En relación al Derecho alemán, cf. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de Córdoba Roda, II, P. G., págs. 508 y 511; ídem. *Deutsches Strafrecht*, Alg. Teil, 3.ª ed., 1965, págs. 742-43; MEZGER, *Strafrecht*, I, 11 ed., München un Berlin, 1965 (reelaborada por Hermann BIER), pág. 324: "se dicta el veredicto de culpabilidad y se establece la pena"; análogamente en BAUMANN, *Strafrecht*, 5.ª ed., 1968, pág. 702. Según este último autor, "la llamada Strafaussetzung zur Bewährung" (suspensión de la pena para la prueba) introducida por el Strafrechtsänderungsgesetz" de 1953 en los párrafos 23 y siguientes del StGB (Código penal alemán), emparentada con el sistema del "sursis", da al juez que sentencia la posibilidad de condicionar la pena, bajo ciertos presupuestos... La suspensión de la ejecución no es un acto de ejecución ni un acto de gracia (como v. g. la suspensión según los párrafos 20 y ss. del Ordenamiento de gracia de 1935), sino que forma parte del fallo del tribunal que sentencia... Véase, también en este sentido y en relación al derecho alemán, TRENSZ, *Le sursis aux fins de mise à l'épreuve en droit allemand*, "Rev. de sc. crim.", 1968, pág. 814. En relación al Derecho italiano, v g., SANTORO, *Diritto penale*, I, Torino, 1958, pág. 566, no obstante considerar que según los términos del art. 167, el delito se extingue, en caso de buena conducta del

que, con referencia a su respectivo sistema de derecho positivo, consideran que la condena está sometida a una condición resolutoria, opinan que se trata de una condena de pleno derecho (22).

Pero si bien parecé haber unanimidad en la doctrina en cuanto al pronunciamiento y existencia de una verdadera condena, la cuestión se discute, sin embargo, en cuanto a si aquélla es propiamente lo que se somete a condición, así como a su cancelación y desaparición de los efectos de la misma, cumplida la condición de no delinquir, una vez transcurrido el período de prueba.

En la doctrina italiana, algunos autores piensan que lo condicional en la condena y que, por consiguiente, cumplida la condición de no delinquir, la condena se tiene por no pronunciada, esto es, desaparece como tal. Tal es la opinión que sustenta ANTOLISEI, quien afirma que si durante el plazo de la condición el culpable no comete un nuevo delito, la condena "cade nel nulla" (queda en nada) (23). Pero el insigne autor se ha cuidado muy bien de precisar que —realizadas las necesarias premisas— no se produce una extinción total de la punibilidad, dado que quedan subsistentes numerosos efectos penales de la decisión de condena (24). Creemos, en consecuencia, que en el

---

condenado durante el transcurso del período de prueba, estima que la sentencia es irrevocable y la condena produce sus efectos penales; también CAVALLO, *Diritto penale*, P. G. II, 1955, pág. 953, para el que la condena es pronunciada y, como tal, produce algunos efectos. Idem, BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale*, Milano, 1968, pág. 277; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. 4.<sup>a</sup> ed., puesta al día por Nuvolone y Pisapia, UTET, III, Torino, 1961, página 630. Y en general, la casi totalidad de la doctrina italiana, incluso aquellos autores que estiman que la suspensión hace las veces de condición resolutoria, pues la realización de las condiciones por las cuales el beneficio se ha acordado extingue el delito (véase BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1966, págs. 721 y 724) o la punibilidad del hecho (véase RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, Padova, 1968, págs. 208 y 211).

En el Derecho argentino, en relación al Código penal (art. 26) que, en forma análoga a nuestro art. 92, establece la "condenación condicional", opina SOLER, *Derecho penal argentino*, II, B. Aires, 1963, pág. 424, que "la condena condicional es una verdadera condena y no un perdón de la pena, de manera que quien ha sido objeto de ella puede ser declarado reincidente, siempre que cometa un nuevo delito dentro del plazo de la condicionalidad o de la reincidencia". En sentido análogo R. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, B. Aires, II, 1965, pág. 523.

(22) En el Derecho suizo, SCHULTZ, ob. y rev. cit., pág. 812, estima que la condena con "sursis" es una condena de pleno derecho, si bien bajo condición resolutoria; en relación al Derecho francés, la doctrina dominante se pronuncia en el mismo sentido, v. g. BOUZAT, *Traité*, cit., pág. 640, en relación a la situación del condenado y efectos de la condena, durante el período de prueba; ídem, MERLE et VITU, *Traité*, cit., pág. 614, aun cuando, como es lógico, precisa que esta condena que comporta a la vez una declaración de culpabilidad y la estipulación de una pena, y produce determinados efectos, "está sometida si no a una verdadera condición resolutoria, al menos a una causa condicional de caducidad".

(23) ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1963, pág. 571.

(24) ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pág. 573. Sobre la cuestión véase FRISOLI, *Sospensione della pena*, "Scuola Positiva", 1965, pág. 19, nota 12. Cf., además, PANNAIN, *Manuale de Diritto penale*, I, Torino, 1962, pág. 881: "verificadas las

derecho italiano lo que se “condiciona” no es la condena, sino, en todo caso, la ejecución de la pena, que se remite posteriormente, si el sujeto se comporta en la forma ordenada, de acuerdo con las obligaciones previstas. Es, por otra parte, evidente que la expresión “estinzione del reato”, que emplea el Código italiano en su artículo 167, para el caso de cumplimiento de la condición, deberá tener aquí un significado restringido (25). Pues si bien es cierto que el Código italiano alude a la extinción del delito en caso de incumplimiento por el condenado de las condiciones establecidas legalmente o impuestas por el juez (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 165), sin embargo, una gran parte de la doctrina acepta con reservas la sistemática adoptada por el legislador en orden a la institución en examen, negando que pueda hablarse exactamente de una causa extintiva del delito, cuando en realidad se trata de una “causa de exclusión de la pena” (26). En efecto, aun cuando se diga en el artículo 167 que el favorable transcurso del período de prueba y, eventualmente, el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez, produzcan la extinción del delito, es preciso reconocer que, en realidad, aquellos factores no extinguen sino la pena principal, así como las accesorias que están todavía en curso a los fines del experimento (27). Todos los

---

condiciones, el delito se extingue, y en consecuencia no tiene lugar la ejecución de la pena, y cesa la ejecución de las penas accesorias. Permanecen, por el contrario, los efectos penales y otras incapacidades”; idem. CAVALLO, ob. cit., pág. 965: “...no cesan otros efectos penales de la condena, como su valor a los fines de la reincidencia, la no aplicación de otra suspensión condicional de la pena y la consideración para la valoración de la personalidad del reo” (V. art. 164 del C. p. italiano).

(25) Cf. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, 4.<sup>a</sup> ed., Milano, 1934, pág. 841.

(26) En el sentido de considerar la suspensión condicional como extinción de la pena: MANZINI, ob. cit., pág. 626 (v. nota 96); RANIERI, ob. cit., págs. 207-8; BATTAGLINI, *Diritto penale*, 3.<sup>a</sup> ed., P. G. CEDAM, Padova, 1949, pág. 373; PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale*, Padova, 1965, pág. 221; FRISOLI, *Prevalenza del l'indulto sulla condanna condizionale*, N. a S. “Riv. it. dir. pen.”, 1952, pág. 251 e incluso el mismo ANTOLISEI, ob. cit., pág. 573, estimando incluso que, a pesar de la expresión del art. 167 del Código, no se trata de una extinción total de la punibilidad, porque si no tiene lugar la ejecución de la pena y cesa la ejecución de las penas accesorias, permanecen vivos los otros efectos de la condena”. Optan por considerar la institución como una causa extintiva del delito, BETTIOL, ob. cit., pág. 721; PANNAIN, ob. cit., 4.<sup>a</sup> ed., 1967, pág. 977 CAVALLO, ob. cit., páginas 953 y ss., y MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, P. G. II, 5.<sup>a</sup> ed., Bologna, 1949, pág. 774, entre otros.

(27) Cf. FRISOLI, ob. cit., pág. 255. De otro lado, la expresión utilizada por el derogado “Codice de procedura penale” de 1913, en su art. 585 (que no menciona en absoluto el Código penal vigente), en el sentido de que, cumplidas las condiciones, la condena se consideraba como “non avvenuta”, no debe inducir a error, pues, en el actual Código, la condición, representada por la buena conducta del condenado en el plazo prefijado, es, en principio, suspensiva en cuanto a las penas indicadas en el art. 163, en el sólo sentido de que impide la ejecución de las penas principales y, verificada la condición, anula (valga la palabra), si se quiere, pero sólo bajo este aspecto, la sentencia de condena (“extunc”) y resuelve, por lo que se refiere a las penas accesorias, en cuanto hace cesar (“ex nunc”) su ejecución no interrumpida y las extingue definitivamente. Doble aspecto que aparece hoy en el vigente Código (art. 167) al disponer éste

demás efectos dimanantes del pronunciamiento de la condena conservan, por el contrario, y normalmente, su virtualidad; de modo que no parece pueda atribuirse a la observancia de las condiciones por parte del condenado, ni la fuerza de desvirtuación "ex tunc" el ilícito cometido (28), ni la eficacia de dejar en nada la decisión condenatoria (29).

Lo dispuesto por el artículo 175 del Código italiano, relativo a la no mención en los certificados penales, no creemos se oponga a las consideraciones por nosotros señaladas anteriormente, pues, aparte de que el citado artículo se refiere, de un modo general, a determinadas condenas, a efectos exclusivamente privados (30), sin aludir concretamente a la suspensión condicional de la pena, ni, en consecuencia, al transcurso favorable del período probatorio, resulta difícil, por tanto, estimar que la no mención de la condena en los certificados del registro (aunque tenga efectos restringidos) sea consecuencia de la resolución de la condición, máxime cuando se trata de "una institución totalmente autónoma respecto a la de la suspensión condicional de la pena; por lo cual el juez puede, a su prudente arbitrio, conceder uno y negar otro beneficio" (31).

---

que "en tal caso no tiene lugar la ejecución de la pena —nunca comenzada— y cesa la ejecución de las penas accesorias" —que pueden estar en curso—. Pero no se puede afirmar en absoluto que el feliz cumplimiento de la condición deje reducida "a la nada" la sentencia (Cf. FLORIAN, *Trattato*, cit., pág. 842, nota 1).

(28) Como afirma BETTIOL, ob. cit., pág. 721, estimando que no se trata —por lo que se refiere a la "sospensione condizionale della pena"— "de una simple causa de extinción de la pena, porque, transcurrido el término establecido en la ley sin que el condenado haya cometido un ulterior delito, el delito viene considerado por voluntad de la ley extinto "ex tunc".

(29) Como estima ANTOLISEI, ob. cit., pág. 571. Se trata, por consiguiente, de suspensión condicional de la pena y, en último término, si se quiere, de remisión o resolución de la misma o de su ejecución. Y es en este sentido como puede tomarse la afirmación de RANIERI, ob. cit., pág. 208 de que "la verificación de las condiciones, en los casos de condena condicionalmente suspendida, es considerada como causa de extinción de la punibilidad del hecho, porque, si la suspensión tiene la función de una condición resolutoria, la verificación de las condiciones elimina la pena, precedentemente impuesta, con eficacia "ex tunc". En sentido análogo BATTAGLINI, ob. cit., pág. 367.

(30) La no mención de la condena en los certificados del Registro judicial ("casellario") evita que sea dada noticia de la condena a efectos privados. La concesión de este beneficio está disciplinada en el art. 175 del Código penal italiano y se remite a la apreciación discrecional por parte del juez, el cual debe tener presentes las circunstancias establecidas en el art. 133 (gravedad del delito y capacidad para delinquir). La no mención puede ser ordenada solamente para la primera condena y siempre que sea impuesta una pena pecuniaria no superior a 1.000.000 de liras, o bien una pena privativa de libertad no superior a dos años. Aquella puede ser también concedida cuando se han impuesto conjuntamente: una pena privativa de libertad no superior a dos años y una pena pecuniaria que convertida o acumulada a la primera privaría completamente al condenado de su libertad personal por un tiempo no superior a treinta meses (según lo dispuesto en el art. 2.º de la Ley de 24 de abril de 1962).

(31) MAGGIORE, ob. cit., pág. 782. Los elementos comunes y dispares de ambas instituciones son puestos de manifiesto por FROSALI, *Sistema de diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1958, II, págs. 471 y 474.

Más problemática se presenta la cuestión en el derecho suizo. El Proyecto de Código penal sometido a las Cámaras por el Consejo federal en 1918 instituía la “condena condicional” propiamente dicha: cuando el condenado había soportado con éxito la prueba hasta el fin, la condena misma era considerada “comme non avenue” y la ficha que la mencionaba debía ser suprimida del Registro judicial (32). Por el contrario el artículo 41 del Código penal vigente no prevé, sino la suspensión condicional de la ejecución de la pena (“sursis”). Si la prueba se lleva a cabo con éxito, la condena es simplemente cancelada en el Registro; la inscripción así cancelada no puede ser comunicada más que a los Juzgados de instrucción y a los Tribunales penales, pero con la mención de la cancelación y solamente cuando la persona sobre la cual se solicita información figura como inculpada en el proceso (art. 363, p. 4) (33). Estima, sin embargo, Schultz que la condena con “sursis”, aun siendo, en el derecho suizo, una condena de pleno derecho, puesto que es inscrita en el Registro judicial, lo es bajo condición resolutoria, para lo cual parece apoyarse, por un lado, en que la citada condena no constituye una condición de la reincidencia, pues la reincidencia presupone que el delincuente haya sufrido una pena (art. 67, núm. 1.º), y, por otra parte, en que la condena es “radiée” del Registro, sin que sea comunicada a las autoridades judiciales —nunca a requerimiento privado o de otros organismos públicos—, como hemos dicho, más que si un nuevo proceso penal es instruido contra el mismo sujeto (34). No creemos, sin embargo, que en el sistema suizo se trate, propiamente, de verdadera “condena condicional”, sino más bien de “ejecución condicional” de la pena o de “suspensión de la ejecución”. Análogamente a lo que sucede en el derecho italiano, el juez no pronuncia una sentencia de condena bajo condición resolutoria que quede reducida a la nada si el condenado se conduce bien una vez transcurrido el período de prueba. El juez pronuncia una sentencia de condena con fijación de una pena cuya ejecución está subordinada a una condición suspensiva. Y, por tanto, si el período de prueba transcurre con éxito, solamente la pena se extingue; la sentencia condenatoria subsiste, el efecto no se produce más que para el futuro y no es absoluto. La condena es simplemente “radiée” del Registro, no es suprimida, no es considerada como si no hubiera sido pronunciada. El autor del delito no puede, por consiguiente, ser considerado como un delincuente primario, sin antecedentes judiciales, sino que éstos pueden hacerse constar, si recae (35).

(32) Arts. 39, núm. 4 y 381, núm. 2.

(33) Véase, además, LOGOZ, *Commentaire...* cit. págs. 178 y 187.

(34) Véase SCHULTZ, *Le sursis en droit suisse*, cit., pág. 812.

(35) Cf. GRAVEN, *Le système suisse du sursis conditionnel...* cit. pág. 17; *Le sens du sursis conditionnel...* cit., pág. 274; análogamente LOGOZ, ob. cit., págs. cit. Sobre estas diferencias véase también GERMANN, *Das Verbrechen im neuem Recht*, Zurich, 1942, pág. 105, n. 4; TUZEMEN, *L'institution du sursis et sa réglementation dans le Code pénal suisse*, Lausanne, 1947, págs. 33 y 34.

Si se admite que la condena condicional es una sentencia establecida bajo condi-

Tampoco en relación al derecho alemán puede hablarse, propiamente, de la existencia de una condición resolutoria. La buena conducta del condenado, durante el transcurso del período probatorio, conduce tan sólo a la remisión definitiva de la pena (36), sin que se anule la sentencia ni sus efectos (37). El tribunal deberá constatar que las obligaciones impuestas al condenado han sido cumplidas o que ha llevado una vida ordenada. Es solamente esta decisión la que entrañará la extinción de la pena. Pero la dispensa de ejecución de la pena dejará subsistente, en todo caso, la condena que le servía de soporte con todas las consecuencias que de ello se derivan, especialmente para la reincidencia y las penas accesorias o complementarias. El derecho alemán no conoce la rehabilitación de pleno derecho, que resulta del simple transcurso favorable del período de prueba (38). En orden a la supresión de los efectos de la condena, pueden obtenerse de ésta, si así lo acuerda el tribunal, tan sólo informaciones restringidas para el futuro (39).

En cuanto a los términos "la condamanation sera considerée comme non avenue", empleados por la Ley belga de 31 de mayo de 1888, la generalidad de la doctrina los interpreta en el sentido de que "la condena no podrá ya ser ejecutada". La condena existe en todo caso, no obstante el transcurso favorable para el condenado del período de prueba. No es, según la opinión dominante, la existencia de la condena, sino solamente la ejecución de la pena lo que se encuentra subordinado a una condición (40). Esto parece corroborarlo el que la "condamnation conditionnelle" debe figurar en los boletines de informes o extractos del "casier judiciaire" librados a instancia de las Autoridades judiciales. Pero no podrá hacerse mención de ella en los boletines de informes o certificados librados a instancia de los particulares (41).

---

ción resolutoria, se debería admitir igualmente que la sentencia se extingue, pura y simplemente, cuando esta condición se realiza (cf. LOGOZ, ob. cit., pág. 178; idem. HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrecht, Allg. Teil*, 1946, páginas 330 y ss., 2.ª ed., Berna).

(36) Cf. MAURACH, *Tratado*, cit., pág. 511; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil* Duncker Humblot, Berlín, 1969, pág. 550.

(37) Cf. BAUMANN, *Strafrecht*, cit., págs. 700, 705 y 708.

(38) Cf. TRENSZ, ob. y rev. cit., pág. 814.

(39) Cf. parágr. 25, I, StGB.

(40) Cf. VAN DROOGHENBROECK, ob. y rev. cit., págs. 766-67.

(41) Circular ministerial de 27 de noviembre de 1889. La doctrina suele basarse, además, en las palabras del propio Jules Lejeune, Doc. parl., 1888, pág. 164, quien decía: "¿Qué es lo que yo he querido al insertar en el artículo las palabras 'la condena condicional será considerada como no pronunciada'? Impedir que la total existencia del hombre que se ha mostrado digno de indulgencia por la ley sea manchada por la condena impuesta. La condena es considerada como no pronunciada en el sentido de que no podrá motivar en lo sucesivo la negativa de un certificado de buena conducta."

La ley de 1964 ofrece la ventaja de conceder al juez la facultad de otorgar el "sursis" a condenados que hayan tenido antecedentes judiciales. Tanto el "sursis simple" como el "sursis probatoire" pueden ser concedidos a un delincuente que no haya sufrido condena anteriormente superior a seis meses. Esta última extensión se justifica por una especie de preocupación, por parte

El derecho francés parece ir más lejos. El "sursis simple", establecido en los artículos 734 y ss. del "Code de procédure pénale", y que tuvo su origen en la Ley de 26 de marzo de 1891 (42), supone el pronunciamiento de una condena que implica a la vez una declaración de culpabilidad y la estipulación de una pena. Pero esta condena es condicional (43). El artículo 735 del "Code de proc. pén." prescribe, en efecto, que "si durante el período de cinco años a partir de la sentencia o detención el condenado no ha sido objeto de procedimiento alguno, seguido de condena a prisión o a una pena más grave por crimen o delito de derecho común, la condena será considerada como no producida". Por tanto, cuando el condenado ha conseguido superar el período de prueba establecido legalmente se encontrará rehabilitado de pleno derecho (44). La condena es anulada (*effacée*) por la expiración sin incidentes del período de prueba (45). Y bien entendido que el

---

del legislador, de llegar a una armonía legislativa en relación a las condiciones en que se otorga la "suspension du prononcé de la condamnation", medida ésta más favorable y menos severa que el "sursis" (cf. CORNIL, *Sursis et probation*, rev. cit., pág. 56). Téngase en cuenta que para la "suspension", la decisión sobre la misma es inscrita en el registro judicial, pero no es comunicada más que a las autoridades judiciales y solamente en caso de nuevo procedimiento durante el período de prueba. Después de la expiración de éste, o sea, cómo máximo después de cinco años, la inscripción desaparece del Registro, según se deduce del art. 7.º de la Ley de 1964. Esto tiene por consecuencia que, en caso de ulterior reincidencia, la infracción que ha dado lugar a una decisión de "suspension" podrá ser ignorada por las autoridades judiciales. Lo que a CORNIL, ob. y rev. cit., pág. 60, parece un exceso de discreción en relación a un inculpado que se encuentra en situación de reincidencia. Véase, además, VAN DROOGHENBROECK, ob. y rev. cit., pág. 749. Por lo demás el problema de la condicionalidad de la condena en relación al derecho belga ha sido también aludido en nota 10.

(42) Debida al senador Bérenger, que fue el promotor de esta innovación que va ligada a su nombre.

(43) Cr. MERLE et VITU, *Traité*, cit., pág. 614, quienes precisan que la condena "está sometida, si no a una verdadera condición resolutoria, sí al menos a una causa condicional de caducidad".

(44) Cf. BOUZAT, *Traité*, cit., pág. 641; idem. MERLE et VITU, ob. y pág. cit. Es de señalar, sin embargo, que la rehabilitación de derecho no se produce cuando habiendo sido el delincuente condenado a la vez a prisión y a multa, el *sursis* no ha sido otorgado más que para una de estas penas. Subsiste la condena para, o en relación, con la pena que no hubiese sido objeto del *sursis* (Cf. BOUZAT, ob. y pág. cit.).

(45) Cf. STEFANI et LEVASSEUR, *Droit pénal général et Procédure pénale*, I, D. P. G., 2.ª ed., París, 1966, pág. 406. Es, por tanto, la condena misma —dicen los citados autores— la que va a desaparecer por consecuencia de la buena conducta del condenado. Pero debe tenerse en cuenta, en relación a los efectos del "sursis" durante el período de prueba, que la condena con "sursis" es una *condena pénale*: se inscribe en el Registro judicial; figura en el Boletín número 1 (edición remitida a las autoridades judiciales) (art. 768, párf. 1.º y 774 *Cod. proc. pén.*), pero no en el Boletín núm. 3, que es la edición expurgada que puede obtener el interesado cuando se pide un certificado en extracto del Registro (art. 777), salvo que el condenado cometa un nuevo delito durante el período de prueba; la condena figura, sin embargo, igualmente, en el Boletín número 2 (art. 775), que pueden obtener ciertas autoridades administrativas, en tanto que el período de prueba no haya terminado. Y cuenta a los efectos

condenado es definitivamente dispensado de la ejecución de la pena que había sido objeto del "sursis". La condena ya no cuenta para lo sucesivo, a efectos de la reincidencia (46). "El beneficiario del *sursis* —dice Bouzat— es considerado de nuevo como un delincuente primario y podrá beneficiarse nuevamente del *sursis* si comete otra infracción en el futuro". Solución que el citado autor considera demasiado benefactora, prefiriendo, por ello, la del artículo 146 del Código italiano, según la cual el *sursis* no puede ser otorgado más que una sola vez al mismo delincuente (47).

Finalmente, en cuanto a las penas accesorias y complementarias, éstas desaparecen con la condena, pero solamente en la medida en que no hayan sido todavía ejecutadas (48). Es decir, que la desaparición de la condena y de todas sus consecuencias no se produce más que para el futuro, sin que tengan efecto retroactivo (49).

### III

En nuestro derecho nadie discute, como es lógico, el que la "remisión condicional" suponga la previa existencia de una verdadera condena. La más autorizada doctrina se pronuncia en sentido afirmativo. "La condena existe y el beneficiario es ya técnicamente un penado", afirma Quintano (50); y Antón Oneca: "hay un fallo de cul-

---

de la reincidencia y la relegación; obliga al pago de las costas del proceso y no impide el pago de los daños y perjuicios que han podido irrogarse a la parte civil. Pero al "desaparecer" la condena a consecuencia del buen comportamiento del condenado durante el período que la ley señala, aquélla ya no debe figurar en el Boletín núm. 2 del Registro judicial y no puede producir ningún efecto sobre el plano penal (aun cuando continúa figurando en el Boletín núm. 1) (cf. STEFANI et LEVASSEUR, ob. cit., pág. 406). Los tribunales pueden posteriormente tener en cuenta, a título de informe sobre la moralidad, las condenas consideradas "non avenues" (Cas. Crim. 8, enero 1942, D. D. 1942, 69), cosa que sin embargo no parece pudieran hacer si se tratase de condenas amnistiadas (véase MERLE et VITU, ob. cit., pág. 1299).

(46) Sin que pueda impedir el que el anterior condenado con "sursis", una vez rehabilitado, pueda obtener nuevamente un nuevo "sursis" (cf. MERLE et VITU, ob. cit., pág. 614). Pero no deja de ser singular que una precedente condena anterior con "sursis simple" no se oponga al otorgamiento del "sursis" con "mise à l'épreuve" y, sin embargo, el "sursis" con "mise à l'épreuve" no puede ser otorgado de nuevo a aquellos que se han beneficiado de dicha medida (art. 738, pág. 2).

(47) Cf. BOUZAT, *Traité*, cit., pág. 641 (véanse arts. 164, 165 y 175 del Código penal italiano).

(48) Téngase en cuenta que el "sursis" no se extiende a las penas accesorias y complementarias, así como tampoco a las incapacidades resultantes de la condena (véase art. 736, pág. 2 del *Cód. proc. pén.*).

(49) Y todas las consecuencias resultantes de la aplicación de las penas accesorias o complementarias durante el transcurso del período de prueba no son afectadas retroactivamente por la desaparición de la condena (véase MERLE et VITU, ob. y pág. cit., idem. STEFANI et LEVASSEUR, ob. cit., pág. 406).

(50) QUINTANO, *Curso*, cit., pág. 526.

“pabilidad y se impone una condena” (51). Mas ¿es posible afirmar, en relación a nuestro sistema positivo, que la condena sea definitiva e irrevocable, aun cuando el condenado cumpla las condiciones para que no se ejecute la pena impuesta? (52). ¿Es la condena en sí la que se somete a una condición resolutoria, en el sentido de que pueda ser cancelada y desaparezcan los efectos de la sentencia condenatoria, en el caso de que se cumpla la condición de no delinquir durante el período de prueba? (53). A primera vista la cuestión podría suscitar dudas, toda vez que según lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de 1908: “No mediando causa en contrario al terminar el período de suspensión, el tribunal notificará al reo la remisión de la condena”... No creemos que la fórmula legislativa empleada por la citada Ley autorice a considerar que, en este caso, la condena pueda considerarse como si no hubiera sido pronunciada, lo que, por otra parte, queda demostrado en el último párrafo del mismo artículo, donde se otorga a la citada remisión tan sólo el efecto de que sea hecha la oportuna anotación en el Registro (54).

(51) ANTON ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 525; también FERRER, *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1947, II, afirma que “la condena condicional se aplica previa declaración de responsabilidad del sujeto delincuente demostrada en un proceso y determinante de la imposición de una pena” (págs. 341-42).

(52) Estas dos condiciones se traducen, en la Ley de 17 de marzo de 1908, a la que hay que acudir al no haberse ocupado el Código penal de la cuestión, en el transcurso del período de prueba sin delinquir por parte del condenado o si, aun habiendo cambiado de residencia, se hubiese presentado al juez dentro del plazo señalado por la ley.

La Ley precisa que cesa la suspensión y se ejecuta la pena impuesta cuando, antes de transcurrir el plazo de suspensión, el condenado fuera sentenciado por otro delito o si, cumplido el plazo de suspensión sin ser condenado, lo fuese después por hecho punible cometido dentro del plazo, salvo el caso de prescripción (art. 14), así como también si cambiare de residencia sin presentarse a la autoridad judicial dentro del plazo de tres días (art. 10). El equívoco que suscita la ley se traduce en que el condenado puede ser sentenciado por un delito cometido con anterioridad al pronunciamiento de la condena condicional, y lo lógico sería considerar el fracaso del condenado si éste hubiese delinquir dentro del período de prueba de la suspensión, pero no antes (cf. ANTON ONECA, ob. cit., pág. 531).

(53) Ya que si hablamos de condena “condicional” o “condicionada”, hemos de pensar que: o se condiciona el pronunciamiento de la misma para el caso de incumplimiento de la condición —sin perjuicio de la subsiguiente imposición y ejecución de la pena (fase de la “sentence”) como ocurre, generalmente, en el “probation system”—, cosa que hay que descartar en nuestro derecho, o condicionamos la condena y todas sus consecuencias —no ya tan sólo la ejecución de la pena que sería, en todo caso, solamente uno de tantos efectos de la condena—, condición que se resolvería una vez transcurrido el período de prueba en forma satisfactoria para el condenado. Y si esto es así, tanto la sentencia condenatoria como todos sus efectos y consecuencias en orden a las penas accesorias e inscripción en el Registro desaparecerían, al cumplirse la condición, para el condenado, el cual quedaría rehabilitado plenamente de derecho, como ocurre, v. g., en el derecho francés en que la condena es considerada, en tal caso, como “non avenue” (véase art. 735 y pág. 16).

(54) Dice el citado párrafo: “De ello se hará la oportuna anotación en el Registro Central de Penados, en el del Tribunal y en el de los juzgados respectivos”. Análogamente el art. 2.º del R. D. de 23 de marzo de 1908 establece que al quedar extinguida la responsabilidad por haber terminado el período de

Una interpretación del término “condena condicional”, empleado varias veces por nuestro texto punitivo fundamental, parece, al menos en principio, consentir que dicho término pudiera suponer un juicio emitido, una sentencia, aunque condenatoria, establecida bajo condición resolutoria; mas entonces debería lógicamente admitirse, en consecuencia, la extinción de la sentencia y consiguiente desaparición o no producción de todos sus efectos o consecuencias, cuando la condición hubiese sido realizada (55). Pero prescindiendo, por ahora, de las modificaciones que de *lege ferenda*—especialmente en orden a la cancelación o no mención de la inscripción de la sentencia condenatoria y desaparición de sus efectos—sería de desear fuesen realizadas en una futura reforma legal, para el caso de cumplimiento de la condición o condiciones impuestas al condenado (56), creemos que la antedicha interpretación no se puede mantener, dado que los efectos de la condena—salvo la ejecución de la pena, que es lo que queda definitivamente remitido—subsisten después de transcurrido favorablemente el término de prueba. Todo lo cual se corrobora en parte por lo dispuesto en el artículo 97 del Código penal (57) y se deduce de lo preceptuado en el artículo 118 del citado texto legal, ya que el condenado cuya pena ha sido remitida sólo puede obtener la cancelación de antecedentes a partir de la expiración del plazo de suspensión y siempre que hayan transcurrido los períodos de tiempo señalados en el citado artículo, de acuerdo con la pena que le hubiese sido impuesta en la sentencia condenatoria (58). El término “condena condicional” alude más bien a la pena, cuya ejecución se suspende, que a la condena propiamente dicha, como fallo que constata la culpabilidad e impone una pena con las consecuencias accesorias, entre ellas la inscripción en el Re-

---

suspensión de la condena —dice impropiaemente— el tribunal enviará al Ministerio de Justicia la correspondiente nota a fin de que conste en el Registro Central de penados.

(55) Véase en relación al derecho suizo HAFTER, *Lehrbuch*, cit., págs. cit.; idem. Logoz, ob. cit., pág. 178.

(56) Véase, v. g., art. 363 del Código penal suizo, en relación al núm. 4 del art. 41 del citado cuerpo legal, que ordena la cancelación en el “casier judiciaire”, siempre que el condenado haya llegado con éxito hasta el fin del período probatorio, esto es, sin cometer determinadas infracciones o cumpliendo con las obligaciones impuestas en su caso por el juez. Véase también, en orden a la cancelación de la condena y no producción de efectos, una vez cumplida la condición o condiciones, los arts. 735, 736 y 775, entre otros, del “Code de procédure penale” francés.

(57) El art. 97 del Código penal establece claramente que la condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias—esto es, siendo efecto de la sentencia de condena—, ni alcanzará a las responsabilidades civiles.

(58) El párrafo 3.º del art. 118 establece claramente que el condenado a quien se hubiese suspendido la ejecución de la pena, sólo puede obtener la cancelación de antecedentes, transcurridos los plazos que la ley señala, una vez expirado el plazo de suspensión condicional de la pena impuesta, plazos que habrá que computar en relación con dicha pena. Cf., además, CUELLO, *La moderna penología*, I, Barcelona, 1958, pág. 643.

gistro, y los consiguientes efectos para el futuro del condenado. Es, pues, la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia lo que se suspende o condiciona o, mejor dicho, su ejecución, máxime cuando el artículo 92 expresa claramente que la "condena condicional" consiste en un "dejar en suspenso la ejecución de la pena". "No hay que olvidar —dice Quintano— que lo que se remite o suspende no es la sentencia, sino la ejecución de la pena, y que la primera sigue viva y eficiente, con todas las consecuencias que no se refieren a la materialidad de la privación de libertad. Incluso la pena existe, y sigue existiendo en efectos múltiples, como lo prueba su inscripción en el Registro" (59).

Por otro lado, una interpretación distinta de la que se propugna, contradice claramente la idea manifestada expresamente por el legislador de limitar los efectos penales del cumplimiento de la condición a las penas privativas de libertad (60).

A nuestro modo de ver no se trata, por tanto, propiamente, de una sentencia de condena pronunciada bajo condición resolutoria (61) y que quede reducida a la "nada" si el condenado se conduce bien durante el período de prueba, sino, pura y simplemente, de la suspensión condicionada de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por el juez en la sentencia. El juez subordina la ejecución a una condición suspensiva. El condenado, dentro del período legal, cuyos límites señala la ley y precisa en cada caso el juez, debe cumplir con lo preceptuado en los artículos 14 y 10, en su caso, de la Ley de 1908. Si así no lo hiciese la pena será ejecutada (62). Pero la condena no se condiciona. En todo caso se trataría de una condena de

(59) QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 418. En sentido análogo CUELLO, ob. y pág. cit., quien estima que incluso "la pena suspendida, aun después de terminada la duración de la suspensión, sigue constando en los Registros penales", cancelándose solamente —como hemos expuesto nosotros en nota anterior— "cuando a partir de la expiración del plazo de suspensión hubieren transcurrido los períodos de tiempo que la ley señala, conforme a lo dispuesto en el artículo 118 del Código penal".

(60) A juicio de QUINTANO, ob. y pág. cit., ni siquiera era preciso establecer las exclusiones a que el legislador se refiere en el art. 97, pues el número 3 del art. 93 —dice con razón— exige que la pena ha de consistir en privación de libertad.

(61) Como podría afirmarse en aquellas legislaciones en las cuales, transcurrido el período de suspensión y cumplida la condición, suprimen la condena o restringen casi totalmente sus efectos, aun dentro del sistema "sursis à l'exécution", v. g. art. 735 del Cod. proc. pén. francés; 64 del Código polaco; 89 del Código portugués; 39, 4 del Proyecto suizo de 1918, e incluso, aunque la cuestión sea, como hemos visto, problemática —y hayamos optado por la negativa con anterioridad—, al menos podría plantearse en relación al núm. 4 del art. 41 del Código suizo. En sentido afirmativo SCHULTZ, ob. y rev. cit., página 812.

(62) "Se procederá a ejecutar el fallo en suspenso" dice el art. 14 de la citada Ley de 1908. Al "cumplimiento de la condena" alude el art. 10.

ejecución condicional (63); se cumpla o no la condición que se impone al condenado, la sentencia condenatoria subsiste siempre (64).

Por tanto, si la condena produce efectos aun después de transcurrido satisfactoriamente el plazo de suspensión, así como consecuencias de tipo administrativo y civil dimanantes del delito, no existirá base sustancial para afirmar que, una vez cumplidas las condiciones legales, no habría existido en ningún momento sentencia ejecutoria.

En consecuencia, siguiendo las directrices de la legislación actualmente en vigor, la institución de la suspensión condicional de la pena se manifiesta, desde el punto de vista estructural, en la forma siguiente: el juez, después de haber individualizado una determinada sanción y comprobada la falta de causas que obstaculicen el "beneficio" (65),

---

(63) También el Código argentino, en el libro I, tít. III, habla de "condenación condicional". La doctrina dominante estima, sin embargo, que no se trata de una sentencia condenatoria condicionalmente dictada, sino de una "condena de ejecución condicional", término empleado generalmente en dicha doctrina (cf. R. NÚÑEZ, ob. cit., pág. 522; SOLER, ob. cit., II, pág. 423, y MOLINARIO, *La condena de ejecución condicional*, cap. II, núms. 1 a 5 "Revista penal argentina", t. V, 1924). A pesar de ello la expresión empleada por el art. 27 del Código penal argentino: "la condenación se tendrá por no pronunciada si dentro del término para la prescripción de la pena el condenado no comete un nuevo delito" podría hacer suponer la existencia de una verdadera "condena condicional", toda vez que la amenaza de ejecutar la pena queda pendiente durante el tiempo requerido para la prescripción de ésta, según se deduce de lo dispuesto en el párrafo 2.º del citado artículo. Estima, no obstante, SOLER, ob. cit., pág. 427, que la ley usa una expresión de latitud excesiva en este punto, pues de examen de los arts. 26 y 53 se deduce que la condena produce efectos, aun después de vencido el término, especialmente en orden a la reincidencia (véase pág. 434). Y lo mismo cabe decir respecto de las consecuencias administrativas que la condena determina, como la pérdida de un cargo, medida cuya revocación no podría pretenderse a base de la inexistencia de la condena cumplida. Tampoco afecta la suspensión de la pena a las personalidades civiles y a la condena en costas (art. 28 del C. p.). En el mismo sentido R. NÚÑEZ, ob. cit., págs. 523-24, haciendo hincapié en que "si lo que quedara sometido a condición y luego desapareciera fuera la condena, no tendría sustento, por no haber existido en ningún momento sentencia ejecutable, la aplicación de la pena de inhabilitación impuesta en forma conjunta". En sentido contrario se pronuncian GONZÁLEZ ROURA, *Derecho penal*, B. Aires, 1925, 2.ª ed., pág. 270; MALAGARRIAGA, *Código penal argentino*, I, Buenos Aires, 1927, págs. 175-76, y VERA BARROS, *Condenación condicional. Significado doctrinario y jurisprudencia actual*, & 3, núm. I (Cuadernos de los Institutos. Instituto de Derecho penal. Boletín VI, 1960, F. de Derecho y C. sociales de Córdoba).

(64) Cómo se deduce de lo dispuesto en los arts. 92, 97 y 118 del Código penal, 15 de la Ley de 1908, y 2 y 8 del R. D. de 23 de marzo del mismo año. Véase, además, GONZÁLEZ DEL ALBA, *La condena condicional*, Madrid, 1908, páginas 57 y ss.

(65) En general, para las legislaciones que traen su origen del sistema "sursis" el otorgamiento de la suspensión depende de la libre apreciación del tribunal. En esto no parece haber diferencias entre unas y otras legislaciones, ya se trate de "sursis à l'exécution" simplemente o de "condamnation conditionnelle" propiamente dicha. No se trata, por tanto, de un derecho al "sursis", ya que el juez no está obligado a motivar la denegación en su caso. De aquí la expresión de "sursis faveur" que a GRAVEN, *Le sens du sursis...*, cit., pág. 273, le parece desgraciada y generadora de confusión. La afirmación del citado autor, de que en Derecho español también se trata siempre de un favor, como en los sistemas

esto es, evidenciada la falta de antecedentes y habida cuenta de la naturaleza del hecho y demás circunstancias que puedan acreditar la improbabilidad, por parte del condenado, de cometer nuevos delitos (66), ordena la relativa suspensión de la pena privativa de libertad, durante un período de tiempo, que la ley precisa será de dos a cinco años (67).

italiano, portugués y luxemburgués, en el sentido de que se otorga libremente por el juez, es en parte acertada y en parte equivocada. Acertada en cuanto el artículo 92 confiere al tribunal la facultad de otorgar la suspensión, motivadamente. Desacertada, pues, no obstante, la afirmación de tan ilustre maestro, el artículo citado atribuye también al tribunal la aplicación por ministerio de ley de la referida suspensión y el art. 94 establece que el tribunal "aplicará" por ministerio de la ley la condena condicional en los casos que especifica, confiriendo en estos casos un verdadero "derecho a la suspensión". No obstante, lo cual, la más autorizada doctrina patria opina que deberían suprimirse radicalmente los casos de aplicación por ministerio de la ley (Cf. ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 530; en análogo sentido, QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 415; *Curso...*, cit., página 528, quien pone de relieve la evidente incongruencia de las esencias individualizadoras de la institución de matiz tan marcadamente subjetivo, con esta modalidad de la remisión condicional por ministerio de la ley).

(66) El Código penal alude (art. 94, párrafo último), a nuestro juicio, de modo incompleto e inconcreto, a la toma en cuenta de la edad y antecedentes del reo unidas a la naturaleza objetiva del hecho y circunstancias, y si bien entre éstas las hay subjetivas, es lo cierto que el legislador está aún lejos de estimar de una manera más precisa y adecuada la personalidad del sujeto como objetivo para la individualización subjetiva de la sanción, que habría de suponer una eficaz concesión de la suspensión, y evitar el caer en la rutina y el tópico de que "el primer paso no cuesta nada". Es, en consecuencia, el juzgador el que, no obstante, la incompleta e imprecisa fórmula legislativa, deberá valorar adecuadamente la personalidad del delincuente, su vida, su conducta anterior, su situación social y la de su familia, el medio en que se desenvuelve, su trabajo, sus hábitos, su salud física y mental y demás circunstancias que actualmente prevén las llamadas "encuestas sociales". Y si bien esto ya no es cometido de nuestro trabajo, pues plantearía problemas de *lege ferenda* que nos llevarían muy lejos, sí cabe, al menos, poner de manifiesto, como, v. g., en contraste con nuestro Código, en el Código italiano destaca la precisión y bases de presunción en orden a la suspensión condicional de la pena, la cual es solamente admitida si, teniendo en cuenta las circunstancias expresadas en el artículo 133, sean éstas objetivas (naturaleza, objeto, tiempo y lugar del delito, modalidad de la acción, gravedad del daño o peligro) o subjetivas (intensidad del dolo y grado de la culpa y capacidad de delinquir del culpable, deducida de su carácter, antecedentes, conducta contemporánea o subsiguiente al delito y condiciones de vida), el juez presume que el culpable "se abstendrá de cometer ulteriores delitos (art. 164). Hoy día, particularmente después de la introducción de los sistemas de prueba (*probation*) en la mayor parte de las legislaciones continentales, generalmente como complemento del "sursis", las encuestas sociales pueden ofrecer base sustancial para una certera presunción de peligrosidad o no peligrosidad en orden a la futura readaptación del sometido a prueba (véase GRAVEN, *Introducción jurídica al problema del examen médico-psicológico y social de los delincuentes*, trad. esp. de R. Núñez Barbero, "ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES", 1966, pág. 376.

(67) A nuestro juicio más adecuado que el establecido por el "Code de procédure pénale" francés, para el otorgamiento del "sursis simple", que es fijado de manera uniforme en cinco años (art. 735). En el caso, de "sursis" con "mise à l'épreuve", el período de prueba no puede ser inferior a tres años ni superior a cinco; su duración exacta es fijada en cada caso por el Tribunal, en el momento en que pronuncia la condena (art. 738, párrafo 1.º). El Código italiano (art. 163) establece que la suspensión será de cinco años

Transcurrido felizmente el período de prueba y observadas, a estos efectos, las condiciones establecidas, para lo que hay que acudir, como ya hemos visto, a lo dispuesto en la Ley de 1908 (68), deja de ser exigible la pena o, si se quiere, se remite ésta (69). Quizá debiera decirse, con más propiedad, que el condenado es dispensado definitivamente de la ejecución de la pena carcelaria. Por el contrario, una vez constatado que han dejado de ser observadas las condiciones previstas, la orden de suspensión es revocada, con la exigencia paralela de la pena impuesta por el juez.

2.—Concluyendo, a nuestro modo de ver, para que la condena sea “condicionada”, esto es, para que se resuelva cumplida la condición de no delinquir, o las que el juez imponga en su caso (70), es preciso que el condenado no se vea solamente dispensado, a título definitivo, de su pena, sino que la sentencia misma de condena sea can-

si la condena es por delito y de dos años si se trata de contravención. El Código alemán (párrafo 24 & 4), el suizo (art. 41) y el danés (art. 56) se manifiestan en el mismo sentido que el español, es decir, establecen un período de dos a cinco años. Más amplitud concede al juez, para determinar el período de prueba, la nueva Ley belga de 29 de junio de 1964, pues su art. 8.º precisa que el período del “sursis” no puede ser inferior a un año ni exceder de cinco. Lo cual nos parece acertado tratándose de una institución esencialmente individualizadora como es la que nos ocupa.

(68) Véase nota 52.

(69) Véase ANTÓN ONECA, ob. cit., págs. 525 y 531; FERRER SAMA, *Comentarios*, cit., pág. 342.

(70) En el Derecho francés, la “mise à l'épreuve” implica la imposición de medidas de orden general, derivadas automáticamente del hecho de que la “puesta a prueba” ha sido otorgada, y de otro lado, medidas particulares especialmente adaptadas a la personalidad del delincuente, que son ordenadas por el juez en cada caso, medidas todas ellas que deben ser elegidas de entre las previstas por los arts. 51 y ss. del “Code de procédure pénale”. En el Código suizo, el art. 41, núm. 2, establece que “el juez podrá someter al condenado a un patronato. Podrá imponerle también, durante el período de prueba, determinadas reglas de conducta, tales como la obligación de aprender un oficio, residir en un lugar determinado, abstenerse de bebidas alcohólicas o reparar el daño, en un determinado período de tiempo”. También el Código alemán concede al Tribunal la facultad de imponer al condenado determinadas obligaciones, durante el período de prueba, de entre las que enumera el párrafo 1.º del párrafo 24. El legislador belga deja enteramente a la discrección del juez la imposición de las condiciones (véase párrafo 2.º del art. 11 de la Ley de 29 de junio de 1964, Cf. además VAN DROOGHENBROECK, ob. y rev. cits., páginas 777 a 780 y 782; ídem CORNIL, ob. y rev. cits., pág. 65). Y en igual sentido se manifiesta el Código penal danés (art. 56, 1.º). Ahora bien, la anulación de la condena y la desaparición de sus consecuencias, resultado del cumplimiento o superación de las condiciones a que aludimos (y que comportan una auténtica “puesta a prueba” del condenado, que se ha ido introduciendo paulatinamente en las legislaciones continentales), tan sólo puede decirse que se produce en algunas legislaciones, las cuales encarnan propiamente una auténtica “condamnation conditionnelle”. Entre las citadas, las legislaciones francesa (art. 735 del *Cod. proc. pén.*) y la danesa, cuyo art. 56, 1.º, establece que la condena “... será considerada como suprimida a la expiración de un período de prueba fijado por el Tribunal, si el condenado cumple las condiciones previstas por la ley, así como las otras prescripciones establecidas eventualmente por el juez”; y el art. 61 precisa que “en consecuencia cesará de llevar consigo los efectos que comporta la reincidencia”.

celada y anulados sus efectos, por este hecho. Es decir, deberá ser considerada como si no hubiera existido nunca, produciéndose, como consecuencia, una auténtica y verdadera rehabilitación del condenado, el cual podrá, en ese caso, prevalerse de un Registro de antecedentes incólume, pues la nota infamante que gravase su conducta habría desaparecido del mismo. Se encontraría, por ello, en situación análoga a la del que careciese de antecedentes penales (71).

Por consiguiente, nuestro sistema y el de otros países, particularmente el francés de la "condamnation conditionnelle", son muy diferentes entre sí, porque en nuestro caso habría, pura y simplemente, remisión de la pena impuesta, bajo condición suspensiva, por una sentencia que subsiste en sí, mientras que en el caso anterior se produce la anulación de la sentencia de condena pronunciada bajo condición resolutoria y no la simple remisión de la pena (72). Ni siquiera puede decirse que en nuestro derecho se otorguen los efectos que a la cancelación a que se refiere el apartado 4 del artículo 41 del Código penal suizo concede el artículo 363 del citado Cuerpo legal (73).

En resumen, la denominación "condena condicional", empleada a menudo tanto por el legislador como por la doctrina, no es adecuada, a nuestro modo de ver, por lo que a nuestro derecho positivo se refiere, pues no traduce fielmente el contenido de aquello a que se pretende aludir. No se trata, ya lo hemos visto, de una condena "condicionada", esto es, de una sentencia de condena pronunciada bajo condición resolutoria, que desaparezca junto con sus efectos o consecuencias si el condenado se conduce adecuadamente hasta el final del período de suspensión (74); ni se produce, por consiguiente, rehabilitación más o menos restringida del sometido a condición, que sólo se puede obtener en las condiciones especificadas y de acuerdo con los plazos señalados en el artículo 118 del Código penal. Por otra parte,

(71) En relación con estas diferencias, véase GRAVEN, *Le sens du sursis*, cit., pág. 273; ídem. HAFTER, *Lehrbuch*, cit., págs. 328 y ss.

(72) Cf. GRAVEN, ob. y pág. cit.

(73) Véase *supra*, pág. 12, en relación al derecho suizo, y Nota 54, en relación al derecho español. De lo dispuesto en el párrafo último del art. 15, ya citado de la Ley de 1908 y art. 2.º de Decreto de 23 de marzo del mismo año, se deduce que la "remisión condicional" no tiene en nuestro derecho el carácter plenamente rehabilitador que en otras legislaciones (Cf., además, ANTON ONECA, ob. cit., pág. 531).

(74) Cómo podría afirmarse en relación al derecho francés (arts. 735 y 736 del *Cod. proc. pén.*), en el derecho danés (art. 56, 1.º), portugués (art. 9.º de la Ley de 1893 y 2.ª parte del art. 89 del Código penal) en que también el agotamiento del período de suspensión, sin que se verifiquen las condiciones de su revocación, supone el que la sentencia debe considerarse sin ningún efecto (sobre la cuestión, véase CORREIA, *Direito criminal*, II, Coimbra, 1965, pág. 414), y también el derecho polaco (art. 64 del Código penal), donde se establece que "si en el curso de los tres meses siguientes a la expiración del período de la suspensión, el tribunal no ordena la ejecución de la pena, la condena es considerada como no dictada, recobrando el condenado sus derechos electorales, el derecho de participar en el ejercicio de la justicia, sus derechos en orden a la patria potestad y tutela, el derecho de ejercer su profesión, así como la capacidad de adquirir los demás derechos perdidos".

la rehabilitación así obtenida se limita en nuestro derecho a la cancelación de antecedentes penales, que ni siquiera es definitiva para todos sus efectos (75). Es tan sólo la remisión definitiva de la ejecución de la pena privativa de libertad la que en verdad depende de la condición a la que queda subordinado el condenado, durante el período citado. Y si esto es así, sería lógicamente más adecuado, y no se prestaría al equívoco (con las correspondientes consecuencias negativas, especialmente en orden al esclarecimiento de la naturaleza de la institución), utilizar el término "suspensión condicional de la pena", o de su ejecución, en forma análoga a la empleada por el legislador italiano (76), el cual "con una mayor precisión de lenguaje técnico" (77) emplea una denominación que se corresponde plenamente con su contenido. El término "remisión condicional", utilizado en la rúbrica de la Sec. 3.<sup>a</sup>, cap. V, tít. III del lib. I, es excesivamente ambiguo y, quizá por pretender decirlo todo, no dice nada, pues, en última instancia, habría que agregarle la palabra "pena", o "condena", según el significado o contenido de la institución a que se refiere. Ciertamente que partiendo del punto de vista de la terminación del pe-

---

(75) Pues si el rehabilitado cometiere un nuevo delito quedará sin efecto la cancelación concedida y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada, respecto a los ya rehabilitados que cometieran un nuevo delito (párrafo último, del art. 118) (véase, además, ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 581; ídem, QUINTANO, *Curso*, cit., pág. 597; CAMARGO HERNÁNDEZ, *La rehabilitación*, Barcelona, 1960, páginas 108 a 111).

(76) Véanse arts. 163 a 170 del Código penal italiano. El empleo de dicho término por la doctrina, puede decirse, es unánime.

(77) La *Relazione* ministerial sobre el Proyecto del Código penal italiano precisaba que "la institución llamada impropriamente condena condicional ha sido denominada con mayor precisión de lenguaje técnico *suspensión condicional de la pena*" (*Relazione Guardasigilli: Lavori preparatori*, vol. V, p. I, pág. 215. Véase MANGINI-GABRIELI, *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma, 1930, pág. 157). La suspensión condicional de la pena era llamada impropriamente condena condicional hasta la publicación del Código vigente (véase CAVALLO, ob. cit., pág. 953). El término aparecía en la Ley de 26 de junio de 1904, que por primera vez introduce la institución en Italia. El "Codice di procedura penale" de 1913, en el art. 423, usaba la expresión "sospensione dell'esecuzione della condanna". Opina, sin embargo CAVALLO, ob. y pág. cit., que "no es la condena la que es condicional, porque, en efecto, no es la ejecución de la misma la que queda suspendida, sino la ejecución de la pena, ya que la condena se ha pronunciado y como tal produce algunos efectos". Y no deja de haber razón en estas afirmaciones. Por ello quizá no sea adecuado utilizar el término "condena de ejecución condicional", al que hemos hecho alusión anteriormente, no obstante ser dicho término empleado, principalmente en la doctrina argentina (véase nota 63), precisamente para significar que no existe en el derecho positivo argentino una "condenación condicional" propiamente dicha, esto es, una condena sometida, a condición resolutoria (véase NÚÑEZ, ob. cit., pág. 522). También en nuestro derecho cabe afirmar que en sentido amplio la condena se ejecuta, v. g., en relación a las penas accesorias y demás efectos, inscripción en el Registro, efectos civiles, etc. Es solamente la ejecución de la pena privativa de libertad lo que en todo caso se condiciona en nuestro derecho positivo. Por consiguiente, sólo en este sentido podría hablarse de "condena de ejecución condicional". De todos modos, y en el afán de evitar también en este caso el equívoco, considero preferible utilizar los términos aludidos en el texto.

riodo de suspensión, esto es, del cumplimiento favorable de la condición, en definitiva, de su resolución, cabe aceptar dicho término añadiendo la palabra “de la pena”, o mejor “de la ejecución de la pena”, que es lo que propiamente se remite, en su caso, en nuestro derecho (dando por supuesto que nos referimos a la pena privativa de libertad) (78).

Por consecuencia, situándonos principalmente desde el punto de vista de la “*conditio pendet*”, cabe aceptar el término primeramente aludido—que es el más generalizado en derecho comparado—; situándonos en el punto de vista de la realización de la condición, puede aceptarse el segundo, con referencia a la definitiva “remisión” de la ejecución de la pena. La denominación debe traducir fielmente el contenido de la institución (79), pues el propio artículo 92 da, no muy congruentemente, a esa supuesta “condena condicional” el significado de dejar “en suspenso la ejecución de la pena”.

#### IV

1.—Si una interpretación lógica de nuestro sistema penal positivo, en orden a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, nos lleva, de *lege lata*, a una situación como la examinada anteriormente, no está de más, sin embargo, hacer unas breves consideraciones que en buena política criminal nos conducirían probablemente a dar una mayor eficacia a la institución que nos ocupa, y a una mejor adecuación entre las finalidades de la misma y su regulación y aplicación práctica, especialmente en orden a una futura rehabilitación del condenado sometido a prueba.

A la vista de los antecedentes expuestos en relación al derecho comparado, y teniendo en cuenta la propia finalidad de la institución que nos ocupa, en el momento actual, se impone en nuestro derecho la inclusión de una disposición que permita al juez, transcurrido el período de suspensión y cumplidas favorablemente por el condenado las condiciones impuestas, ordenar la cancelación de la condena, con todas las consecuencias, sin que pueda ser hecha mención de la sentencia condenatoria en los certificados expedidos, tanto a instancia del interesado como de terceros, aun tratándose de autoridades administrativas (80), y a todos los efectos perjudiciales o desfavorables

---

(78) Véase art. 93, núm. 3. Hubiera sido preferible que el legislador, con referencia al núm. 15 de la repetida Ley de 1908, emplease la palabra “pena” en lugar de “condena” al aludir a la remisión, después de transcurrido el período de suspensión sin que medie causa en contrario.

(79) Cf. R. NÚÑEZ, ob. cit., pág. 522; idem. CAVALLO, ob. y págs. cit. y sobre todo GRAVEN, *Le sens du sursis...*, rev. cit., págs. 272 y 274.

(80) En el derecho francés la inscripción de la condena desaparece del Boletín núm. 2 (véanse arts. 775-776 del *Cod. de proc. pén.*) por el transcurso sin delinquir o sin incumplir las obligaciones impuestas en su caso (*mise à l'épreuve*), sin que, en consecuencia, puedan ya ser libradas certificaciones a las auto-

para el que fue condenado. Consecuentemente, debiera producirse una verdadera rehabilitación del sujeto, en el caso de haber demostrado éste su buena conducta durante el período de sometimiento a prueba (81). Pero habría de modificarse el artículo 118, o establecerse una nueva disposición—como he dicho anteriormente—en virtud de la cual no hubiese necesidad de computar los plazos que, en relación a la pena impuesta, señala el citado artículo, a partir del momento de la expiración del plazo de suspensión condicional de la pena, sino que la cancelación debería tener lugar una vez expirado dicho plazo de manera favorable para el condenado. Ello preservaría mejor al delincuente, así rehabilitado, de la nota infamante que supone la inscripción de la sentencia condenatoria en el Registro y de los correspondientes efectos para el futuro de aquél (82). No se puede pretender corregir eficazmente al condenado si no se premia su buena conducta mediante el reconocimiento del derecho a que desaparezcan todas las consecuencias de la condena que sufrió y que perduran después del cumplimiento, dificultando e incluso impidiendo el normal desenvolvimiento en la futura vida social de aquel a quien impropiamente se pretende haber rehabilitado (83).

---

ridades administrativas que señala el art. 776 del *Code de proc. pén.* (Véase, además, STEFANI et LEVASSEUR, ob. cit., págs. 405 y 406).

(81) Como ocurre, v. g., en el derecho francés (cf. BOUZAT, *Traité*, cit., página 641), donde se concede una gran eficacia al cumplimiento de la condición o condiciones (tanto en el caso del simple "sursis" como en el de "sursis avec mise à l'épreuve")—como hemos visto anteriormente—, pues la condena y sus consecuencias desaparecen en este caso, produciéndose la rehabilitación del condenado, incluso a efectos de la reincidencia (véanse arts. 735 y 736 del *Code de proc. pén.*). En nuestro derecho ni siquiera la rehabilitación concedida, a instancia del interesado, por el transcurso de los plazos señalados en el art. 118 produce efectos en relación a la reincidencia y seguramente tampoco en relación a la reiteración "conforme a la fórmula actual más lata que la derogada, la cual sólo a la reincidencia se refería", como afirma QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 458.

(82) Una de las ventajas del "probation system", de origen anglosajón radica en que, sin perjuicio del tratamiento que con finalidad reeducadora y de readaptación social supone para el delincuente, desde el lado positivo, en su aspecto negativo implica una suspensión de la pena o del pronunciamiento de la condena (véase también art. 3.º de la Ley belga de 1964). Esta última fórmula preserva mejor al delincuente sometido a prueba de la nota infamante que supone el pronunciamiento de la condena. A esta preservación y a la eliminación de todos los efectos de la condena como premio a la buena conducta del condenado durante el período de suspensión, o de prueba en sentido propio (puesto que la *probation* se ha introducido también en forma paulatina, como complemento en los sistemas del "sursis"), tiende igualmente el sistema de la "condamnation conditionnelle" propiamente dicha (art. 735, *Cod. proc. pén.* francés). E incluso, aunque en forma más restringida, el sistema del Código penal suizo (véase art. 363 C. p.), donde la doctrina ha discutido el problema de la "condicionalidad" de la condena (véase, en sentido afirmativo SCHULTZ, ob. cit., pág. 812; en sentido negativo GRAVEN, *Le sens du sursis...*, cit., pág. 274, y LOGOZ, ob. cit., pág. 178, entre otros).

(83) Véase, en relación a la rehabilitación en general, CAMARGO HERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 124.

La realización de un nuevo delito no debería, por este solo hecho, dejar sin efecto la cancelación ni, en definitiva, impedir la rehabilitación del condenado. Mucho menos sin declaración especial alguna, como dice el último párrafo del artículo 118. Al menos, el juez, de acuerdo con la naturaleza del nuevo delito en relación al anterior (84); el tiempo transcurrido (85) y las motivaciones del sujeto, cuya personalidad debería procurar conocer previamente (86), sería el más idóneo para

---

(84) El art. 45 del Código penal soviético de 1960 considera tan sólo revocada la suspensión de la pena si el condenado comete un nuevo delito del mismo género o menos grave que el precedente (véase NAPOLITANO, *Il nuovo codice penale sovietico*, Milano, 1963, pág. 173). En el mismo sentido que el Código soviético, por lo que a la revocación del "sursis" se refiere, se pronuncia el Código penal suizo (núm. 3 del art. 41): "si el condenado comete intencionalmente un crimen o delito"; y el Código alemán (párrafo 25. 2, 2, del StGB): "cuando el reo sea condenado a una pena privativa de libertad por un crimen o delito doloso, cometido en territorio nacional, durante el período de prueba". Con lo cual se excluyen a *sensu contrario* los delitos no intencionales o culposos. En relación a nuestro derecho, QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 412, se lamenta con razón de que se nieguen los beneficios de la suspensión "al que, aun habiéndose readaptado a la vida social, tiene la debilidad, o la desgracia, de cometer una nueva infracción que nada tenga que ver con la que motivó la condena, como, por ejemplo, un atropello imprudente". Los antecedentes expuestos y los argumentos de QUINTANO, puede darnos base para poder afirmar, con más razón, que no debería producirse la anulación de la cancelación por la realización de un delito de distinta naturaleza, menos grave, o sin relación alguna con el que motivó la suspensión, ya que si en los casos anteriores se trata de delitos realizados durante el período de prueba, o de impedimentos para una nueva suspensión, a mayor abundamiento es de aplicar en el caso de que la infracción sea cometida con posterioridad a la remisión de la pena y consiguiente rehabilitación por la que propugnamos.

(85) Ambos criterios, el de la naturaleza del delito y el del plazo transcurrido sin delinquir, son tomados en cuenta por el legislador suizo a la hora de otorgar el "sursis à l'exécution de la peine" (véase art. 41, núm. 1, pío. 3.º del Código penal: "si, además, en los cinco años que han precedido a la infracción, el condenado no ha sufrido, en Suiza o en el extranjero, pena alguna privativa de libertad por crimen o delito intencional").

(86) La fórmula imprecisa y un tanto abstracta del art. 94 del Código penal (a la cual hemos aludido con anterioridad, véase nota 66) no nos parece se adecúe plenamente a las necesidades de un verdadero tratamiento probatorio, en el caso de que éste fuera necesario y, por consiguiente, hubieran de adaptarse a la personalidad del sujeto determinadas condiciones a realizar durante el período probatorio, si se desea que dicho tratamiento pueda ser realmente eficaz.

La introducción de los métodos propios de la *probation*, en la mayor parte de las legislaciones europeas, de modo combinado o junto al tradicional sistema de la suspensión de la ejecución de la pena, ha precisado, completado y verdaderamente individualizado la institución, con mayor base científica, mediante el estudio previo y profundo de la personalidad del delincuente y sus posibilidades de readaptación, que proporcionan las encuestas sociales y el examen médico-psicológico, pues es indispensable que el juez disponga de suficientes elementos de juicio para elegir la medida apropiada y conveniente a cada delincuente (un ciclo de estudios organizado por las Naciones Unidas, ya en 1951, preconizó el examen médico-psicológico y social de los delincuentes antes de la sentencia. Esta medida fue incorporada en Francia en el nuevo Código de procedimiento penal —arts. 81 y D.16—). La encuesta social y, en su caso, el examen individual constituyen los elementos más importantes del "dossier"

decidir sobre si la cancelación concedida, en este caso, como consecuencia de la buena conducta del condenado durante el periodo de suspensión, quedaba o no sin efecto, así como sobre la posibilidad de otorgamiento de una nueva suspensión (87). No debe olvidarse que

(Sobre el examen previo y científico del delincuente, véase CONSTANT, *A propos du dossier de la personnalité*, "Revue de droit pénal et de criminologie", 1951-52, pág. 221; CORNIL, *La place de l'examen médico-psychologique et social dans le procédure judiciaire, spécialement en ce qui concerne la mise sous probation*, Ciclo de Londres, Public. de las Naciones Unidas, 1952, pág. 58; GRAVEN, *Introducción al estudio médico-psicológico y social de los delincuentes*, trad. esp. de R. Núñez Barbero, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1966, pág. 359; ANGEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, París, 1966, págs. 241 a 243; PLANQUES, *L'influence des considérations médico-psychologiques sur la décision de mise à l'épreuve, Le fonctionnement du sursis avec mise à l'épreuve, Travaux des IXes. Journées de défense sociale*, Toulouse, 8-10 junio 1961, Dalloz, París, 1961, págs. 49 y ss.; S. C. FARMER, *Le système de probation au Royaume-Uni*, "Revue de droit pénal et de crim." 1964-65, pág. 1045; SUTHERLAND and CRESSEY, *Principles of Criminology*, sixth ed., Chicago, 1960, páginas 426-28). En el derecho alemán BAUMANN, *Strafrecht*, Alg. Teil, 5.ª ed., Bielefeld, 1968, págs. 704-5, señala cómo el pronóstico social debe resultar de la consideración de todas las circunstancias disponibles. Ante todo se enumeran: la personalidad del delincuente, las circunstancias exteriores (v. g., otra posición social o individual), la vida anterior, así como la conducta posterior al delito (reparación del daño, etc.) (véase parágrafo 23, 2, del StGB). El citado autor critica la imperfección legal que se manifiesta cuando coinciden un pronóstico particularmente favorable con una razón negativa del pá. 3, 1, del citado parágrafo 23, y resulta una contraposición entre prevención general y especial. Sobre la cuestión véase también JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Duncker Humblot, Berlín, 1969, pág. 548; y MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Karlsruhe, 3.ª ed., 1965, Alg. Teil, pág. 743.

(87) Es evidente que las condenas anteriores, incluso canceladas, son importantes para juzgar los antecedentes del delincuente, en particular para fijar la pena y para decidir el otorgamiento de la suspensión. Esta es la razón de que el art. 363 del Código suizo, en su párrafo 3.º, conceda al juzgador, y tan sólo a él considerar, aunque con mención de la cancelación y en caso de una nueva instrucción penal, las condenas canceladas. Pero para los terceros e incluso para las demás autoridades mismas, que no sean las judiciales, el condenado que haya sido sometido a prueba y se ha mostrado con anterioridad digno de conseguir su rehabilitación, debe ser considerado como si no hubiera sido condenado, esto es, como si no tuviera antecedentes judiciales. Todo el mundo debe ignorar la condena puesto que él ha sido liberado de sus efectos, en justa recompensa a su buena conducta y su esfuerzo (cf. GRAVEN, *Le système suisse...* cit., pág. 94). Ahora bien, el juzgador, de acuerdo con la naturaleza de la nueva infracción, plazo transcurrido y, sobre todo, personalidad del sujeto (considerando los aspectos individuales, familiares y sociales) podrá decir, a la vista de estos antecedentes, sobre la anulación de la cancelación o, en su caso, sobre una nueva suspensión. Piénsese, además, por otra parte, que el propio Código suizo (art. 41, 3, pfo. 2.º), cuando el sujeto infringe las condiciones impuestas durante el periodo probatorio, en casos de poca gravedad, puede remplazar la ejecución de la pena por una advertencia, por nuevas reglas de conducta, o por la prolongación del periodo de prueba. ¿Por qué no otorgar esta facultad optativa, con mayor razón, en aquellos casos en que transcurrido el periodo de prueba y rehabilitado el sujeto, la anulación de la cancelación tendría extraordinaria importancia para el mismo? El juez debería decidir, como hemos dicho, tanto sobre la privación de los efectos de la cancelación de la condena, como sobre las posibilidades de una nueva suspensión de acuerdo con los módulos anteriores. Por lo que se refiere a la posibilidad

partimos de la base de una institución individualizadora por excelencia y cuyo sentido y significación son, y lo serán cada vez más en el futuro, predominantemente subjetivos (88).

La rehabilitación debería igualmente producir sus efectos respecto de las penas accesorias y otras consecuencias de la condena (89). Ciertamente que en nuestro derecho se condiciona tan sólo la pena privativa de libertad o, mejor dicho, su ejecución, pero la cancelación debe ser plenamente efectiva, siquiera sea hecha con efecto irretroactivo (90).

---

de una nueva suspensión, la Ley belga de 1964 concede al juez la facultad de otorgar el "sursis" a los condenados que tienen antecedentes judiciales. El "sursis", simple o con "mise à l'épreuve", puede ser concedido a un delincuente con tal que no haya sufrido una condena anterior por más de seis meses (véase art. 8.º de la citada Ley). El Código penal italiano, aunque mantiene, en general, el principio de que la concesión de la suspensión condicional de la pena no se puede otorgar más que al delincuente que por primera vez cometa un delito, como consecuencia de la reforma de 24 de abril de 1962, que modificó el art. 164, establece que "sin embargo, en el caso de que por una condena anterior a pena pecuniaria haya sido ya ordenada la suspensión de la ejecución, el juez puede, al imponer una nueva condena a pena privativa de libertad, disponer la suspensión condicional de la pena, subordinando la concesión del beneficio al pago de la predicha pena pecuniaria en el término establecido por el mismo juez, salvo que el condenado se encuentre en la imposibilidad de cumplirla (véase pfo. último del art. 164). La crítica de esta reforma puede verse en FRISOLI, ob. cit., págs. 3 y ss.

(88) Después de la comisión del hecho es, por consecuencia, indispensable el considerar las circunstancias y el estado de ánimo en que se ha cometido, y las condiciones personales —biológicas, psicológicas y sociales— del que lo haya cometido. Cf. GRAVEN, *Introducción jurídica*, cit. pág. 359.

La toma en consideración de la personalidad del delincuente constituye la primera característica de la nueva actitud que hacia el delincuente mantiene la "défense sociale nouvelle", (véase ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, cit., páginas 241 y ss.). Véase también NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato, en Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, CEDAN Padovà, 1969, págs. 390 y ss.

(89) Véase, en relación a la rehabilitación en general, CAMARGO HERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 124. Es de señalar la anomalía, en nuestro derecho positivo, de que para obtener la rehabilitación hay que solicitar la cancelación de antecedentes, por parte del que hubiera sido sometido al período de prueba, una vez transcurrido éste y después de computado el plazo que correspondiera a la pena impuesta y no ejecutada, con lo cual, en la generalidad de los casos, se encuentran en peores condiciones, a efectos de obtener la rehabilitación, los que hubieran obtenido la suspensión, que los que hubieran cumplido la pena, pues en éste último caso, el plazo comienza a computarse desde que la pena hubiera sido cumplida. Sin embargo, nosotros pensamos que, como justa recompensa a la buena conducta del condenado, éste debiera ser rehabilitado con todas sus consecuencias, una vez transcurrido favorablemente el período probatorio.

(90) Plena eficacia da, en este aspecto, como ya hemos visto (véanse páginas 12 y 13), el derecho francés al cumplimiento de la condición, pues la condena y sus consecuencias desaparecen, en este caso, produciéndose, incluso a efectos de la reincidencia, la rehabilitación del condenado, aunque sin efectos retroactivos en relación a las consecuencias accesorias (véanse artículos 735 y 736 y 745 y 746 del *Code de proc. pén.*). El Código suizo (art. 41, núm. 4) precisa que para que el juez ordene la cancelación el condenado debe haber superado la prueba hasta el fin, y las multas y penas accesorias han de haber sido satisfechas y ejecutadas, en su caso, respectivamente. Lo cual podría ser tenido en cuenta, a efectos de la rehabilitación, en una futura

2.—Ahora bien, si el condenado que ha observado buena conducta durante el período de suspensión, mediante el cumplimiento de las condiciones impuestas, debería ser rehabilitado, es evidente que para que la rehabilitación tenga lugar deben también ofrecerse, particularmente en determinados casos, unas mayores garantías de éxito que las actualmente existentes en nuestro derecho, en orden a esa finalidad reeducativa y de enmienda que deben caracterizar la institución que nos ocupa. El ámbito de la misma debe ser extendido (91). Entre el llamado delincuente ocasional o primario (92) y el criminal que es objeto de un internamiento a largo plazo existe una masa de “pequeños delincuentes” que tienen necesidad de ser dirigidos y aconsejados, pero no necesariamente bajo el constreñimiento de una pena privativa de libertad. Y, sin embargo, también la suspensión pura y simple de la ejecución de la pena, que los deja prácticamente en absoluta libertad y desamparo, abandonados a sí mismos, se revela igualmente insuficiente. Es, sobre todo, en relación a esta categoría de delincuentes, donde parece manifestarse más claramente la superioridad de los métodos de la *probation* (93), que se ha introducido casi subrepticamente en el continente europeo a través del “sursis” (94). Lo cual ha supuesto la difusión de nuevas fórmulas de tratamiento en libertad, siquiera sea restringida, a través de la imposición de determinadas condiciones, ya sean éstas previstas por la ley (95) o establecidas

reforma legal, por lo que se refiere a nuestro derecho. Si bien, en lo relativo a la multa, v. g., o las responsabilidades por daños y perjuicios, con cierta elasticidad por parte del juez. Hay que pensar que el citado Código helvético (número 1, pfo. 4 de dicho art.), y a efectos del otorgamiento de la suspensión, supedita la concesión, en su caso, a la reparación del daño, aun cuando ésta lo ha de ser en la medida de lo posible. Y si bien, esta última fórmula, resulta menos sencilla y de igual eficacia que la del Código español, como afirma QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 418, por lo que se refiere al otorgamiento de la suspensión (teniendo en cuenta lo que dispone el art. 97 de nuestro Código penal), sí podría suscribirse, quizá, a los efectos de la cancelación de la sentencia de condena.

(91) Cf. G. LEONE, *Punti fermi in discussione della prossima riforma del Codice penale italiano*, “Rivista italiana di diritto e proc. pen.”, fasc. I, 1966, página 8.

(92) La condición de que el reo haya delinquido por primera vez, exigida por el núm. 1 del art. 83 del Código penal, no debiera ser tan taxativa, pues, aunque típico de la institución, es, a mi juicio, una de las causas de que la institución pueda degenerar en el automatismo y de que en el vulgo arraigue, quizá con cierta razón, la idea de que “el primer paso no cuesta nada” (véase BOUZAT, ob. cit., pág. 633), por lo que hay que pensar en la posibilidad de extender el beneficio a otra clase de delincuentes (cf. QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 414).

(93) Cf. H. POUPET, *La probation des délinquants adultes en France*, París, 1955, pág. 19.

(94) ANCEL, *Preface* a la ob. cit. de POUPET, VIII-IX.

(95) El art. 739 del “Code de procédure pénale” francés precisa que el régimen de la “mise à l'épreuve” implica para el condenado la observación de las medidas de vigilancia y asistencia previstas en un reglamento de la administración pública con la finalidad de readaptación social de los delincuentes, así como la observación por éstos de las obligaciones previstas por el mismo reglamento de la administración pública y que le hubieren sido impuestas especialmente por la decisión o la sentencia de condena. Reglamento que ha sido

por el juez (96), pero que, en todo caso, habrán de ser adaptadas a la personalidad de quien ha de ser sometido a ellas durante el período de prueba, previo examen científico del mismo, y subsiguiente control y ayuda asistencial a cargo de órganos o instituciones adecuadas (97).

recogido en los arts. R 51 y ss. del citado "Code de proc. pén.", cuyos artículos R 56 y R 57 describen el contenido de las medidas generales de vigilancia y asistencia y los R 58 y R 59 las medidas individuales ordenadas por el juez en la sentencia.

(96) La ley belga de 1964 deja en libertad al juez para determinar las condiciones de prueba (véase art. 11, párrafo 2.º). Cf., además, CORNIL, *Sursis et probation*, cit., pág. 65. Tanto el párrafo 24, 1, del StGB, como el artículo 41, núm. 2 del Código suizo, establecen un determinado número de reglas de conducta, pero sin carácter taxativo, cerrado o exhaustivo, sino a título de ejemplo; pudiendo el juez, tomando dicha enumeración como guía (pues la jurisprudencia, tanto en el derecho alemán como en el suizo, ha establecido limitaciones), ordenar otras, pero teniendo siempre en cuenta la finalidad de la institución, para no imponer cargas más duras que las que supondría la ejecución de la pena y, sobre todo, ha de considerar que se trata de facilitar la resocialización del condenado (véase: para el Derecho alemán, BAUMANN, *Strafrecht*, cit., págs. 705-706; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 13 auf., 1967, págs. 154-55. En relación al Derecho suizo, véase SCHULTZ, ob. y rev. cit., pág. 811).

(97) El juez debe, ante todo, conocer al delincuente para saber si debe, efectivamente, someterlo a prueba y, en caso afirmativo, determinar las modalidades del tratamiento. Pero, en todo caso, órganos o instituciones especiales son los encargados de controlar, vigilar y asistir al sometido a prueba. En el Derecho belga son las Comisiones de prueba las encargadas de controlar la ejecución de las medidas impuestas al condenado; éstas a su vez designan el agente de prueba encargado de vigilar la ejecución de las medidas fijadas por decisión judicial, y es el agente de prueba el encargado de presentar los informes a la Comisión, la cual puede suspender, precisar o adaptar las medidas o condiciones fijadas por el juez en relación a las circunstancias. Si bien no puede convertir estas condiciones en otras que sean más severas (véanse arts. 9 a 12 de la Ley de 1964). El agente de prueba, que tiene su origen en el "probation officer" anglo-sajón, se está convirtiendo, en las legislaciones continentales que han dado cabida a la *probation*, en una pieza clave a la hora de hacer efectivas las medidas impuestas al condenado. Pieza maestra en el sistema francés, que no tiene, por cierto, su equivalente en el sistema alemán de la *Strafaustragung zur Bewahrung*, es el juez de aplicación de las penas, el cual, según los términos del art. D 545 del "Code de procédure pénale", preside un "Comité de probation" que le suministra los medios de asegurar el control, la vigilancia y la asistencia de los condenados sometidos a prueba. Este Comité comprende al agente o agentes de prueba. Las atribuciones del juez de aplicación de las penas son muy amplias, hasta el punto de que se le ha calificado de *maitre d'oeuvre* de la *probation*.

El Código penal suizo (art. 41, núm. 2, párrafo 1) establece que el juez podrá someter al condenado a un patronato, del mismo modo que puede imponerle determinadas reglas de conducta. Pero siendo, en este caso, el patronato el complemento lógico de la suspensión, puesto que la asistencia, el consejo y el control son siempre necesarios, el juez debería normalmente colocar al sometido a prueba bajo el control del patronato (Cf. GRAVEN, *Le système suisse...*, cit., págs. 68 y ss.).

En relación a nuestro Derecho, QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 412, señala acertadamente cómo para que el *probation system* rinda todos sus beneficios es inexcusable una especialización de los funcionarios encargados de él y una real eficacia de las instituciones patronales, pues "de otro modo la institución degenera con facilidad en un entorpecimiento burocrático o en una vigilancia poli-

No ha sido nuestra misión, en este trabajo, hacer un estudio detenido de estos sistemas (98), pero sí debemos señalar, al menos, cómo también en nuestro derecho puede y debe darse cabida, particularmente en relación a ciertas clases de delincuentes, necesitados de tratamiento, a aquellos sistemas y fórmulas en los que la experiencia ha demostrado su utilidad y eficacia, de acuerdo con los fines esencialmente individualizadores y reeducativos de la institución (99). Si quiera sea a modo de complemento de la suspensión (100), debería darse opción al juez para imponer, según los casos (101), determinadas obligaciones (positivas o negativas) al delincuente a quien se estime debe ser sometido a prueba. Con ello se cumpliría eficazmente la finalidad esencial de la institución de obtener la readaptación so-

ciaca, sin el más mínimo reflejo en la corrección y readaptación moral y social del reo”.

(98) Sobre el particular, véase NÚÑEZ BARRERO, *La concepción actual de la suspensión condicional de la pena y los modernos sistemas de prueba*, “Revista de Estudios Penitenciarios”, 1969, págs. 572 y ss.

(99) QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, cit., págs. 526 y 529, pone de manifiesto la falta en nuestro Derecho de un servicio de vigilancia y tutela, y CUELLO, *Tratamiento en libertad de los delincuentes*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1957, págs. 483-84, ponía su esperanza, más que en la suspensión del pronunciamiento de la condena en el tratamiento, asistencia y control que comporta la *probation* a la que auguraba un magnífico porvenir y consideraba como una de las más firmes esperanzas del futuro.

(100) Sistema seguido por la gran mayoría de las legislaciones continentales, que introducen la *probation*, con algunas excepciones como Bélgica, que admite la *probation*, además de como complemento del “sursis”, bajo la forma de “suspensión” del pronunciamiento de la condena (art. 3.º de la Ley de 29 de junio de 1964). También en los países nórdicos (véase STRAHL, *Les grandes lignes du nouveau Code pénal suédois*, págs. 535-536).

Es curioso señalar, sin embargo, que en Inglaterra, uno de los países pioneros del *probation system*, la esencia de cuyo régimen radica en someter al delincuente a *probation* en lugar de condenar (Cf. CAVENAGH, *La probation appliquée aux délinquants adultes en Angleterre*, “Rev. de droit pén. et de crim.”, 1964-65, pág. 1022), la *Criminal Justice Act* ha sido modificada en 1967, y una de las modificaciones más importantes es el poder que se otorga a los tribunales para pronunciar condenas con “sursis” (véase HALL WILLIAMS, *Le “Criminal Justice Act” anglais de 1967 et le sort des délinquants*, “Rev. de Science crim. et de droit pénal comp.”, 1969, pág. 627).

Si la condena con suspensión se complementa mediante una auténtica puesta a prueba del delincuente, podríamos, por consiguiente, distinguir tres partes: condena a una pena privativa de libertad (pues nuestro Derecho no aplica la suspensión a la multa, como en otras legislaciones); beneficio de la suspensión y medidas de asistencia, vigilancia e imposición de obligaciones. Contrariamente a lo que ocurre en relación a la *probation* anglo-sajona, la pena de prisión es pronunciada al mismo tiempo que la suspensión (véase, en relación al Derecho francés, LOURDJANE, *La probation ou le sursis avec mise à l'épreuve en France*, “Revue internationale de Criminologie et de police technique”, 1969, pág. 191).

(101) Es una elección que el juez deberá hacer entre tres soluciones: pena firme, suspensión tradicional de la ejecución o condena con *probation*. Pero en este último caso, el buen funcionamiento de la institución dependerá esencialmente de una juiciosa selección de sujetos, puesto que una “puesta a prueba” de delincuentes que no deben ser sometidos a este género de medida no podría menos de desacreditar y debilitar el sistema (véase MARTINÉ, ob. cit., rev. cit., pág. 253).

cial del delincuente, evitándose así la situación de desamparo en que se encuentra una vez obtenida la suspensión, que, a menudo y lamentablemente, se concede de manera automática y rutinaria (102), con las consiguientes consecuencias en orden a la reincidencia. La suspensión condicional de la pena supondría, en estos casos, una adaptación de las medidas de asistencia y vigilancia que comporta la *probation* a la tradicional institución de la suspensión de la ejecución de la pena. Lo cual, ciertamente, implica la organización de un sistema eficaz de vigilancia y asistencia educativa, camino erizado, sin duda, de dificultades, quizá no tanto estructurales como económicas, pero debe pensarse, sin embargo, que ello vendría a significar un paso adelante en nuestro sistema punitivo en beneficio del delincuente y de la sociedad.

---

(102) Cf. QUINTANO, *Curso*, cit., págs. 526, 527; *Comentarios*, cit., pág. 415.

# Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal

ENRIQUE BACIGALUPO

Doctor en Derecho

## I

La moderna dogmática atraviesa desde hace más de diez años una etapa en que los fundamentos de la punibilidad de las omisiones impropias son una y otra vez replanteados. Desde 1938, en que NAGLER abrió un nuevo camino para las soluciones del problema, hasta 1959, en que ARMIN KAUFFMANN revisó íntegramente las cuestiones relativas a la llamada comisión por omisión, asistimos a una nueva formulación general de la dogmática de la omisión en que la responsabilidad surgida de la posición de garante emergente de una conducta precedente (1) ha merecido distinto tratamiento.

En la Argentina, las soluciones tendientes a dar un apoyo al porqué de una tal posición de garante se han visto limitadas a una mera afirmación carente de otro fundamento, que en el mejor de los casos consiste en un reemplazo de la causalidad por la infracción de un deber, con lo que ingresan en el círculo vicioso ya señalado por ARMIN KAUFFMANN: "La omisión impropia es un delito de comisión porque en ella se lesiona la prohibición de producir un resultado; esta prohibición es lesionada si, y porque, no se ha cumplido un mandato de impedir el resultado. La falta de evitación del resultado es explicada nuevamente como una omisión, que es un delito de comisión, en el caso de lesionar una prohibición..."; "se trató de superar esto eliminando la clase de mandato de acción. Pero, sin embargo, también de esta manera la lesión de un deber de omitir dependería de la lesión de un deber de actuar. Esta concepción está expuesta a críticas, porque la pregunta de si un deber *a* ha sido lesionado, no puede responderse remitiendo al no cumplimiento del deber *b*" (2).

No es el caso de tratar aquí íntegramente el problema de los delitos impropios de omisión. Simplemente tenemos intención de referirnos a la fundamentación de una posición de garante emergente de una

---

(1) JOHANNES NAGLER, *Begehung durch Unterlassen, Gerichtssaal*, n. 111, 1938, págs. 1 y sigs.; ARMIN KAUFFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

(2) Loc. cit., págs. 240-241.

conducta precedente (3). Y en este sentido, queremos tocar expresamente dos cuestiones: la primera referente al origen de la posición de garante en estos casos; la segunda relativa a las limitaciones que reconoce la ingerencia (hecho precedente) como fundamento de una posición de garante.

La dogmática de la primera mitad del siglo en curso no pudo encontrar un punto de apoyo seguro para el hecho anterior, sea como fuente de un deber de actuar, sea como fundamento de una posición de garante. En efecto, mientras el problema de la omisión impropia se redujo a la determinación del momento causal de la omisión, el hecho anterior —en tanto puesta de una condición— representó prácticamente la forma única de consideración de una posición de garante, emergente de tales casos. La aceptación de desempeñar un cargo y otras situaciones análogas sólo entraron en consideración en tanto hechos anteriores (4). Esta concepción puramente causalista tuvo que enfrentar un obstáculo que en definitiva no pudo superar: el dolo *sub-sequens*. En efecto, si el dolo del autor nacía en el momento en que debía actuar para impedir la producción del resultado, respecto del que su acto previo era una condición, el momento de la puesta de la condición y del dolo (en aquellos sistemas, la culpabilidad) no coincidían temporalmente, con lo que se rompía una conexión fundamental: por un lado la acción previa causal, luego la culpabilidad de la no evitación. El último esfuerzo de este sentido corresponde a la teoría de la interferencia de BINDING, que en su pretensión se ve en la obligación de fundar la causalidad en el impulso que inhibe la acción. En realidad, bajo tales presupuestos no se planteó realmente un problema de equivalencia de acción y omisión, pues la omisión, en tanto causal, era también una acción.

Pero cuando queda al descubierto la falsa impostación dada al problema por la vía causal, la fundamentación de la responsabilidad por la no evitación del resultado por parte de quien puso una causa previamente, pierde todo punto de apoyo firme; M. E. MAYER decía: “no se trata de saber si una omisión puede ser causalmente conectada

(3) Sobre toda la problemática del delito impropio de omisión, ver ENRIQUE BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970. ARMIN KAUFMANN, loc. cit.; KLAUS PFLEIDERER, *Die Garantstellung aus varangegangenem Tun*, Berlín, 1968; HANS JOACHIM RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966; JÜRGEN WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín, 1968. NAGLER, loc. cit.

(4) KARL BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, tomo 1, 2.<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1914, págs. 516 y sigs. y 536 y sigs.; HEINRICH LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, tomo II, 1840, págs. 219-236; AUGUST OTTO KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen 4. Abtheilung*, 1855, págs. 21 y sigs.; JULIUS GLASSER, *Abhandlungen aus dem Osterreichischen Strafrecht*, 1858, págs. 289 y sigs., entre otros. HERMANN BLEI, considera ahora que los casos de ingerencia pertenecen en realidad al círculo más amplio de los de libre aceptación de un deber de protección en *Garantenpflicht beim unechten Unterlassen*, en *Festschr. f. H. Mayer*, Berlín, 1966, página 121. En contra de esta posición, RUDOLPHI, loc. cit., pág. 111.

con un resultado..." "Ahora debe preguntarse qué omisiones son relevantes en el Derecho penal..." "Una omisión sólo entra en consideración para el Derecho cuando éste, en su lugar, espera una acción..." "Por tanto, sólo donde existe un deber jurídico de actuar, la omisión es de tal naturaleza que resulta relevante para el criminalista" (5). Es decir, en el lugar de la causalidad se introduce ahora la antijuricidad de la omisión. ¿Dónde apoyar un deber que no proviene ni de la ley, ni de un contrato, sino simplemente de un hecho?

Veamos ahora con más detenimiento de qué manera este esquema es seguido por la dogmática argentina más moderna. SOLER dice: "El deber subsiste, en general, en tres casos distintos: ...3.º, cuando un acto precedente impone esa obligación", situación que corresponde "a aquellos casos en los cuales la acción del sujeto determina un proceso en el cual la abstención lleva a un resultado antijurídico" (6). Nótese la influencia que ejerce en esos párrafos el viejo pensamiento causalista y la necesidad de recurrir al "dolo subsequens". En toda la exposición citada no hay una sola línea destinada a explicar el origen de este deber de acción. Núñez afirma que se considera que la obligación jurídica de evitar causar un resultado delictivo puede fundarse también en una conducta precedente" (7). A continuación enuncia una serie de ejemplos tomados de diversos autores, donde coexisten casos en que el hecho anterior lesiona alguna norma, y otros en los que no es antijurídico ni culpable. Finalmente, advierte que la "omisión" es punible sólo si de acuerdo con la figura delictiva de que se trate, es típicamente causal respecto del resultado prohibido" (8). FONTAN BALESTRA también sostiene que "el que ha causado un peligro se halla obligado a evitarlo si está dentro de sus posibilidades" (9).

En España tampoco se encuentra una fundamentación distinta. ANTÓN ONECA critica la admisión de la obligación de actuar como emergente del derecho consuetudinario que han hecho a veces los tribunales alemanes para estos casos, y remite como principio general al siguiente: "para imputar la comisión por omisión, es preciso que ésta pueda considerarse comprendida en una figura de delito, según la interpretación que a ésta da el común sentir; pues de lo contrario habremos prescindido del *nullum crimen sine lege*" (10). Por su parte DEL ROSAL, prescinde de un fundamento especial y da por admitida esta fuente de un deber de actuar (11).

(5) *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, Freiburg, i. B., 1899, págs. 128, 129 y 130. Idem. V. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 8.ª ed., Berlín, 1897, págs. 118 y 130.

(6) Derecho Penal Argentino, 2.ª ed., tomo I, Bs. As., 1953, págs. 341-342.

(7) Derecho Penal Argentino, tomo 1, págs. 245-246.

(8) Loc. cit.

(9) Tratado de Derecho Penal, tomo I, Bs. As., 1966, pág. 438.

(10) *Derecho Penal*, tomo 1, Madrid, 1949, págs. 172/173.

(11) Tratado de Derecho Penal Español, vol. I, Madrid, 1968, pág. 617. Pero es de hacer notar que DEL ROSAL considera delitos de comisión por omisión aquellos "en los cuales se observa como en la misma descripción típica se

## II

Como queda visto, el problema fundamental que se presenta una vez superada una concepción causalista de la omisión, consiste en determinar qué permite deducir una posición de garante emergente de un hecho anterior. Encuadrado este problema en el ámbito de la problemática actual de la omisión impropia, la cuestión debe plantearse en los siguientes términos: ¿qué y cómo se determina la equivalencia de la omisión de impedir el resultado a que condujo el peligro creado anteriormente por el autor, con la acción positiva de causar ese resultado?

En principio, señalamos que una mera infracción de un deber de actuar, tal como hasta hoy en general ha admitido la dogmática argentina, no es suficiente para determinar la equivalencia de acto y omisión, pues esa equivalencia se apoya en la *posición de garante* del omitente, o sea, en la estrecha relación que liga a éste con el bien jurídico. La posición de garante, de todos modos, se deduce de la ley penal misma, pues ésta contiene ya casos en los que expresamente fija un valor equivalente de acción y omisión al alcanzar indistintamente tanto una como otra modalidad bajo una misma escala penal, por oposición a otros tipos estructurados como puras omisiones o sólo desde el punto de vista de un acto positivo. Así, en el artículo 143 resultan equivalentes la omisión de hacer cesar o dar cuenta a la autoridad de la existencia de una detención ilegal, con la acción positiva de retardar el hacerla cesar o la información; en el artículo 173, inc. 2.º, son equivalentes la apropiación y la omisión de restituir; en el 181, inc. 1.º, el despojo puede producirse tanto por invasión del inmueble como por el mantenerse teniendo que abandonarlo; en el artículo 275 es equivalente afirmar una falsedad con callar la verdad; en el artículo 277, ayudar a eludir las investigaciones es equivalente a omitir denunciar el hecho estando obligado a hacerlo; en el artículo 248, dictar resoluciones contrarias a las leyes es equivalente a no ejecutar la ley cuyo cumplimiento le incumba. Es erróneo creer que en estos casos se trata de delitos de comisión por omisión, pues no existen delitos "tipificados como de comisión por omisión" (12), como tampoco es correcto incluir entre los delitos de comisión por omisión a los delitos culposos (13). En efecto, en todo caso, desde el punto de vista de la forma de omisión, los de omisión propia o pura, también se "cometen" omitiendo; y en cuanto a los culposos, si bien pueden

---

efectúa la mixtura de las dos clases de infracciones, características de esta manera ejecutiva" (pág. 614). Si bien entendemos esto, en su criterio no existe problemática alguna de equivalencia de omisión y comisión, pues ella sólo puede surgir en la medida en que la omisión no aparezca incluida expresamente en el tipo. Normalmente, la doctrina no ha considerado esos casos como de comisión por omisión (vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., Berlín, 1969, pág. 195 y MANUEL DE RIVACOBIA, *La obediencia jerárquica en el Derecho Penal*, Chile, 1969, pág. 94).

(12) FONTÁN BALESTRA, loc. cit., pág. 456.

(13) Ib. ídem., pág. 457.

darse omisiones culposas, lo cierto es que el carácter omisivo no deriva de la inobservancia del deber de cuidado exigido, sino de la no realización de una acción: cuando se realice una acción, sin la debida observancia del cuidado, se tratará siempre de un delito de acción positiva. Es decir, que la omisión impropia (o comisión por omisión) sólo queda reservada para designar la problemática de la equivalencia de una omisión de impedir un resultado con el acto positivo de ejecutarlo: adecuación típica de una omisión a un tipo que se estructura solamente sobre una acción positiva, o sea, sobre un hacer algo.

De los casos en que la ley penal misma se refiere a omisiones equivalentes a actos positivos, ubicando ambos casos bajo la misma pena, deben generalizarse los elementos que permiten deducir la comprobación del grado de cercanía del autor respecto al bien jurídico protegido que se requiere para poder designarlo como garante. En esos casos, el omitente aparece "puesto" por el orden jurídico en una determinada posición de protección respecto al bien jurídico. Una caracterización de esa situación puede concretarse en estos casos: o bien se trata de a) protección de un determinado bien jurídico frente a los peligros que puedan emanar de cualquier fuente de riesgos, o bien de b) protección de los bienes jurídicos que puedan verse afectados por una fuente de riesgos cuyos cuidados y custodia incumben al autor (14). Estas circunstancias son las que permiten determinar con su concurrencia que el autor se encuentra ligado a la protección del bien jurídico de un modo tal que, de acuerdo con el criterio valorativo de la ley, la omisión de impedir la producción de resultado es equivalente a causarlo positivamente. La teoría que, de una manera tan criticada, estableció fuentes de deber determinadas (contrato, ley, hecho anterior, especiales relaciones de confianza), ha merecido ya críticas que no permiten su mantenimiento. Aquí sólo nos podemos remitir a esas críticas (15).

El límite de una concepción de la posición de garante como ésta, está dada por la punición de una omisión expresamente determinada en la ley (omisión propia) "Una posición de garante —al contrario— no puede deducirse de la situación típica de los delitos propios de

---

(14) Conf. ARMIN KAUFMANN, loc. cit., pág. 283; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1969, págs. 414 y 415 sigs.; RUDOLPHI, loc. cit., págs. 102 y 103.

(15) HERMANN BLEI, loc. cit.; HEINRICH HENKEL, *Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, en *Moschr. f. Krim*, 1961, págs. 178-193; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB-Kommentar*, nota previa sobre la parte general número 108; RUDOLPHI, loc. cit.; JESCHECK, loc. cit. BLEI ha mantenido en MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, 12 edic. München, 1967, págs. 83-91 el tratamiento de las fuentes de deber, aunque ampliándola a otras no tradicionales. En el artículo citado más arriba, critica, en realidad, la clasificación de las fuentes, demostrando de qué manera se encuentran fundamentos comunes en fuentes distintas. Ver también BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970.

omisión, porque en ellos, el deber jurídico, corresponde a todo el mundo" (16).

### III

Ante estas circunstancias cabe preguntarse qué fundamentos proporciona la ley para determinar la posición de garante emergente de un acto anterior en que se pone en peligro un bien jurídico. El punto de vista valorativo que se ha presentado en II, proviene de la generalización de los principios emergentes de la propia ley penal y de la traslación a la omisión impropia de los elementos que definen el contenido de injusto del correspondiente tipo de comisión (17). La dogmática ha tratado de encontrar en este marco el fundamento de la punibilidad de los casos de ingerencia (hecho anterior) como realización de un tipo de comisión. Los intentos no han sido hasta ahora nada claros y puede decirse que tampoco suficientes. La posición de garante emergente de una conducta anterior se intentó fundamentar en: *a*) una norma general según la cual no está permitido causar un mal a la sociedad que no se habría producido sin la existencia del sujeto, de donde surge el deber de evitar el daño emergente de una conducta precedente (18); *b*) en la circunstancia de que la prohibición de causar un daño contiene al mismo tiempo el mandato de apartar el peligro creado por la propia acción precedente (19); *c*) en la concepción popular que determina al autor o en la interpretación según el común sentir (20); *d*) en ser la consecuencia de una perturbación del orden primario de protección (21).

Entre nosotros se pretendió últimamente dar un fundamento al deber de impedir el resultado cuando la conducta precedente puso en

---

(16) JESCHECK, loc. cit., pág. 413; PFLEIDERER, loc. cit., pág. 116. En contra ARMIN KAUFMANN, loc. cit.

(17) RUDOLPHI, loc. cit., pág. 93.

(18) SIGFRIED KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, Breslau, 1933, págs. 101, 102.

(19) SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.; JESCHECK, loc. cit., pág. 415.

(20) FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, en Fest. zum 60 Geburtstag f. Gleispach*, Berlín y Leipzig, 1936, pág. 70; ANTON ONECA, loc. cit., pág. 193.

(21) RUDOLPHI, loc. cit., págs. 100, 102, 106, 108 y 109. Para este autor las representaciones de valor y los principios ordenadores de la ley que deciden sobre la posición de garante, "dependen no sólo de las formas de aparición de las diversas relaciones de protección, sino, además, de las necesidades sociales a las que se remiten las relaciones particulares de protección". La necesidad social de la posición de garante se percibe en un grupo de casos que directamente le exigen por lo dado en la comunidad de vida (posición primaria de garantía) y en otro grupo de casos que consisten en la perturbación del equilibrio de fuerzas". Las primarias son correlato necesario para el mantenimiento de una próspera comunidad de vida. Las secundarias se caracterizan por ser dependientes de la propia conducta del garante. El orden jurídico, en tanto orden de protección, contiene necesariamente un orden de lo individual, para la protección de los valores jurídicos reconocidos. Por ello, la contrariedad al deber aparece como un elemento fundamental de la perturbación.

peligro al bien jurídico, generalizando el contenido a partir de ciertos casos que aparecen en la ley y que se suponen ordenados en la idea de que “todo el que crea un riesgo o lo agudiza debe realizar las acciones adecuadas para evitar la producción de resultados antijurídicos” (22). Mediante esa generalización se lograría un principio de idénticas características a los que en la ley expresamente se conecta un deber de actuar. Pero aquí comienza el problema y no, como allí se pretende, termina. En efecto, si lo esencial para la posición de garante fuera la infracción de un deber, ese deber no puede deducirse generalizando a partir del caso famoso de la obligación del padre o madre de proveer a la supervivencia del hijo. Pues ese deber dice simplemente: “aliméntalo”, “cúidalo”, etc., pero *no dice que su no-cumplimiento (omisión) equivale a la acción positiva de matarlo* y como tal realiza el tipo del art. 79, C. p. *Una cosa es que exista el deber, y otra muy distinta que su infracción omisiva realice un tipo de comisión*. Quien razona deduciendo del deber de alimentar, la tipicidad de una omisión respecto a un tipo de comisión, en realidad supone, sin fundamento alguno, la tipicidad.

Es aquí, donde la búsqueda de un punto de vista legal nos conduce a reparar en el artículo 106, C. p., lo que aquella argumentación ha soslayado: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro... abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse... a la que *el mismo autor haya incapacitado*, será reprimido con prisión de seis meses a tres años. La pena puede llegar a ser de tres a diez años si se produce la muerte. Evidentemente, la no prestación de ayuda a la misma persona que se ha incapacitado, p. ej., en un accidente de tránsito, presenta un caso en el que no puede dudarse de la creación del riesgo para el bien jurídico por el propio omitente y tampoco de la omisión posterior de ayuda para impedir el resultado de muerte o lesiones. Tanto es esto así que el Tribunal Federal Alemán así lo ha resuelto para el caso de accidentes de tránsito similares (BGH: 7:287) (23). Sin embargo, es evidente que la ley penal, a pesar de estar en consideración un bien jurídico de la importancia de la vida, *no considera equivalente* la omisión de ayuda que no impide la muerte con la producción activa de la misma que es sancionada con una pena mucho mayor en el artículo 79, C. p. (ocho a veinticinco años). *Por lo menos este artículo está demostrando con evidencia que si se pudieran generalizar de unos deberes de acción que aparecen en el orden jurídico un deber de acción emergente del acto precedente, es en todo caso incorrecto afirmar que su infracción es equivalente a la producción activa del resultado*. Con lo que se da una prueba más de la insuficiencia conceptual de la teoría de la infracción de deber.

(22) NORBERTO SPOLANSKY, *la estafa y el silencio*. Buenos Aires, 1969, página 80. La afirmación va acompañada de referentes a la problemática general de la omisión impropia que no responden al planteamiento actual del problema, pero que no es posible discutir aquí.

(23) Ver JESCHECK, loc. cit., pág. 416: señala estos casos como el ejemplo clásico.

La cuestión que a nuestro entender debe plantearse es, la siguiente: ¿Puede deducirse en términos generales de este artículo 106, C. p. una exclusión de la equivalencia de los casos de ingerencia con respecto a la producción activa del resultado?

#### IV

En principio, pretender una diferenciación por el contenido del deber prescrito en el tipo del art. 106, C. p. y el deber que funda la responsabilidad en la omisión impropia que realizaría el tipo del artículo 79 (homicidio) es absolutamente desechable. Sólo encontrando una diferencia de esta clase podrían todavía distinguirse la omisión propia y la impropia, pues infracción de un deber de actuar lo hay tanto en una como en otra y por lo tanto ésta nada significa (si se la considera aisladamente) respecto de la equivalencia de acción y omisión. No sólo resulta difusa la línea divisoria entre “deberes de ayuda” y “deberes de evitar el resultado”, sino que hace ya mucho tiempo que se comprobó que también en los delitos *proprios* de omisión (como el caso del art. 106), el contenido y la dirección del deber es también evitar el resultado (24). En todo caso no cabe duda de que en el Código penal argentino el deber de acción conectado a la conducta precedente de imposibilitar a la víctima, también se dirige inequívocamente a que el autor evite el resultado de muerte o de lesión corporal grave, no obstante lo cual no hay equivalencia alguna con la acción positiva de producir la muerte.

Hasta ahora, es decir, hasta la reforma introducida en 1968 (artículo 106, C. p.) la jurisprudencia hizo uso de los principios de la ingerencia, acordando la equivalencia en estos casos de acción y omisión respecto del resultado de un tipo de comisión. Sin embargo, en la actualidad parece ser que la situación es diferente (25).

El artículo 106 pone de manifiesto —por tanto— que la sola re-

---

(24) ARMIN KAUFMANN, loc. cit., pág. 275; RICHARD BUSCH, *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*; en *Fst. f. H. Mayer*, páginas 192 y sigs.; ver en la trad. española del Lehrbuch de WELZEL (Buenos Aires, 1956, pág. 207): implícitamente SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit., notas previas sobre la parte general número 102 (pág. 36 de la ed. 14-1969). Ver también mi *Delitos impropios de omisión*, Bs. As., 1970, cap. III.

(25) Ver el importante trabajo de JUAN BUSTO, CLAUDIO FLISFISCH y SERGIO POLITOFF, *Omisión de socorro y homicidio por omisión*, en *Rev. de Ciencias Penales*, tomo XXV/3-1966, págs. 163 y sigs., donde se hace un estudio de los problemas modernos de la omisión impropia a la luz de los cuales se busca resolver justamente el problema inverso, ya que con acierto se encuentra la diferencia de dos omisiones estructuralmente iguales en la posición de garante. Esta determina que un caso sea homicidio, y otro, donde no concurre, omisión de socorro. El Código argentino ahora ha incorporado un caso tradicional en que se reconoció un deber de garante emergente de una conducta anterior en un tipo de omisión pura (art. 106).

lación causal entre la conducta precedente, creadora del peligro, y el resultado no es suficiente para fundar una posición de garante, con lo que coinciden las opiniones doctrinales en general (26). En efecto, en el artículo 106 existe sin duda una relación de causalidad entre el hecho precedente y el resultado no evitado, y sin embargo el autor no es garante y por ese motivo responderá sólo por una omisión propia que el mismo artículo configura. Por lo tanto, *ni la causalidad del hecho anterior ni la infracción del deber de evitar el resultado son suficientes para definir una posición de garante.*

Lo que importa, entonces, como se dijo, es la posición del autor respecto del bien jurídico, y en este sentido los casos de ingerencia quedarán reducidos a una subespecie dentro de la clase más amplia del "cuidado de una fuente de peligros frente a daños que de ella puedan derivarse". En este sentido, lo importante será si el autor tiene el dominio del ámbito dentro del que se ha producido el resultado típico (27). Es decir, si el daño causado o, mejor dicho, si el daño que amenaza producirse se ha desprendido de la fuente de peligro que debe custodiar o encausar el autor, y tiene lugar en su ámbito espacial de dominio del peligro. Esto implica una respuesta, también, a la pregunta formulada por WELP relativa a saber si es posible un "dominio" social de un determinado ámbito de vida que fundamente un deber de evitar el resultado, independientemente de su causalidad" (28). En efecto, aunque en el caso concreto del "dominio social de un ámbito determinado" sea requisito la subyacencia de un nexo causal, como indica el mismo WELP (29), ello no interfiere en la utilidad que representa aquel concepto, pues, de cualquier manera, de ello no podrá deducirse la limitación que este autor propone respecto de la función de protección del bien jurídico. En este sentido, no resulta admisible que quien usurpa una función de garante carezca del deber de desempeñar la protección que le corresponde al titular, como lo sostiene WELP (30), pues la tarea de defensa se impone por el *hecho* de ocupar socialmente una posición, sin consideración a la legitimidad del autor en esa posición. Esto es claro si se tiene en cuenta que la ingerencia se refiere precisamente a intervenciones de hecho, por oposición a los casos que tradicionalmente se agrupan bajo el rubro de libre aceptación de una función de protección (31), que siempre estuvieron ligados a la concreción de un negocio jurídico, o a una concreta manifestación de voluntad.

Por otra parte, no parece acertado criticar el "ámbito de dominio"

---

(26) BLEI, loc. cit., pág. 136; MEZGER-BLEI, *Strafrecht, AT*, 12.<sup>a</sup> ed., München, 1967, pág. 85; RUDOLPHI, loc. cit., pág. 152; WELZEL, loc. cit., pág. 209; PFLEIDERER, loc. cit., pág. 149; WELP, loc. cit., pág. 249; SCHWARZ-DREHER, *StGB Kommentar*, 28.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1966, pág. 22.

(27) Conf. WELZEL, loc. cit., pág. 209; HENKEL, loc. cit., págs. 190 y sigs.

(28) Loc. cit., pág. 249.

(29) Loc. cit., pág. 250.

(30) Loc. cit., pág. 251.

(31) BLEI, loc. cit., pág. 137.

como criterio para decidir en estos casos la posición de garante del autor, pues solamente la actuación sobre la fuente de peligro custodiada por el autor genera un deber de evitar el resultado, como agrega WELP (32). En realidad, este contenido más amplio, por el que se reconoce un deber de garantía aún en los casos en que no hay una actuación previa sobre la fuente de deber, es el contenido del deber de garantía que corresponde a quien tiene el cuidado de una determinada fuente de peligro, categoría de la que los casos de ingerencia son sólo una sub-clase. El caso del caballo que se encabrita y que ya no es dominado por el jinete, no ofrece por lo tanto dificultades. Si bien es cierto que el caballo ha salido del dominio del jinete y sin embargo éste está obligado a impedir que se produzcan daños derivados de ello, la solución es clara si se tiene en cuenta que en ese caso no es el dominio efectivo lo que determina la responsabilidad, sino la actividad omitida tendiente a impedir que de la fuente que debe custodiar el autor se derive un resultado mayor (33), y sin ser un caso de ingerencia, cae sin embargo bajo el rubro de la "custodia de una fuente de peligro". Téngase presente que la posibilidad física real de evitar el resultado es presupuesto de la posición de garante (34).

De todo esto queda claro que la idea de la ingerencia, o sea, de la producción de un peligro cercano para la lesión de un bien jurídico, sólo admite fundamento en la causalidad del hecho anterior y no puede evitar entonces el "dolo-subsequens", ni la inexistencia de un concreto deber de acción que surja del hecho del peligro causado, que permita constituir en garante al omitente. Por este motivo, no es acertado rechazar la necesidad de un complemento que permita, junto a la causalidad, determinar la posición del autor, como hace RUDOLPHI (35). Precisamente este complemento es lo que permitirá distinguir casos en los que, aún existiendo una base causal, la distinta posición del autor determina también diversas consecuencias penales.

Sin embargo, el "ámbito de dominio" sólo no es suficiente para determinar la equivalencia de omisión y acción positiva en el Código Argentino y sólo ofrece una primera delimitación para los casos de un peligro producido para el bien jurídico y no evitación posterior del resultado. *Es preciso además que la conducta precedente sea contraria al deber.* Es decir, que el artículo 106 queda limitado en su ámbito a los casos en que el autor se ha conducido dentro de los límites del peligro permitido en el tráfico. La adecuación a Derecho de la conducta precedente impide que de ella pueda deducirse un deber de garantía.

---

(32) Loc. cit., pág. 253.

(33) Sobre este ejemplo, ver WELP, loc. cit., pág. 256.

(34) WELZEL, loc. cit., pág. 205, BACIGALUPO, loc. cit., pág. 114.

(35) Loc. cit., pág.

(36) Conf. JIMÉNEZ DE ASÚA, quien puntualizó ya con agudeza este requisito, *Tratado*, tomo III, 3.ª ed., Bs. As., 1965, 425; RUDOLPHI, loc. cit., pág. 157 y siguientes. En contra WELP, loc. cit.

Es decir, que la posición de garante requiere que el autor haya creado un *peligro adicional* al permitido para la fuente que el mismo debe custodiar y encauzar, o sea, que se encuentra bajo su dominio para que su omisión sea equivalente a una acción; de lo contrario no habrá posición de garante (37).

Como se ve, la idea de la ingerencia no tiene ya prácticamente lugar en el sistema penal argentino, por lo que la fundamentación de la responsabilidad por una omisión impropia basada en la sola conducta precedente como se admitió en general —salvo el caso de JIMÉNEZ DE ASÚA Y NÚÑEZ, aunque éste menos claramente— en nuestra dogmática no tiene hoy vigencia. *La ley no establece en ninguna parte una posición de garante semejante, ni permite deducirla con la amplitud que se ha pretendido.* Si esto ya era claro antes de la sanción del artículo 106, C. p., ahora no puede ofrecer dudas.

## V

Frente a esta concepción no puede resistir el análisis el intento de designar como garante y responsabilizar por estafa al vendedor de un inmueble que ha silenciado, al comprometerlo en venta, un gravamen real que pesa sobre aquél y que impedirá el traspaso de la propiedad (38). En primer lugar, porque es evidentemente un abuso de lenguaje afirmar que el vendedor “emplaza” al comprador en una situación de peligro, pues en todo caso éste ha aceptado la oferta, o sea, que ha colaborado en ponerse en peligro o, inclusive, puede haber sido el autor de la oferta. ¿Es posible creer que cuando el vendedor se limita a *aceptar* una oferta que le hace el comprador silenciando el gravamen, ha *emplazado* al vendedor en una situación de peligro? Por cierto, que, de cualquier manera, si fuera factible hacer aquella exagerada afirmación del vendedor que promueve con su oferta la celebración del acto jurídico, ello no sería adecuado respecto del caso en que el comprador ha impulsado y “dominado” la realización del negocio jurídico. En este supuesto el comprador se emplazó solo. Por otra parte, y teniendo en cuenta que la compraventa es un contrato bilateral, en el que ambas parte ocupan simétricamente posiciones contrarias, el comprador que silencia un embargo de su dinero depositado en un banco y luego no cumple con la cancelación del precio por ese motivo, también debería ser responsable de estafa, si se aplicara el criterio que venimos analizando.

Pero, además de ser incorrecto el criterio empleado para definir la creación del peligro y para la deducción de la posición de garante del vendedor, aquél no puede jugar en el caso de pago al contado y entrega de la posesión que ocurren en el mismo momento de la escritura

(37) Conf. WILHELM GALLAS, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, Heidelberg, 1964, pág. 40.

(38) SPOLANSKY, loc. cit.

pública, pues en este caso no hay posibilidad de recurrir a un hecho temporalmente previo a la omisión de comunicar el gravamen, que actúe como fundamento de la posición de garante, y lo cierto es que la idea de la ingerencia (o de la omisión propia fundada en la conducta precedente) es consustancial con el distinto momento *temporal* del hecho *previo* y de la omisión *posterior*. Esto ya lo vio BIDDING (39) y no lo negó ni puso nunca nadie antes o después de él en duda. Pretender ahora reemplazar esa sucesión necesariamente temporal por otra *meramente lógica* tiene consecuencias muy graves.

Especialmente cabe destacar que, de esta manera —y al amparo de un concepto de omisión cuyo substracto es valorativo—, se convierte la *realización positiva* de una acción en *una acción no realizada* (omisión). ¿Cómo puede derivarse de la contrariedad al deber de informar con que se *realiza* una acción, su transformación en una *omisión*? ¿Cómo algo que tiene lugar, pasa a no tener lugar? Un caso puede mostrar esto mejor: V (vendedor) acepta la oferta de C (comprador) sin manifestar que el inmueble está hipotecado. Nadie puede dudar que V realiza algo positivo (aceptar la oferta) aunque violando el deber de informar del Código civil. Lo mismo ocurre en el delito culposo, se *realiza* una acción omitiendo el cuidado exigido: ¿podremos creer que en el homicidio culposo es primero la acción de conducir a excesiva velocidad, más la omisión posterior de evitar el resultado evitable? Como lo ha afirmado con razón ARMIN KAUFMANN, mientras en la comisión se requiere esencialmente un acto positivo del autor, en la omisión es preciso que *falte la realización* de una acción (40).

Con la afirmación de que la determinación de un hecho como acción u omisión depende de instancias valorativas se llega a soluciones verdaderamente arbitrarias, no sólo como la que estamos analizando, sino también como la del famoso caso que presentan MEZGER y MAURACH y BAUMANN para ejemplarizar este criterio (40 bis).

En efecto, el dueño de la fábrica que *entrega* a sus obreros los pelos de cabra *sin desinfectar* y los produce la muerte, los mata mediante un acto positivo: lo mismo ocurre cuando la enfermera que, negligentemente, es decir, sin las verificaciones que el cuidado exige, aplica una inyección equivocada que causa la muerte del paciente, ¿podría decirse que la enfermera omitió dar la inyección?, ¿qué diferencia hay en este caso respecto del que acepta o formula una oferta, omitiendo a la vez informar la existencia de un gravamen? El caso de los pelos de cabra constituirá un homicidio culposo cometido activamente si el autor no quiso el resultado, y doloso si lo quiso o por lo menos se lo representó y lo asintió. Recurrir allí a la omisión impropia es una manera de ampliar arbitrariamente el tipo. Precisamente en la solución del caso de la estafa que estamos criticando esto se ve con más claridad, pues la acción positiva no es típica, y para adecuarla al tipo se

(39) NORMEN, loc. cit.

(40) Loc. cit., págs. 88 y 89.

(40 bis) BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 4.<sup>a</sup> ed., Bielefeld, 1966, pág. 220.

prescinde de ella y se recurre al criterio de la responsabilidad emergente de una conducta precedente, que como tampoco siempre es precedente, se reemplaza por una sucesión lógica, que cuando el impulso para la conclusión del negocio jurídico (oferta) proviene del comprador, debe terminar entonces en una responsabilidad por omisión en que la conducta "precedente" pertenece al del propio lesionado. Esta concepción, como se ve, contradice todos los principios en que se apoya la responsabilidad penal (41). Para afirmar una solución como esta, sería necesario previamente establecer la posibilidad de la concomitación de momentos activo (tendientes al resultado) en la omisión. Pero ello es radicalmente imposible. Sería, en realidad, lo opuesto a la teoría de las acciones concluyentes, es decir, de acciones que por el contexto social en que son realizadas implican también la afirmación de circunstancias que se omiten al mismo tiempo declarar expresamente (42). La posibilidad de construir una estafa por omisión en el caso de la compraventa, requiere previamente la destrucción de la teoría de las acciones concluyentes y la afirmación de momentos comisivos en la omisión (43) que, como vimos en el párrafo anterior, exige por un lado el sospechoso concepto valorativo de la omisión (44), y por otro conduce a una ampliación del tipo que, por lo menos, es analógica.

Finalmente, es innecesario demostrar que el criterio analizado no cumple con los requisitos que exige el Código penal para admitir la posición de garante: ni puede afirmarse que el vendedor haya sido puesto por el orden jurídico para custodiar y encausar una fuente

---

(41) Dejamos aquí de lado que la solución propuesta además es objetable en la medida en que los gravámenes de los inmuebles y los prendarios de los muebles son públicos por estar asentados en registros públicos y quien no toma conocimiento de ello es porque no quiere o por lo menos porque *assume el riesgo*, de donde se deriva que es también arbitrario sostener que la causa de la disposición patrimonial lesiva sea el silencio del vendedor, y no la propia conducta del comprador. Es el caso que frecuentemente se presenta en los delitos culposos cuando, a pesar de la infracción de reglamentos del sujeto activo, la víctima pone una causa con su propia conducta imprudente.

(42) Ver PAUL BOCKELMANN, *Estafa por medio de silencio*, Cuadernos de los Institutos, núm. 88 (Univ. Nac. de Córdoba), págs. 127 y sigs. (traducción de Conrado Finzi).

(43) Este es el método que intenté seguir en *Insolvencia y Delito*, Buenos Aires, 1970, en el capítulo dedicado a *Estafa, estelionato y silencio*, en el que, como se expresa en el prólogo, queda vigente, de cualquier manera, la demostración de que la ley que impone el deber de informar (Cód. civil) no equipara su infracción con la acción positiva de engañar del art. 172, Código penal.

(44) El concepto normativo de la omisión conduce en realidad a una decisión del sujeto que juzga la determinación de si un hecho es comisivo u omisivo, en base a pautas normativas que ningún autor ha expresado concretamente. De allí se deduce el amplio margen de arbitrariedad que hace inaceptable la solución. Como dice COSSIO, con razón, "la realidad de la comisión o de la omisión es un prius lógico de la realidad de la ejecución o de la abstención", y son realidades que "implican un juicio afirmativo cuando se trata de la ejecución o de la comisión, y un juicio indefinido cuando se trata de la omisión o de la abstención" (*La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.ª ed., Bs. As., 1964, pág. 699).

de peligro, frente a bienes jurídicos determinados, ni que el peligro para el bien jurídico se haya producido en su ámbito de dominio. Por supuesto que la omisión de informar es contraria al Derecho, pues el C. c. establece ese deber, pero la sola infracción del deber es insuficiente para constituirlo en garante: la propia ley civil excluye por sus consecuencias, del ámbito del tipo de estafa, las infracciones del deber de informar, dado que de otra manera la ley debería determinar la nulidad del acto, cosa que no sólo no hace, sino que excluye (45).

Con esto no se quiere afirmar que la estafa no sea susceptible de cometerse por omisión. Simplemente se procura demostrar que la idea de la ingerencia resulta inaplicable en los casos de compraventa de inmuebles.

---

(45) Conf. BACIGALUPO, *Insolvencia y delito*, loc. cit.

# «Tipología del delincuente español»

ALFONSO SERRANO GOMEZ  
Doctor en Derecho

SUMARIO: Introducción. Edad de los 750 autores estudiados. Edad cronológica y biológica. Tipo constitucional. Violencia empleada en la comisión de los delitos. Actividad delictiva. Tipo criminológico. Comparación de nuestra delincuencia juvenil con la población normal no delincuente. Conclusiones.

## I

### INTRODUCCION

Ya en las Leyes de Manú se hace referencia a las condiciones personales del autor (1); Platón realizó estudios de antropología; Séneca expone ideas de criminología en su tratado "De ira" (2); los fisonomistas dieron gran valor a la configuración externa, en la que se podía leer la moralidad de las personas (3); los frenólogos hicieron amplios estudios sobre cráneos (4). No faltaron detractores a todas estas teorías (5). De todas formas, hay que esperar a la escuela positiva con la que nacerá, de forma definitiva, la Criminología. Esta dio gran impulso al estudio del autor, aunque en el campo penal fueron muy escasas sus aportaciones.

Inicia Lombroso el positivismo criminológico (basado en princi-

---

(1) MANAVA-DHARMA-SASTRA, siglo XIII a XI a de J. C., Libro VIII.

(2) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Manual de Derecho penal*, Madrid, 1933, página 165.

(3) AVICENA llamó "elegante" al conocimiento natural de las cualidades internas por las formas externas; JERÓNIMO CORTÉS dijo de la Fisonomía: "Es ciencia ingeniosa y artificiosa de naturaleza, por la cual se conoce la buena o mala complexión, la virtud y vicio del hombre por la parte que es animal." Padre JERÓNIMO MONTES, *Precursores de la ciencia penal en España*, Madrid, 1911, pág. 49.

(4) La figura más destacada fue GALL, quien consideró el cerebro humano como un conjunto de órganos independientes entre sí y con una función particular cada uno, llegó a asignar 27 órganos distintos y sus discípulos llegaron a enumerar hasta 38. Todo esto lo relacionaban con la conducta que seguiría la persona. Estas teorías tuvieron escasa duración a igual que la Fisonomía.

(5) Decía el Padre FEIJÓO que se reía "de esos que andan tomando medidas a los miembros para computar el valor de las almas". Padre MONTES, obra cit., pág. 60.

plos antropológicos y sociales), aunque él basa sus estudios en la antropología, principalmente, dando poco valor a los factores sociales (6).

España tuvo notable aportación al estudio del autor en su configuración constitucional. Séneca (7); nuestros filósofos (8), teólogos juristas y médicos de los siglos XVI y XVII (9).

La figura más destacada, sin duda alguna, fue Mariano Cubi Soler (nacido en Malgrat, en el año 1801 y fallecido en Barcelona, en 1875). Fue precursor de Lombroso en los estudios de Antropología criminal. Estuvo en Norteamérica, donde hizo un estudio de más de 2.000 cabezas. Fundó diversas sociedades frenológicas; es autor de diversas obras (10). En el año 1845 abrió una cátedra de Frenología. En 1844, veinte años antes de que Lombroso se preocupara por sus es-

(6) *L'Uomo delinquente...*, que se publicó en 1876. En total se han publicado cinco ediciones completas y una reducida por su hija Gina (Turín, 1924).

(7) Vid. OPERA, con adiciones de ERASMO ROTEROD, Basilaee. I. Hervagium, 1587 (*De ira*, págs. 284 y sigs.).

(8) El tema de la vagancia y mendicidad lo trataron VIVES, MEDINA y PÉREZ DE HERRERA con sentido criminológico. ASÚA, obra cit., pág. 175.

(9) Los teólogos españoles, SAN BUENAVENTURA en el siglo XII y el Padre F. EXIMENES, en el XIV, describieron el tipo criminal. El último se puede considerar como uno de los precursores de LOMBRÓSO, describía: "Los que tienen la cabeza muy puntiaguda, tienen con maldad poca firmeza y estabilidad y poco seso; ojos torcidos, son agudos en maldad, puntillosos y altaneros; orejas grandes, gran grosería y maldad brutal; nariz aplastada o torcida, poco valor, estabilidad y cortesía con maldad; boca grande, desvergonzados y groseros en el hablar, glotonos y por maldad que tienen no pueden ocultar nada; dientes separados, maliciosos y poca fidelidad; lampiños, maldad especial, y feminal y casi inapreciable; la voz agria, desvergonzados y con maldad; los jorobados, son agudos y osados y lujuriosos y con malos pensamientos; los brazos cortos, el uno o el otro, hombres terribles; los que tienen seis o siete dedos en manos o en pies tienen muy desesperada maldad y son hombres muy peligrosos... *El Christia*, 1389. Véase HUARTE DE SAN JUAN, *Examen de Ingenios*, 1575; ZABALETA, *Teatro del hombre*, 1652.

En 1599 escribía JERÓNIMO CORTÉS: "Los hombres de estatura larga y derecha y más flacos que gordos, suelen ser atrevidos, crueles, de gran ira y presunción; si gruesos y altos, porfiados, ingratos y prudentes, y si de corta estatura, sospechosos y de mucha ira..." *Phisonomia y varios secretos de naturaleza*, 1607.

ESTEBAN PUJASOL decía: "Dientes caninos y agudos, propensión mala; rostro amarillo, perverso; estatura recta y derecha, presunción y ambición; brazos largos, buen ingenio, pero arrogantes y maliciosos, si cortos, malas entrañas.. *El sol sólo y para todos sol, de la filosofía sagaz y Anatomía de Ingenios*. Barcelona, PEDRO LACAVALLERÍA, 1637. ASÚA, obra cit., págs. 176 y sigs.

También cabe señalar a MERCADO (1605), SILVÉSTRE VELASCO (1517), PEDRO SÁNCHEZ CIRUELO (1539), MARTÍN DEL RÍO (1612), etc.

(10) *Introducción a la Frenología por un catalán*, BALTIMORE, 1836; *Manual de Frenología, o sea, Filosofía del Entendimiento Humano, fundada sobre la Fisiología del Zerebro*, Barcelona, 1843; *Sistema completo de Frenología, con sus aplicaciones al adelanto i mejoramiento del hombre individual i socialmente considerado*, Barcelona, 1844; *La Frenología y sus glorias. Lecciones de Frenología*, Barcelona, 1852.

tudios, escribía Cubi Soler: "La Frenología acaba de revelarnos, que sea cual fuere la naturaleza del alma, sus manifestaciones en este mundo, al menos, dependen de la organización cerebral, y que si esta organización no se mejora en algunos seres, o se les permite reproducirse, el alma manifestará en ellos aquellas aberraciones que llamamos verdadero crimen; cuando el hombre es demente o "criminal nato", si queremos aun servirnos de este último impropio término, todo el mundo conviene en que cualquier castigo es injusto e inútil... Hay criaturas humanas que nacen con un desmedido desarrollo de la Destruktividad, Acometividad o Combatividad, Adquisitividad, Secretividad y Amatividad..." En Cubi se encuentra el nombre del "delincuente nato". Y aunque en sus obras no expone una teoría del delito y delincuente de modo sistemático, hay desarrollados pensamientos criminológicos que por los que se le puede considerar como precursor de Lombroso y Ferri (11).

Con posterioridad a las concepciones antropológicas han aparecido nuevas teorías para determinar la constitución criminal del delincuente o ciertos temperamentos (12).

Vamos a exponer en el presente trabajo un estudio de 750 delincuentes españoles, siguiendo la tipología de Kretschmer (13), a la que compararemos nuestra delincuencia. Aunque las teorías de este autor han sido superadas en la actualidad, sin embargo, intentaremos recordarlas, sin pretender sacar conclusiones matemáticamente exactas (14).

Establece Kretschmer, en su Biograma, los siguientes tipos constitucionales:

*Leptosómico*.—De figura corporal estrecha y alargada; rostro alargado, con perfil aguileño; propenso a las psicosis esquizofrénicas, e insensible al mundo exterior.

*Atlético*.—Fuerte desarrollo óseo y muscular; propenso a las psicosis esquizofrénicas y epilepsia; sociabilidad indiferente, con reacciones violentas y timidez.

*Pícnico*.—Adiposo y de gran sociabilidad.

Estos tipos señalados no se dan siempre puros (15), sino que hay

(11) Véase ASÚA, obra cit., págs. 190 y sigs.

(12) PENDE establece la siguiente tipología: hipertiroideo e hipotiroideo; DI TULLIO: tipo asténico, hipertímico, espasmódico y distímico; SHELDON, establece las siguientes clases de temperamentos: viscerotomía, somatotonía y cerebrotonía. Hay otras tipologías de JUNG, PERITZ, HOFFMAN, LA SENNE, etc. Véase *Trabajos recientes sobre endocrinología y psicología criminal*, Madrid, 1932, trad. de RUIZ-FUNES; SALDAÑA, Q., *La nueva criminología*, Madrid, 1935 —versión española—, págs. 357 y sigs.; *Las variedades del temperamento*, trad. de L. FABRICANT, 2.<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, 1960; ALVAREZ VILLAR, *Psicología Genética y Diferencial*, Madrid, 1965, y WILLEMSSE, W. A., *Constitution, Types of Delinquency*, Londres, 1932.

(13) *Constitución y carácter*, Barcelona, 1947, tra. de SOLÉ SEGARRA.

(14) Agradecemos a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias los datos que nos ha facilitado, a través de sus Equipos de Observación, para la elaboración del presente trabajo.

(15) FRANCHINI-INTRONA, *Delinquenza minorile*, Padova, 1961, pág. 109.



El segundo grupo —B— lo componen autores comprendidos entre los 21 y 30 años. Estos ya se pueden considerar físicamente formados, aunque pueda haber alguna pequeña discrepancia en las edades inferiores (16).

El último de los grupos —C— lo componen 250 delincuentes comprendidos entre las edades de 31 a 50 años. Aquí ya no pueden surgir dudas de su constitución, no obstante, su vigor físico en la mayoría de los casos se verá disminuido debido a la edad. Hemos procurado no tomar otros de más edad para obtener mejores resultados en las comparaciones que haremos entre los tres grandes grupos.

Aproximadamente las tres cuartas partes fueron autores de delitos contra la propiedad y la cuarta parte restante cometieron otras infracciones contra las personas, su honor, honestidad, violación del orden jurídico establecido, leyes especiales, etc. En cuanto a las infracciones contra la propiedad la casi totalidad fueron robo o hurto, siendo mayor la proporción de aquellos: se cometieron por cada hurto casi dos robos.

### III

#### EDAD CRONOLOGICA Y BIOLOGICA

Edad cronológica es la que corresponde a los años que tienen el sujeto que se está considerando, mientras que la edad biológica es la que corresponde a su desarrollo constitucional. Cuando el desarrollo físico (biológico), corresponde a la edad del sujeto (cronológico), entonces se dice que ambas edades coinciden, por lo que, en general, se considera normal su desarrollo; si este es menor del que le correspondería, entonces la edad biológica es negativa— hay déficit en el desarrollo; si la edad biológica es superior a la que le correspondería, entonces hay superavit.

---

(16) Véase HEUYER, *Dynamique des delits des mineurs*, en Sc. Pos., 1955, pág. 427; MARAÑÓN, G., *El crecimiento y sus trastornos*, Madrid, 1953; TANNER, M., *Graissance au moment de l'adolescence*, Oxford, 1955.

	Grupo A	Grupo B	Grupo C	TOTAL
	16-20 años	21-30 años	31-50 años	
Coinciden ambas edades ... ..	152	157	165	474
Supera la edad biológica a la cronológica :				
+ 1 año ... ..	54	41	22	117
+ 2 años ... ..	19	18	15	52
+ 3 años ... ..	8	12	11	31
+ 4 años ... ..	2	3	9	14
Otros ... ..	--	6	7	13
Es inferior la edad biológica a la que correspondería a la cronológica (hay menos desarrollo del normal).				
— 1 año ... ..	8	8	10	26
— 2 años ... ..	5	2	5	12
— 3 años ... ..	2	2	4	8
Otros ... ..	—	1	2	3
TOTAL ... ..	250	250	250	750

Se desprende del cuadro anterior que 276 de los autores tienen diferencia entre la edad cronológica y la biológica, supone el 37 por 100 del total. De estos, 49 tienen desarrollo constitucional deficiente (7 por 100), mientras que 227 presentan superávit (30 por 100).

Considerando particularmente los tres grupos se observa:

En el grupo A, como en todos, el superávit de la edad biológica sobre la cronológica se aprecia más en el primero de los casos (más un año), conforme aumenta un año más disminuye la proporción en las tres quintas partes en relación con el grupo anterior. A partir de tres años de superávit apenas tienen valor las cifras. Son 83 autores los que representan desarrollo superior al que les corresponde, mientras que solamente 15 tienen déficit, ocupando la casi totalidad de estos los que tienen una diferencia negativa de uno o dos años.

En el grupo B se observa algo similar, aunque aquí es menor el número de los que tienen solamente un año de superávit, por lo que es mayor el de los que tienen más años; las proporciones del paso de un grupo al siguiente es de dos a uno. Son 80 los que tienen superávit, teniendo importancia hasta tres años positivos, mientras que 13 representan déficit, teniendo solamente interés los de diferencia uno.

Las diferencias señaladas entre los grupos anteriores se acentúan más entre el A y C. El superávit tiene importancia hasta los cuatro años, habiendo poca diferencia entre cada escalón y el siguiente. Sin embargo, es mayor el número de los que tienen déficit en su desarrollo. 64 presentan superávit de la edad biológica sobre la cronológica y 21 déficit.

En el conjunto de los 750 autores, el 73 por 100 (474) tienen desarrollo normal, coinciden la edad cronológica y la biológica. En cuanto al mayor desarrollo es la edad de más de un año la que tiene gran importancia, con 117 casos (15,6 por 100), a partir de los tres años apenas si tiene valor. En el déficit solamente tiene cierto interés la edad de menos un año, con 26 casos (3,4 por 100).

IV

TIPO CONSTITUCIONAL (\*)

	Grupo A	Grupo B	Grupo C	TOTAL
Leptosómico ... ..	104	97	89	290
Atlético ... ..	65	59	42	166
Leptosómico-Atlético ... ..	46	37	26	109
Atlético-Leptosómico ... ..	11	8	7	26
Atlético-Pícnico ... ..	21	23	30	74
Pícnico ... ..	3	18	45	66
Otros ... ..	—	8	11	19
TOTAL ... ..	250	250	250	750

Se desprende del cuadro anterior que el tipo constitucional más frecuente del autor español es el leptosómico, que representa el 39 por 100 del total; le sigue el atlético, con el 22 por 100; los pícnicos solamente ocupan el 8,8 por 100. Esto en cuanto a los tipos puros. De los compuestos el de mayor porcentaje es el leptosómico-atlético, con el 14,5 por 100 del total, seguido del atlético-pícnico, con casi el 10 por 100; los atlético-leptosómico solamente ocupan el 3,4 por 100 (17).

Resultan tipos puros 522 (69,5 por 100) y compuestos 228 (30,5 por 100).

(\*) Esta tipología está deducida del resultado de las siguientes medidas —valores antropométricos— tomadas por los Equipos de Observación de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias:

Peso (en kgs.), talla (en m.), perímetro horizontal del cráneo, diámetro sagital del cráneo, diámetro biparietal máximo, diámetro vertical del cráneo, altura de la cara superior, altura de la cara inferior, altura de la nariz, diámetro bicigomático, diámetro bigoniaco, diámetro biacromial, diámetro bicrestal, diámetro bitrocantéreo, perímetro torácico en reposo, perímetro abdominal a nivel del punto medio entre el reborde costal inferior y la cresta ilíaca, perímetro de la cadera a nivel del trocánter, perímetro máximo del antebrazo izquierdo, perímetro máximo de la mano izquierda, longitud del miembro superior izquierdo al punto acromial, perímetro máximo de la pantorrilla izquierda, longitud del miembro inferior izquierdo al punto ilioespinal, longitud del miembro inferior izquierdo al punto sinfisiano (en cm.). Véase Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 186, pág. 410.

(17) La población normal se distribuye de la siguiente forma: El 50 por 100 leptosómicos, 30 por 100 de atléticos y el 20 por 100 de pícnicos (según tipología de KRETSCHMER). Véase FRANCHINI-INTRONA, obra cit., pág. 110, que lo toman de GEMELLI.

En el grupo A (16 a 20 años) prácticamente no se dan los pícnicos (1 por 100). Sin embargo, superan la media de los otros dos tipos puros (41,6 por 100 en los leptosómicos y 26 por 100 en los atléticos). En el compuesto leptosómico-atlético también superan la media (18 por 100), siendo inferior en los restantes.

En el tercer grupo C (de 31 a 50 años) aparecen diferencias notables en relación con el anterior, mientras superan la media general en los pícnicos (18 por 100) y atlético-pícnicos (12 por 100), en los demás se encuentran por debajo de la misma (35 por 100 en los leptosómicos, 16,5 por 100 en los atléticos y 10 por 100 en el compuesto leptosómico-atlético).

El segundo de los grupos, el B (21 a 30 años) se encuentra en situación intermedia entre el A y C, viniendo a representar la media en los tantos por cientos del total, así: el 38,8 en leptosómicos, 21,6 en atléticos, 14,8 en leptosómico-atléticos y 7,2 por 100 en pícnicos.

Los tres grupos, independientemente, vienen manteniendo la media general de los tipos puros y los compuestos, en bloque.

Justifica mayor proporción de pícnicos y sus compuestos en los de mayor edad debido a la actividad delictiva que después veremos; para la estafa, por ejemplo, cometida con más frecuencia por los de esta constitución, es necesario tener edad avanzada, pues un joven no está en situación social y de experiencia para poder llevarla a cabo.

## V

### VIOLENCIA EMPLEADA EN LA COMISION DE LOS DELITOS

TIPO CONSTITUCIONAL	Grupo A		Grupo B		Grupo C		TOTAL	
	Sí	No	Sí	No	Sí	No	Sí	No
Leptosómico ... ..	48	56	38	59	25	64	111	179
Atlético ... ..	40	25	32	27	15	27	87	77
Leptosómico-Atlético ...	25	21	16	21	8	18	49	60
Atlético-Leptosómico ...	6	5	3	5	2	5	11	15
Atlético-Pícnico... ..	8	13	7	16	6	24	21	53
Pícnico ... ..	1	2	5	13	6	39	12	54
Otros ... ..	—	—	3	5	3	8	6	11
TOTAL ... ..	128	122	104	146	65	185	297	453

Se expone en el cuadro anterior la forma de manifestarse el delincuente español en el momento de ejecutar los hechos, si emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, o, si por el

contrario, procura actuar de tal forma que no quiere causar ningún daño, sólo persigue obtener los beneficios del delito. Hay autores que no les importa lo más mínimo emplear la violencia o cometer grandes destrozos con tal de conseguir su fin, otras veces lo hace para terminar los hechos de forma más rápida; otros, sin embargo, intentan evitar la violencia, prefiriendo a veces desistir de su empeño que causar otros males, este delincuente es menos peligroso que el anterior. La violencia se utiliza más frecuentemente por los jóvenes que por los adultos, debido a su mayor vigor físico —por tal motivo se emplea más por los atléticos que por otros tipos constitucionales—.

Emplearon la violencia 297 autores (40 por 100 del total), mientras que no la utilizaron 453 (60 por 100). De todas formas también influye el número de los que actúan, su habilidad para ejecutar los hechos, preparación, resistencia de la víctima, protección de las cosas que serán violentadas o no, lugar, experiencia del autor, temor, etc.

Solamente en el tipo constitucional de los atléticos es superior el número de los que utilizaron la violencia al que no la empleó, en los demás la violencia se utiliza en menor proporción. Los que menos la emplean son los pícnicos, donde por cada uno que la utiliza hay cinco que no lo hacen; le siguen los atlético-pícnicos, con la proporción de tres a cinco, y de los leptosómicos con la misma proporción.

De todas formas es en la juventud, grupo A, donde más se hace uso de la violencia y en los de mayor edad donde menos, grupo C. El mayor vigor físico, mejores facultades, y menor reflexión y responsabilidad, dejan sentirse.

Mientras en el grupo A, vienen a coincidir el número de los que utilizan la violencia en sus delitos con los que no hacen uso de ella; en el B, por cada dos que la emplean hay tres que no lo hacen, y en el C, esa proporción es de uno a tres. Se aprecia, además, en el cuadro general diferencias notables entre los distintos grupos y los tipos: mientras los jóvenes superan la violencia en los tipos atlético y leptosómico-atlético, los del grupo B, solamente la superan en los atléticos y los del C en ningún caso.

Nos demuestra todo esto que la mayor peligrosidad la representan los autores de menor edad, hasta los 25 años; conforme se van haciendo viejos, se perfeccionan en sus actividades, son más precisos, pero su peligrosidad suele disminuir, pues aunque lo sean preparan mejor sus hechos y difícilmente tropezarán con dificultades que les haga utilizar la violencia.

## VI

## ACTIVIDAD DELICTIVA

Exponemos seguidamente la forma de manifestarse nuestro delincuente en relación con los hechos y bien jurídico lesionado.

	Grupo A	Grupo B	Grupo C	TOTAL
Contra el patrimonio sin violencia.	95	102	131	328
Contra el patrimonio con violencia.	105	91	37	233
Contra las personas sin violencia ...	6	6	10	22
Contra las personas con violencia ...	19	29	32	80
Contra la propiedad y personas con violencia ... .. .	4	3	3	10
Contra el orden jurídico establecido.	3	8	21	32
Otros ... .. .	18	11	16	45
TOTAL ... .. .	250	250	250	750

Se desprende del cuadro anterior que la violencia contra el patrimonio —fuerza en las cosas— se utiliza en menor proporción que la no violencia, en la relación de cuatro a seis. Sin embargo, en los delitos contra las personas, por cada vez que no se emplea sí se utiliza en cuatro ocasiones; en realidad es difícil no utilizar la violencia en estas infracciones, principalmente porque el perjudicado ofrece resistencia.

Los delitos contra el orden jurídico establecido son más frecuentes conforme el autor va teniendo más edad.

Como apuntamos anteriormente la violencia es empleada más veces por los jóvenes que por los adultos; a mayor edad menor uso de la misma.

## VII

## TIPO CRIMINOLOGICO

Para los tipos criminológicos se tiene en cuenta lo que al respecto establece Seelig (18), aunque también se consideran otros conceptos.

Se consideran delincuentes profesionales a todos aquellos que sacan ciertos beneficios de sus actividades, unos viven del delito largas temporadas, mientras que otros lo hacen por algunos espacios de tiempo. La mayoría de ellos se iniciaron a edad temprana, llevando una conducta desordenada y comenzando por cometer pequeños hurtos, faltan

(18) *Tratado de Criminología*, trad. de RODRIGUEZ DEVESA, Madrid, 1958, págs. 65 y sigs.

a la escuela, no aprendieron un oficio, trabajaron temporalmente en varios sitios diferentes y en las actividades más diversas, fueron desafectos a su familia, en no pocas ocasiones se dedicaron a la vida errante de la semivagancia, etc. En las chicas se aprecia una precoz desmoralización sexual. Sin embargo, no toda la culpa fue de ellos, la familia, el ambiente y otras múltiples causas influyeron de forma notable en ese camino torcido que habrían de seguir (19).

Son profesionales activos aquellos que organizan y ejecutan decididamente los delitos: por su parte los pasivos son más débiles ante la criminalidad, difícilmente actúan solos, necesitan a otro u otros que les animen.

Dentro de los delincuentes por falta de consistencia moral se incluyen aquellos que han tenido una formación de su personalidad defectuosa, reflejada principalmente en sus "actitudes". Apenas tienen principios morales, en cuanto a su iniciación al delito suele ser temprana, sus relaciones familiares son deficientes, también son poco firmes sus principios religiosos, en suma, son un grupo marginal en la sociedad.

Los delincuentes por falta de consistencia social, aunque imbuidos de los defectos anteriores, no son tan marcados; han tenido mejor relación familiar, son ligeros en sus decisiones y no respetan las normas de convivencia social. Son menos peligrosos que los anteriores y utilizan con menos frecuencia la violencia. En el último estrato se encuentran los que delinquen por falta de disciplina social (delitos de tráfico, otros de imprudencia, para terminar con los actos de gamberismo).

El delincuente por debilidad, que no es peligroso, no emplea la fuerza o violencia. El autor se ve provocado por la oportunidad que se le brinda de cometer el delito, no es capaz de sobreponerse a la tentación. También aquí hay un fondo de falta de consistencia moral. Cometen pequeños hurtos, estafas, apropiaciones indebidas, etc.

Los que delinquen por falta de dominio del impulso sexual se debe principalmente a que no son capaces de dominar el instinto sexual a igual que lo hacen otros ciudadanos. Se da con más frecuencia en los adultos que en los jóvenes.

Dentro de los autores por rebeldía contra el orden jurídico establecido hay algunos que ejecutan los hechos por verdadera convicción. En este apartado se recogen la mayoría de los delitos contra la seguridad interior del Estado y el autor los ejecuta, a veces, convencido de que con ello hace un bien a la sociedad, es una forma de remediar muchas injusticias. Los autores suelen ser muy exaltados y de difícil dominio de sus impulsos, que es precisamente lo que les lleva al delito en la mayoría de los casos.

De todas formas las personalidades criminales son muy difíciles

---

(19) Véase nuestra obra, *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, segunda parte, Madrid, 1970.

de conocer. Los tipos que hemos señalado no son siempre puros —dentro de cada categoría—; se aprecia con frecuencia matices diversos que dificultan la clasificación. Los casos dudosos se incluyen en el apartado que mejor encajan, pero sin que sean tipos criminológicos puros. Por todo ello esta clasificación hay que admitirla con ciertas reservas.

En este apartado, como en todos los demás, no se incluye a ninguna mujer. Los 750 autores objeto del estudio son varones.

	Grupo A	Grupo B	Grupo C	TOTAL
Delincuente profesional activo ...	41	36	18	95
Delincuente profesional pasivo ... ..	65	57	51	173
Delincuente por falta de consistencia moral ... .. .	66	52	7	125
Delincuente por falta de consistencia moral y social ... .. .	26	20	10	56
Delincuente contra el patrimonio por debilidad ... .. .	28	49	92	169
Delincuente por defectuoso dominio de los impulsos sexuales ... ..	6	9	16	31
Delincuente por rebeldía contra el orden jurídico establecido ... ..	3	8	21	32
Otros ... .. .	15	19	35	69
TOTAL ... .. .	250	250	250	750

Además de los tipos criminológicos expuestos en el cuadro anterior hay otros tales como los psicópatas, pervertidos sexuales, débiles mentales, etc.

Supone la delincuencia profesional algo más de la tercera parte del total (35 por 100), siendo más frecuente la pasiva (22,5 por 100). Representa la delincuencia por falta de consistencia moral el 22,5 por 100, los delincuentes por debilidad el 16,5 y los dos últimos tipos solamente el 4 por 100 cada uno.

Mientras la delincuencia profesional activa es más frecuente a menor edad, la pasiva casi se iguala en todos los grupos. La delincuencia por debilidad, sin embargo, es mucho más frecuente entre los de mayor edad; igual sucede en los delitos de los dos últimos tipos criminológicos. El grupo B (21 a 30 años) sigue el término medio entre los otros dos. Es donde mejor se refleja la realidad de nuestra delincuencia.

La exposición que hemos venido haciendo se refiere casi única y exclusivamente a los delincuentes contra la propiedad, que representan las tres cuartas partes del total. Vamos a ver de forma muy breve la relación que hay entre el tipo constitucional y ciertas actividades delictivas.

En los homicidios predomina el tipo atlético. De veintiún autor, nueve son atléticos, cuatro leptosómico-atléticos, tres leptosómicos, dos atlético-pícnico, dos pícnicos y un atlético-leptosómico.

En las violaciones, intentos y abusos deshonestos, predominan los leptosómicos, difícilmente aparecen los atléticos. Solamente se conocen ocho violadores, de los que tres eran débiles mentales.

En los delitos contra la propiedad el robo se efectúa con mayor frecuencia entre los atléticos (20).

De entre los 81 casos de homosexualidad probada o de sospecha muy fundada, los resultados fueron los siguientes:

13 atléticos, que generalmente cometen los actos por dinero, 36 eran leptosómicos, 14 leptosómico-atlético, 10 atlético-pícnico, 5 leptosómico-atlético y 3 atlético-leptosómico.

## VIII

### COMPARACION DE NUESTRA DELINCUENCIA JUVENIL (16-20 AÑOS) CON LA POBLACION NO DELINCUENTE EN EL ASPECTO CONSTITUCIONAL

Terminamos el presente trabajo haciendo una comparación de los delincuentes comprendidos en el grupo A, delincuentes juveniles, que se encuentran entre las edades de 16 y 20 años —ambas inclusive—, con la población normal. Vamos a ver tres aspectos: estatura, peso y perímetro torácico. No podemos considerar más aspectos, así como tampoco podemos realizar un estudio de los grupos B y C, por falta de material.

Emplearemos las medidas que el Ejército toma de los jóvenes reclutas —de 21 años de edad—. Sin embargo, hemos de señalar que hay una diferencia de unos dos años, entre la media de los soldados y la de los 250 jóvenes delincuentes que hemos venido considerando, que beneficia a la población no delincuente, pero al no poder conseguir datos más aproximados utilizaremos éstos. (21).

---

(20) RIELD señala para la delincuencia en general la siguiente proporción en cuanto a la comisión de los hechos: Ladrones: el 42,7 por 100, Leptosómicos; el 36,2 por 100, atléticos; 21,1 por 100 de pícnicos. Estafas y otros: 61 por 100 de leptosómicos; 12 por 100 de atléticos; 18,5 por 100 de pícnicos.

En relación con los temperamentos establece: Esquizotímico (comprende a leptosómicos y atléticos) y ciclotímico (pícnicos). En delitos contra las personas: Esquizo., el 73 por 100, ciclo, el 26 por 100; delitos de robo: Esquizo. el 65,5 por 100, ciclo, el 31,5 por 100; delitos de estafa u otros engaños: Esquizo. el 57,3 por 100 y ciclo, el 42,7 por 100. Citado por FRANCHINI-INTRONA, obra cit., pág. 110.

Véase RENÉ RESTEN, *Caracterología del criminal*, Barcelona, 1963, páginas 124 y sigs.

(21) Véanse Anuarios Estadísticos de España, en especial el del año 1967, pág. 60.

*Estatura:*

- |    |  |          |
|----|--|----------|
| a) | Estatura media de los soldados del replazo del año 1957 ... .. . | 1,664 m. |
|    | Estatura media de los soldados del replazo del año 1962 ... .. . | 1,672 m. |
|    | Estatura media de los soldados del replazo del año 1966 ... .. . | 1,678 m. |
| b) | Estatura media de los 250 jóvenes delincuentes ...               | 1,705 m. |

Se desprende del cuadro anterior que la estatura de nuestra delincuencia juvenil supera a la de la población normal, pese a que los chicos con quienes la comparamos vienen a tener dos años más de edad. Se observa que la estatura media de los españoles aumenta aproximadamente un milímetro y medio por año; se puede calcular entonces que los soldados en el año 1971 —fecha en que tendrían 21 años la media de los chicos que consideramos— tendrán una estatura media de 1,686 metros, que sigue siendo inferior a la de los jóvenes delincuentes, aunque no hay duda de que alguno de ellos todavía ha de crecer algo.

En vista de todo lo anterior, se aprecia que la juventud delincuente española tiene una estatura media superior a la normal (22).

De los 250 chicos delincuentes, 159 rebasan la estatura de 1,686 metros y 177 pasan de 1,678. Si consideramos la primera cifra, resulta que el 63 por 100 tiene estatura superior a la normal, repartida de la siguiente forma:

- 33 se encuentran entre 1,587 y 1,700 m.
- 77 se encuentran entre 1,701 y 1,750 m.
- 41 se encuentran entre 1,751 y 1,800 m.
- 8 rebasan la estatura de 1,800 m.

El más alto de los chicos tiene una estatura de 1,908 metros y el más bajo 1,512. Solamente hay 10 con estatura inferior a 1,600 m.

*Perímetro torácico*

En relación con el perímetro torácico en los soldados encontramos la media siguiente:

- |    |   |          |
|----|---|----------|
| a) | Reemplazo del año 1957 ... .. .         | 87,3 cm. |
|    | Reemplazo del año 1962 ... .. .         | 88,2 cm. |
|    | Reemplazo del año 1966 ... .. .         | 88,7 cm. |
| b) | De los 250 chicos delincuentes ... .. . | 88,1 cm. |

Se observa que el perímetro torácico es menor en los jóvenes delincuentes que en la población normal. De todas formas la proporción

---

(22) VERVAECK estima que la talla media de los delincuentes rebasa a la de los normales en un 88,7 por 100 de los casos, mientras que BOISSON la eleva el 91 por 100. Citados por RENÉ RÆSTEN obra cit., pág. 122.

es buena si se considera: Que tienen una media inferior a dos años y que todavía no hay en ellos tejido adiposo, lo cual influye, aunque sea en pequeña proporción, en su perímetro torácico. Solamente 109 de los chicos superan la media de los soldados (43,6 por 100) y es inferior en 141 casos (56,4 por 100).

*Peso*

En relación con el peso de los dos grupos que consideramos, se obtienen los resultados siguientes:

- |    |  |           |
|----|--|-----------|
| a) | Soldados del reemplazo del año 1957 ... .. | 62,8 Kgs. |
|    | Soldados del reemplazo del año 1962 ... .. | 64,0 Kgs. |
|    | Soldados del reemplazo del año 1966 ... .. | 65,3 Kgs. |
| b) | De los 250 jóvenes delincuentes ... ..     | 63,8 Kgs. |

La consecuencia de un menor peso en los jóvenes delincuentes viene determinada por su menor perímetro torácico y menor tejido adiposo, pese a ser mayor la estatura. También el peso es inferior al de la población reclusa en general (23). No se debe olvidar, empero, que nos encontramos con chicos que todavía no están formados físicamente —por lo menos los de 16, 17 y 18 años—. Para algunos autores ese desarrollo no se consigue hasta los 25 años (24). También el menor peso se debe a la vida que llevan, muchas veces completamente desordenada.

En vista de lo anterior, hay un hecho cierto: Que nuestra delincuencia juvenil no se encuentra tarada físicamente, viene a coincidir con la población media, superándola en algunos aspectos. No hay en nuestras instituciones penitenciarias chicos enfermizos, mal alimentados o tuberculosos; las taras físicas son muy raras en ellos, solamente aparecen en un dos o tres por ciento de los casos y debidas generalmente a accidentes. La mayor diferencia con la población en general se encuentra en el peso (25), superándola en estatura.

El día primero de enero de 1967, de 158 enfermos que había en el Hospital Penitenciario de Madrid, solamente tres eran menores de 21 años; en el Psiquiátrico, de 140, solamente dos eran menores y se encontraban en observación, y en el Antituberculoso de Guadalajara no aparece ningún recluso menor de 21 años (26).

(23) Peso medio de reclusos que cumplieron condena en el año 1967 (63,727 Kg.), 1968 (64,750 Kg.) y de los preventivos, año 1967 (65,880 Kg.) y 1968 (65,835 Kgs.). Se incluyen todas las edades. Estadísticas de la Dirección general de Instituciones Penitencias, año 1968, pág. 66.

(24) Véase nota 16.

(25) Los chicos, al ingresar en la institución penitenciaria y durante los primeros días de su vida en la misma, tienen menor peso que antes de ser detenidos. La detención, el interrogatorio, su presencia ante el juez, el ingreso en prisión, etc. son una serie de circunstancias que necesariamente han de influir en su estado de ánimo y en definitiva en su peso.

(26) Según estadísticas confeccionadas por nosotros.

Por todo lo expuesto, cabe concluir diciendo: Nuestra delincuencia juvenil no encuentra justificación en un posible desarrollo físico defectuoso para seguir una conducta criminal.

## IX

### CONCLUSIONES

Presentamos unas conclusiones de carácter general, para poder apreciar con mayor claridad los rasgos fundamentales del delincuente español.

I. España ha contribuido notablemente al estudio del autor desde los tiempos más remotos, con Séneca; los teólogos San Buenaventura y el Padre Exímenes, que se le puede considerar como uno de los precursores de Lombroso; filósofos, teólogos, juristas y médicos de los siglos XVI y XVII, Vives, Medina y Pérez de Herrera, etc., por citar algunos; frenólogos, siendo el más importante de todos los estudiosos de Antropología criminal Mariano Cubi Soler, que vive en el siglo XIX.

II. Se ha hecho un estudio de diversas edades, subdivididas en tres grupos, uno de ellos dedicado a la delincuencia juvenil, para sacar conclusiones lo más precisas que ha sido posible.

III. El delincuente español tiene superávit en su desarrollo en el 30 por 100 de los casos. La edad biológica supera a la cronológica.

— Hay déficit en el 7 por 100 de los casos. La edad biológica es inferior a la cronológica.

— El desarrollo es normal en el 63 por 100 de los casos. Coinciden ambas edades.

— Tanto el superávit como el déficit tienen su mayor proporción en la diferencia de un año (en más o en menos), siendo escaso el valor a partir de los tres años.

— El superávit es más frecuente en los delincuentes de menor edad y en el déficit sucede lo inverso.

IV. El tipo constitucional más frecuente es el leptosómico, representa en 39 por 100 del total.

— Los atléticos ocupan el 22 por 100.

— Los pícnicos el 8,8 por 100.

— Los leptosómicos-atléticos el 14,5 por 100.

— Los atlético-leptosómicos el 3,4 por 100.

— Los atlético-pícnicos el 9,9 por 100.

— Los tipos leptosómico y atlético se dan con más frecuencia en los de menos edad que en los adultos, así como las combinaciones de ambos (lep-atlé. y até-lep.).

— El pícnico prácticamente no se da en los jóvenes, siendo frecuente a partir de los 30 años.

— Representan los tipos puros el 69,5 por 100 del total y los compuestos el 30,5 por 100.

— La proporción anterior viene a ser similar en los tres grupos de edades que se han estudiado.

V. Es empleada la violencia en el 40 por 100 de los casos y no lo es en el 60 por 100.

— El tipo constitucional que la emplea con más frecuencia es el atlético, cosa lógica, ya que son los mejor dotados físicamente. Dentro de éstos por los de menos edad.

— A excepción de los atléticos en los demás tipos el número de los que emplean la violencia es inferior al de los que no la utilizan.

— Son los pícnicos los que menos utilizan la violencia en sus delitos, seguidos de los atlético-pícnicos.

— La violencia es en todos los tipos utilizada en mayor proporción por los jóvenes que por los adultos. A mayor edad menor uso de la violencia.

VI. La actividad delictiva más frecuente es contra la propiedad, seguida de los delitos contra las personas y honestidad (27).

— Se emplea más la violencia en los delitos contra las personas.

— En los delitos contra la propiedad, los jóvenes —de 16 a 20 años— utilizan la violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas en mayor proporción que el no uso de la misma.

— Las infracciones contra el orden jurídico establecido son más frecuentes a mayor edad.

VII. En relación con el tipo criminológico, el delincuente profesional representa el 35 por 100 del total.

— Por falta de consistencia moral el 22,5 por 100.

— Por falta de consistencia moral y social el 7,3 por 100.

— Por debilidad el 16,5 por 100.

— Defectuoso dominio impulso sexual el 4 por 100.

— Rebeldía contra el orden jurídico establecido el 4 por 100.

— Otros el 9,2 por 100.

En cuanto a la relación entre el tipo criminológico y la actividad delictiva cabe destacar:

— En los homicidios predomina el tipo atlético.

— En las violaciones predominan los leptosómicos.

— En el robo los atléticos.

— En la homosexualidad los leptosómicos.

---

(27) La población penal española, en relación con las infracciones, el 31 de diciembre de 1968 representaba, para los varones: Delitos contra la propiedad, 63,72 por 100 del total; delitos contra las personas, el 10,61 por 100; delitos contra la honestidad, el 8,19 por 100, y delitos contra la seguridad del Estado, el 4,75 por 100. Según datos tomados de la Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, año 1968, págs. 12-13.

VIII. En la relación juventud delincuente y no delincuente, cabe resaltar :

— Los delincuentes superan en estatura media a la población no delincente.

— Tienen inferior peso.

— Tienen menor perímetro torácico.

# SECCION LEGISLATIVA

## LEY DE CAZA

LEY 1/1970, DE 4 DE ABRIL

(«B. O. E.», núm. 82, de 6 de abril de 1970)

Transcurrido más de medio siglo desde que se promulgó en mil novecientos dos la vigente Ley de Caza, resulta obligado dejar constancia del acierto de los legisladores al enfrentarse con los difíciles problemas que ya entonces planteaba la armonización del aprovechamiento y conservación de la caza con el respeto debido a los derechos inherentes a la propiedad de la tierra, a la seguridad de las personas y a la adecuada protección de sus bienes y cultivos.

No obstante, las circunstancias actuales, tan distintas de las imperantes a principios de siglo, aconsejan adoptar determinadas medidas correctoras, encaminadas a modernizar los preceptos cinegéticos vigentes, con el fin de procurar que el ordenado aprovechamiento de esta importante riqueza proporcione las máximas ventajas, compatibles con su adecuada conservación y su deseable fomento. Reconocida la necesidad de revisar nuestra legislación cinegética, resulta preciso dar a la nueva Ley un sentido orgánico y práctico, acorde con los tiempos actuales, simplificando y unificando la numerosa y diversa doctrina promulgada a lo largo de sesenta y siete años.

Al analizar las estructuras cinegéticas nacionales, con vistas a satisfacer las legítimas aspiraciones de todos cuantos están implicados en los problemas de la caza, resulta especialmente útil tener en cuenta, en primer lugar, la experiencia transmitida a la Administración a través de la generosa aportación de miles de sugerencias procedentes de diversos Organismos, Entidades, Sociedades, propietarios y cazadores que respondieron, sin reservas, al llamamiento hecho por el Gobierno cuando decidió someter al juicio crítico de la opinión pública nacional un anteproyecto de Ley de Caza elaborado por los servicios competentes del Ministerio de Agricultura. Son también fuentes de inestimable valor, que han facilitado en grado sumo la tarea de los legisladores, los diversos intentos de reforma, que, aun cuando no llegaron a prosperar, han dado origen a un sedimento de orientaciones y doctrinas utilizables, y el estudio de las leyes de caza de los países cuyos supuestos cinegéticos tienen cierta semejanza con el nuestro. La prudente utilización de este inapreciable acopio de enseñanzas es garantía de que la nueva Ley de Caza asegurará a la nación un próspero futuro cinegético, al contemplarse en ella, con armonía y respeto, todos los intereses afectados.

Con el estricto cumplimiento de la presente Ley queda garantizada la protección de la riqueza cinegética nacional, se asegura su conservación y su fomento y se adoptan las disposiciones precisas para conseguir que la presencia misma de la caza en los terrenos donde constituye renta apreciable y atendible no esté en pugna con las riquezas agrícola, forestal y ganadera del país.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

## TÍTULO PRIMERO

### Principios generales

Artículo primero. *Finalidad de la Ley.*—La presente Ley regula la protección, conservación y fomento de la riqueza cinegética nacional y su ordenado aprovechamiento en armonía con los distintos intereses afectados.

Artículo segundo. *De la acción de cazar.*—Se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por tercero.

Artículo tercero. *Del cazador.*—Uno. El derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza y cumpla los demás requisitos establecidos en la presente Ley.

Dos. Para obtener la licencia de caza, el menor de edad no emancipado necesitará autorización escrita de la persona que legalmente le represente.

Tres. Para cazar con armas de fuego o accionadas por aire u otros gases comprimidos, será necesario haber alcanzado la mayoría de edad penal o ir acompañado por otro u otros cazadores mayores de edad.

Cuarto. Para utilizar armas o medios que precisen de autorización especial será necesario estar en posesión del correspondiente permiso.

Artículo cuarto. *De las piezas de caza.*—Uno. Son piezas de caza los animales salvajes y los domésticos que pierdan esa condición, que figuren en la relación que a estos efectos deberá incluirse en el Reglamento para la aplicación de esta Ley.

Dos. La condición de piezas de caza no será aplicable a los animales salvajes domesticados, en tanto se mantengan en tal estado.

Tres. Las piezas de caza se clasificarán en dos grupos: caza mayor y caza menor. Tendrán la consideración de piezas de caza mayor la cabra montés, el ciervo, el corzo, el gamo, el jabalí, el lince, el lobo, el muflón, el oso, el rebeco y cuantas especies sean declaradas como tales por el Ministerio de Agricultura. Tendrán la consideración de piezas de caza menor las que figuren en la relación a que se refiere el número uno de este mismo artículo, excepto las definidas anteriormente como caza mayor.

Artículo quinto. *De las armas de caza.*—Respecto a la tenencia y uso de armas de caza, sin perjuicio de lo dispuesto en las Leyes especiales, se estará a lo establecido en esta Ley.

Artículo sexto. *Titularidad.*—Los derechos y obligaciones establecidos en esta Ley, en cuanto se relacionan con los terrenos cinegéticos, corresponderán al propietario o a los titulares de otros derechos reales o personales que lleven consigo el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza.

Artículo séptimo. *Representación y competencia.*—Uno. Para el cumplimiento de esta Ley, sin perjuicio de las competencias que para actividades

concretas se atribuyan expresamente a otros Departamentos, la Administración del Estado estará representada por el Ministerio de Agricultura.

Dos. Compete al Ministerio de Agricultura, por sí o a través del Organismo autónomo Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, afecto a la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, promover y realizar cuantas actuaciones sean precisas para alcanzar los fines perseguidos por la presente Ley, analizar e investigar los diversos factores que condicionan la existencia de la caza y estimular la iniciativa privada en la cría de piezas de caza y en la repoblación de terrenos cinegéticos.

## TITULO SEGUNDO

### De los terrenos, de la caza y de su ejercicio

Artículo octavo. *Clasificación.*—Uno. A los efectos de esta Ley los terrenos podrán ser de aprovechamiento cinegético común o estar sometidos a régimen especial.

Dos. Son terrenos sometidos a régimen especial los Parques Nacionales, los Refugios de Caza, las Reservas Nacionales de Caza, las Zonas de Seguridad, los Cotos de caza, los Cercados y los adscritos al Régimen de Caza Controlada.

Artículo noveno. *Terrenos cinegéticos de aprovechamiento común.*—En los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común el ejercicio de la caza podrá practicarse sin más limitaciones que las generales fijadas en la presente Ley y su Reglamento.

Artículo diez. *Parques Nacionales.*—En los Parques Nacionales, establecidos al amparo de la legislación de Montes, el ejercicio de la caza se ajustará a lo prevenido en las disposiciones que reglamenten el uso y disfrute en cada Parque.

Artículo once. *Refugios de Caza.*—Uno. El Gobierno podrá establecer por Decreto Refugios Nacionales de Caza cuando por razones biológicas, científicas o educativas sea preciso asegurar la conservación de determinadas especies de la fauna cinegética. La administración de estos refugios quedará al cuidado del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

Dos. Podrán promover el establecimiento de Refugios de Caza las Entidades privadas cuyos fines sean culturales o científicos y las de Derecho público. La autorización para constituirlos compete al Ministerio de Agricultura, previa petición conjunta del propietario o propietarios interesados y de la Entidad patrocinadora. Dichos Refugios podrán denominarse Estaciones Biológicas o Zoológicas, de acuerdo con los fines perseguidos, y serán administrados por las Entidades que hayan promovido su establecimiento, ateniéndose a las disposiciones generales de carácter reglamentario y a las específicas que se fijen por el Ministerio de Agricultura en cada caso concreto. Cuando la creación de estos Refugios tenga su origen en razones científicas o educativas, la fijación de las últimas se hará por el Ministerio de Agricultura, oído el de Educación y Ciencia.

Tres. En estos Refugios, cualquiera que sea su condición, el ejercicio de la caza estará prohibido con carácter permanente. No obstante, cuando exis-

tan razones de orden biológico, técnico o científico que aconsejen la captura o reducción de determinadas unidades, aquéllas podrán acordarse por el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

Artículo doce. *Reservas Nacionales de Caza*.—Uno. En aquellas comarcas cuyas especiales características de orden físico y biológico permitan la constitución de núcleos de excepcionales posibilidades cinegéticas, podrán establecerse Reservas Nacionales de Caza, que, en todo caso, deberán constituirse por Ley.

Dos. En dichas Reservas Nacionales la protección, conservación y fomento de las especies corresponderá al Ministerio de Agricultura, debiendo ajustarse el ejercicio de la caza a lo establecido en la Ley de su constitución.

Artículo trece. *Zonas de seguridad*.—Uno. Son Zonas de seguridad, a los efectos de esta Ley, aquellas en las cuales deben adoptarse medidas precautorias especiales encaminadas a garantizar la adecuada protección de las personas y sus bienes.

Dos. Se considerarán Zonas de seguridad las vías y caminos de uso público, las vías pecuarias, las vías férreas, las aguas públicas, incluídos sus cauces y márgenes, los canales navegables, los núcleos urbanos y rurales y las zonas habitadas y sus proximidades. Tendrán análoga consideración las villas, jardines, parques destinados al uso público, los recintos deportivos y cualquier otro lugar que sea declarado como tal en razón a lo previsto en el número anterior del presente artículo.

Tres. Reglamentariamente se prohibirá o condicionará, según los casos, el uso de armas de caza en las Zonas de seguridad y en los lugares en que su ejercicio pueda perjudicar al ganado o a su normal pastoreo.

Artículo catorce. *Terrenos sometidos a régimen de caza controlada*.—Uno. Se denominan terrenos sometidos a régimen de caza controlada aquellos que se constituyan únicamente sobre terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, en los cuales la protección, conservación, fomento y aprovechamiento de su riqueza cinegética deberán adaptarse a los planes que con este objeto apruebe el Ministerio de Agricultura.

Dos. El señalamiento de las zonas sometidas a régimen de caza controlada corresponderá al Ministerio de Agricultura, el cual cuidará por sí, o a través de sociedades de cazadores colaboradoras de aquél, de controlar y regular el disfrute de la caza existente en estos terrenos.

Tres. En los terrenos de caza controlada por una sociedad colaboradora se reservará a los cazadores nacionales y a los extranjeros residentes ajenos a ella un número de permisos que no será menor de la cuarta parte del total, sin que el importe de cada permiso pueda exceder del doble de lo que por el mismo concepto abonen los cazadores afiliados a la sociedad colaboradora.

Cuatro. Los titulares de derechos sobre terrenos sometidos a este régimen y, en su caso, los titulares de terrenos incluídos en el coto local que corresponda podrán formar parte de las sociedades colaboradoras interesadas abonando una cuota no mayor del setenta y cinco por ciento de la estatuida para los restantes socios. En igualdad de condiciones entre varias sociedades colaboradoras, las de carácter local tendrán preferencia para desarrollar las actividades que se contemplan en el presente artículo.

Cinco. Los beneficios resultantes de controlar cinegéticamente estos te-

terrenos, cuando los hubiera, se sumarán a la renta citada en número ocho del artículo diecisiete. En su defecto, se distribuirán entre los titulares del derecho de caza en proporción a la superficie de sus fincas.

Seis. Por vía reglamentaria se determinarán las condiciones precisas para que estos terrenos puedan quedar desafectados del régimen de caza controlada. A estos efectos deberá tenerse en cuenta que el plazo de adscripción de terrenos a dicho régimen será, en todo caso, mayor de seis o de nueve años, según se trate, respectivamente, de caza menor o mayor.

Artículo quince. *Cotos de caza*.—Uno. Se denomina coto de caza toda superficie continua de terrenos susceptible de aprovechamiento cinegético que haya sido declarada y reconocida como tal, mediante resolución del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

Dos. A los efectos previstos en el número anterior, no se considerará interrumpida la continuidad de los terrenos susceptibles de constituirse en acotados por la existencia de ríos, arroyos, vías o caminos de uso público, ferrocarriles, canales o cualquier otra construcción de características semejantes.

Tres. Los cotos de caza podrán ser privados o locales, y, en su caso, tener la condición que se especifica en el artículo dieciocho de la presente Ley.

Cuatro. La declaración de coto de caza se efectuará a petición de los titulares o patrocinadores interesados.

Cinco. Cuando la constitución de un coto de caza pueda lesionar otros intereses cinegéticos, públicos o privados, el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales oirá al Consejo Provincial de Caza y a las Entidades y personas afectadas, elevando el expediente, con su informe, a la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, la cual, oído, si lo estima oportuno, el Consejo de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, podrá denegar la autorización precisa para constituir el acotado. Contra este acuerdo se podrá interponer recurso de alzada ante el Ministro del Departamento.

Seis. En los terrenos acotados la caza deberá estar protegida y fomentada, aprovechándose de forma ordenada.

Siete. En aquellos cotos de caza en los que existan lugares de paso o parada de aves migratorias, el aprovechamiento de estas especies deberá adaptarse a los planes que con este objeto apruebe el Ministerio de Agricultura. En los citados planes se harán figurar las condiciones precisas para evitar que el aprovechamiento sea abusivo.

Ocho. Los cotos de caza deberán ostentar en sus límites a todos los aires las señales que reglamentariamente se determinen.

Nueve. Cuando los cotos de caza no cumplan su finalidad de protección, fomento y ordenado aprovechamiento cinegético, el Ministerio de Agricultura, previa incoación del oportuno expediente, en que será preceptiva la audiencia de los interesados y el informe de los Consejos Local y Provincial de Caza, podrá anular la declaración que autorizaba la creación del acotado.

Diez. Quedan prohibidos y serán nulos los contratos de subarriendo del aprovechamiento cinegético de los cotos de caza. Asimismo será nula la cesión a título oneroso o gratuito de los contratos de arrendamiento celebrados al amparo de esta Ley, o cualquier otra figura jurídica que pretenda alcanzar las finalidades prohibidas en este número.

Artículo dieciséis. *Cotos privados de caza*.—Uno. Los propietarios o titulares a que se refiere el artículo seis de esta Ley, podrán constituir cotos privados de caza con arreglo a lo establecido en el presente artículo.

Dos. Los terrenos integrantes de estos cotos podrán pertenecer a uno o varios propietarios que se hayan asociado voluntariamente con esta finalidad. Tratándose de fincas cuya propiedad corresponda pro indiviso a varios dueños, para constituir o integrarse en un acotado, será preciso que concurra la mayoría establecida en el artículo trescientos noventa y ocho del Código Civil.

Tres. Las superficies mínimas para constituir estos cotos serán, cuando pertenezcan a un solo titular, de doscientas cincuenta hectáreas si el objeto principal del aprovechamiento cinegético es la caza menor, y de quinientas hectáreas si se trata de caza mayor. Cuando estos cotos estén constituidos por asociación de varios titulares, las superficies mínimas serán de quinientas hectáreas en el caso de caza menor y de mil hectáreas en el de caza mayor.

No obstante, en zonas donde la única explotación cinegética viable sea la caza menor de pelo, el Ministerio de Agricultura podrá autorizar la constitución de cotos privados de un sólo propietario, cuando la superficie de la finca sea superior a veinte hectáreas. En circunstancias similares, tratándose de aves acuáticas, la superficie mínima será de cien hectáreas, salvo casos excepcionales, en que podrá ser disminuida por el Ministerio de Agricultura, a propuesta del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, incluyéndose siempre en la misma la totalidad de la masa de agua afectada.

Se faculta al Ministerio de Agricultura para reducir en las provincias insulares las superficies establecidas en el presente artículo cuando razones cinegéticas especiales lo aconsejen.

Cuatro. Los propietarios o titulares de cotos privados de caza podrán solicitar del Ministerio de Agricultura la agregación de fincas enclavadas, cuya superficie conjunta no exceda del diez por ciento de la inicialmente acotada. A los efectos expresados, de no mediar acuerdo entre los titulares interesados, las condiciones y precios del arrendamiento se señalarán por el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, con recurso de alzada ante el Ministerio de Agricultura. La consideración de enclavados podrá también otorgarse a las parcelas cuyo perímetro linde en más de sus tres cuartas partes con el coto, pero no será aplicable a las fincas de un solo titular cuya superficie sea superior a la mínima exigible para constituir un coto privado.

Cinco. En los cotos privados de un solo titular, el ejercicio del derecho de caza corresponderá a éste y a las personas que autorice.

Seis. En los cotos privados integrados por asociación de titulares de terrenos colindantes, el ejercicio del derecho de caza, las características y régimen orgánico de la asociación, y, en su caso, la duración y peculiaridades del arrendamiento o cesión del aprovechamiento, deberán ser sometidas a la aprobación del Ministerio de Agricultura.

Artículo diecisiete. *Cotos locales de caza*.—Uno. Los Ayuntamientos, Entidades locales menores y las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos podrán patrocinar, dentro de sus respectivos términos, la constitución de cotos locales de caza, representando conjuntamente a los titula-

res mencionados en el artículo sexto de esta Ley, que accedan voluntariamente a otorgar esta representación en cuanto se relacione con la aplicación de los preceptos contenidos en el presente artículo. El Estado, las Entidades de Derecho público y privado y los particulares podrán aportar sus terrenos para que formen parte de estos cotos. Los montes catalogados como de utilidad pública también podrán formar parte de cotos locales, pero en este caso será necesaria la expresa conformidad del Ministerio de Agricultura, sin perjuicio de las facultades peculiares que sobre esta materia específica se derivan de las disposiciones actualmente en vigor.

Dos. La superficie de los cotos locales deberá ser mayor de quinientas o mil hectáreas, según se trate, respectivamente, de caza menor o mayor, y no excederá, incluidos los enclavados, del setenta y cinco por ciento de la total del término. No obstante, cuando existan causas debidamente justificadas, el Ministerio de Agricultura, previa petición razonada de la Entidad patrocinadora, podrá modificar dichos límites, oyendo previamente a los Consejos Provinciales y Locales de Caza que corresponda.

Tres. Previa propuesta conjunta de las Entidades patrocinadoras, oídos los Consejos Locales y Provinciales de Caza, se podrá autorizar la creación de cotos locales integrados por varios términos colindantes, siempre que la superficie aportada por cada Municipio o Hermandad no exceda del setenta y cinco por ciento mencionado en el número anterior.

Cuatro. No obstante lo prevenido en el número uno de este artículo, cuando en un coto local existan terrenos enclavados no sometidos a régimen cinegético especial, cuya superficie total no exceda de la cuarta parte de la del coto, el Ministerio de Agricultura, a propuesta de la Entidad o Entidades patrocinadoras, podrá acordar que los terrenos enclavados formen parte del coto con los mismos derechos y obligaciones.

Cinco. La contratación y adjudicación del aprovechamiento cinegético de los terrenos integrantes de un coto local, bien sea en su totalidad o divididos en varios lotes mayores de mil o quinientas hectáreas, según se trate, respectivamente, de caza mayor o menor, se efectuará por el Ayuntamiento, Entidad local o Hermandad interesados, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Régimen Local, y, en su caso, tratándose de Hermandades, previa subasta pública. Las condiciones técnicas aplicables al aprovechamiento serán fijadas por el Ministerio de Agricultura. Si fueran varios los Municipios afectados, la subasta se efectuará en aquel cuya aportación de terrenos sea mayor. En ambos casos el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales se reservará el derecho de tanteo previsto al efecto en el número cuatro del artículo dieciocho.

Seis. En los cotos locales el ejercicio del derecho de caza corresponde a los adjudicatarios de los aprovechamientos o a las personas que ellos autoricen.

Siete. La duración de los contratos de arrendamiento del aprovechamiento cinegético de los cotos locales de caza no podrá ser menor de seis años, si se trata de caza menor, ni de nueve si fuere de caza mayor.

Ocho. Del importe total de la renta se detraerá un diez por ciento para invertirlo en realizaciones de fomento cinegético por el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, bien por sí o bajo su control y

dirección técnica, precisamente en el propio término municipal. Salvo acuerdo en contrario, suscrito entre la Entidad patrocinadora y los titulares afectados, se detraerá otro diez por ciento para el Ayuntamiento y, asimismo, otro diez por ciento para la Hermandad Sindical local de Labradores y Ganaderos, y ambas sumas se destinarán para atender exclusivamente fines de interés agrario local. El resto se distribuirá entre los titulares del aprovechamiento en forma proporcional a la superficie de sus fincas.

Nueve. Gozarán de los beneficios económicos previstos en el apartado anterior quienes hubieren ofrecido sus terrenos con el fin de integrarlos en un coto local, aunque éstos no lleguen a formar parte del acotado por aplicación de lo dispuesto en el número dos del presente artículo.

Diez. Si en un terreno que forme parte de un coto local ya establecido tratase de construirse un coto privado de caza, deberá notificarse a la Entidad patrocinadora con un año de antelación a la fecha de terminación del arriendo o cesión del aprovechamiento. En caso contrario, no podrá ejercitarse este derecho hasta que transcurra un nuevo turno de explotación.

Artículo dieciocho. *Cotos sociales de caza.*—Uno. Se denominan cotos sociales de caza aquellos cuyo establecimiento responde al principio de facilitar el ejercicio de la caza, en régimen de igualdad de oportunidades, a todos los españoles que lo deseen.

Dos. El ejercicio de la caza en estos cotos se reglamentará en forma tal que, previa adopción de las medidas precisas para asegurar la conservación y fomento de las especies, cuantos cazadores lo soliciten y cumplan las normas que en cada caso se establezcan, puedan tener la oportunidad de practicarle.

Tres. La administración de estos cotos corresponderá al Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, que deberá destinar a su constitución y conservación una cantidad anual no inferior al veinticinco por ciento de los ingresos que en su favor se establecen en la presente Ley.

Cuatro. El establecimiento de estos cotos podrá llevarse a cabo sobre los siguientes terrenos:

a) Sobre los del Estado y sus Organismos autónomos, mediante Decreto. Cuando estos terrenos correspondan al Ministerio de Agricultura, su adscripción al régimen de cotos sociales se hará por Orden ministerial.

b) Sobre aquellos terrenos, constituyan o no coto privado de caza, que para dicha finalidad puedan quedar a disposición del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, bien por ofrecimiento de los titulares o por contratación directa del Servicio.

c) Sobre los constituídos en cotos locales de caza, estableciéndose a estos efectos el derecho de tanteo en favor del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

Cinco. La fijación del importe de los permisos necesarios para poder practicar la caza en estos cotos se hará por el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales de forma tal que los ingresos percibidos por este concepto no excedan del ochenta por ciento del total de los gastos precisos para atender al establecimiento y adecuada protección, conservación y fomento de la riqueza cinéptica de los cotos sociales de caza.

Seis. En estos cotos, cuya utilización queda reservada exclusivamente

a ciudadanos españoles, la mitad de los permisos se otorgarán con carácter preferente a los cazadores residentes en la provincia o provincias en que estén localizados. El importe de estos permisos no podrá exceder del setenta y cinco por ciento de lo que por el mismo concepto abonen los cazadores no residentes

Artículo diecinueve. *Terrenos cercados*.—Uno. A los efectos de esta Ley son terrenos cercados aquellos que se encuentran rodeados materialmente por muros, cercas, vallas, setos o cualquier otra obra o dispositivo construído con el fin de impedir o prohibir el acceso de las personas o animales ajenos o el de evitar la salida de los propios.

Dos. En los terrenos cercados no acogidos a otro régimen cinegético especial, la caza estará permanentemente prohibida, salvo en el supuesto contenido en el número siguiente.

Tres. Los terrenos rurales cercados en los que se pueda penetrar a través de accesos practicables se considerarán, a efectos cinegéticos, como terrenos abiertos, salvo que el propietario haga patente mediante carteles o señales la prohibición de entrada a los mismos. Esta disposición no será de aplicación a las villas, parques, jardines y recintos deportivos que se mencionan en el número dos del artículo trece.

Cuatro. Todo terreno cercado susceptible de aprovechamiento cinegético, podrá constituirse en coto de caza, siempre que su cerramiento cumpla las condiciones reglamentarias que se fijen y esté debidamente señalizado.

Cinco. El Ministerio de Agricultura, a petición de parte interesada o bien de oficio, podrá adoptar medidas encaminadas a reducir o eliminar la caza existente en terrenos cercados, no acogidos a régimen cinegético especial, cuando aquélla origine daños en los cultivos del interior del cerramiento o en los de las fincas colindantes.

Seis. La autoridad y los agentes relacionados en el número uno del artículo cuarenta de esta Ley podrán penetrar en los terrenos rurales cercados para vigilar el cumplimiento de cuanto se establece en el presente texto legal.

Artículo veinte. *Terrenos del Estado, aguas públicas, canales y vías de comunicación, montes catalogados y zonas de influencia militar*.—Uno. Corresponderá al Ministerio de Agricultura la administración de la caza existente en los terrenos propiedad del Estado, sometidos a régimen cinegético especial, así como la fijación del destino y uso cinegético de aquellas masas de aguas públicas cuyas características aconsejen aplicar en ellas un régimen especial; a estos efectos, se recabará el informe de los Ministerios de Marina u Obras Públicas, según se trate de aguas sometidas a una u otra jurisdicción.

Dos. El aprovechamiento de la caza existente en los montes catalogados constituídos en cotos privados, pertenecientes a Entidades públicas locales, deberá efectuarse de acuerdo con lo dispuesto al efecto en las Leyes de Montes y de Régimen Local.

Tres. A propuesta conjunta de los Ministerios interesados y el de Agricultura, el Gobierno señalará las zonas de influencia militar en las cuales queda prohibido o especialmente reglamentado el ejercicio de la caza.

Cuatro. En las carreteras, los caminos y las vías pecuarias, así como en los cauces de los ríos, arroyos y canales que atraviesen o limiten terrenos

sometidos a régimen cinegético especial, el ejercicio de la caza deberá ser autorizado. en cada caso, por el servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

Artículo veintiuno. *Protección de los cultivos.*—Uno. En las huertas, campos de frutales, olivares, viñedos, cultivos de regadío y montes repoblados recientemente sólo se podrá cazar en las épocas y circunstancias que señale el Servicio de pesca Continental, Caza y Parques Nacionales de acuerdo con la Hermandad Sindical Nacional de Labradores y Ganaderos. En caso de discrepancia, resolverá el Ministro de Agricultura, oyendo previamente al Consejo de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

Dos. En los terrenos en donde existan otros cultivos no señalados en el número anterior del presente artículo, el ejercicio de la caza se podrá practicar sin más limitaciones que las generales establecidas en esta Ley. No obstante, el Ministerio de Agricultura dictará las medidas necesarias para que, cuando concurren determinadas circunstancias de orden agrícola o meteorológico, se condicione o prohíba la práctica de este ejercicio con el fin de asegurar la debida protección a los cultivos que pudieran resultar afectados.

Tres. En los predios en que se encuentren segadas las cosechas, aun cuando los haces o gavillas se hallen en el terreno, se permitirá la caza de las distintas especies de acuerdo con las vedas o condiciones que para cada una se determine, pero quedará prohibido pisar o cambiar los haces o gavillas del sitio. donde estuvieren colocados.

### TITULO TERCERO

#### De la propiedad de las piezas de caza

Artículo veintidós. *Propiedad de las piezas de caza.* Uno. Cuando la acción de cazar se ajuste a las prescripciones de esta Ley, el cazador adquiere la propiedad de las piezas de caza mediante la ocupación. Se entenderán ocupadas las piezas de caza desde el momento de su muerte o captura.

Dos. El cazador que hiera a una pieza en terreno donde sea permitido cazar, tiene derecho a cobrarla, aunque entre en propiedad ajena. Cuando el predio ajeno estuviere cercado, o sometido a régimen cinegético especial, necesitará permiso del dueño de la finca, del titular del aprovechamiento o de la persona que los represente. El que se negare a conceder el permiso de acceso estará obligado a entregar la pieza, herida o muerta, siempre que fuere hallada y pudiese ser aprehendida.

Tres. En los terrenos abiertos sometidos a régimen cinegético especial, y para piezas de caza menor, no será necesario el permiso a que se refiere el apartado anterior, cuando el cazador entre a cobrar la pieza solo, sin armas ni perro, y aquélla se encuentre en lugar visible desde la linde.

Cuatro. Cuando en terrenos de aprovechamiento cinegético común uno o varios cazadores levanten y persiguieren una pieza de caza, cualquier otro cazador deberá abstenerse, en tanto dure la persecución, de abatir o intentar abatir dicha pieza.

Cinco. Se entenderá que una pieza de caza es perseguida cuando el ca-

zador que la levantó, con o sin ayuda de perro u otros medios, vaya en su seguimiento y tenga una razonable posibilidad de cobrarla.

Seis. Cuando haya duda respecto a la propiedad de las piezas de caza, se aplicarán los usos y costumbres del lugar. En su defecto, la propiedad corresponderá al cazador que le hubiere dado muerte cuando se trate de caza menor, y al autor de la primera sangre cuando se trate de caza mayor.

## TITULO CUARTO

### De la protección, conservación y aprovechamiento de la caza

Artículo veintitrés. *Vedas y otras medidas protectoras.*—Uno. a) El Ministerio de Agricultura, oídos los Consejos provinciales de Caza y el Consejo de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, fijará, a través de la Orden General de Vedas, las limitaciones y épocas hábiles de caza aplicables a las distintas especies en las diversas regiones españolas. Asimismo aprobará, si procede, las reglamentaciones específicas que sometan a su consideración los titulares de terrenos sometidos a régimen cinegético especial.

b) La publicación de la Orden de Vedas en el «Boletín Oficial del Estado» se hará con una antelación no menor de treinta días respecto a la iniciación del período hábil y deberá reproducirse en el «Boletín Oficial» de cada provincia.

Dos. Serán objeto de especial protección las especies de interés científico o en vías de extinción, las beneficiosas para la agricultura, las hembras y crías de todas aquellas que tengan un señalado valor cinegético y aquellas otras afectadas por convenios internacionales suscritos por el Estado Español.

Tres. Se fijarán las zonas y épocas en que determinados animales deberán ser considerados peligrosos para las personas o perjudiciales para la agricultura, la ganadería o la caza, y se autorizarán los medios de defensa contra dichos animales, reglamentando las medidas precisas para procurar su reducción.

Cuatro. a) De acuerdo con los usos y costumbres locales, se dictarán las disposiciones precisas para reglamentar la caza de palomas con cimbel, la de patos desde puestos fijos o flotantes, la de palomas practicada en pasos tradicionales, la que se lleve a cabo con perros de rastro o persecución, la que se practique a caballo, la modalidad denominada cetrería, la de determinadas especies en época de celo y la especial denominada de alta montaña.

b) Se reglamentará con carácter re restrictivo la caza de la paloma zurita.

Cinco. a) Por el Ministerio de Agricultura, oídos los Consejos Provinciales de Caza, se regulará la práctica de la caza de la perdiz con reclamo, en tiempo adecuado de celo, de forma que para cada zona el período hábil no exceda de seis semanas.

b) Los puestos para cazar con reclamo de perdiz deberán establecerse a más de quinientos metros de la linde cinegética más próxima, cualquiera que sea la condición de los terrenos.

c) Queda prohibido cazar con reclamo de perdiz hembra o con artificio que lo sustituya.

Artículo veinticuatro. *De las enfermedades y epizootias.*—El Ministerio de Agricultura, a través de las Direcciones Generales correspondientes, adoptará las medidas necesarias para evitar que la caza existente en determinadas comarcas pueda ser causa de difusión de epizootias y zoonosis.

Artículo veinticinco. *De la ordenación de aprovechamientos.*—En aquellas comarcas donde existan varios cotos de caza mayor que constituyan una unidad bioecológica, el Ministerio de Agricultura podrá exigir a los titulares a que se refiere el artículo sexto que confeccionen conjuntamente un plan comarcal de aprovechamiento cinegético. Una vez que el plan sea aprobado, sus prescripciones serán de cumplimiento obligatorio. Si transcurriese el plazo concedido para la presentación del plan sin que se hubiese dado cumplimiento al requerimiento del Ministerio, éste podrá establecerlo con carácter obligatorio previa audiencia de los interesados.

Artículo veintiséis. *De la caza con fines científicos.*—Uno. La caza y captura de aves y mamíferos con fines científicos en todos los casos y la investigación y observación de nidos, pollos, modrigueras, colonias y criaderos de especies protegidas que puedan ocasionar molestias o perjuicios a los reproductores o a la normal evolución de las crías, requerirán autorización especial.

Dos. El otorgamiento de dicha autorización precisará informe favorable de una institución científica directamente relacionada con la actividad investigadora del peticionario.

Artículo veintisiete. *De la caza con fines industriales y comerciales.*—Uno. La explotación industrial de la caza, entendiéndose por tal la orientada a la producción y venta de piezas de caza, vivas o muertas, podrá llevarse a cabo en granjas cinegéticas o en cotos privados de caza; en ambos casos será necesario contar con la previa autorización del Ministerio de Agricultura y cumplir las condiciones fijadas en la misma.

Dos. Cuando se trate de empresas de carácter turístico-cinegético, inscritas en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas del Ministerio de Información y Turismo, deberán acreditar las condiciones exigidas por dicho Departamento para el ejercicio de las actividades de estas empresas.

Tres. La comercialización de las piezas de caza se reglamentará adecuadamente con el fin de que se garantice tanto la procedencia de las piezas cuanto la época de su captura.

Artículo veintiocho. *De los perros y de la caza.*—Uno. La utilización de perros para cazar y el tránsito de perros sueltos por terrenos cinegéticos de aprovechamiento común o régimen especial, se acomodará a los preceptos que reglamentariamente se dicten. No se considerarán incluidos en el párrafo anterior los que utilicen los pastores y ganaderos para la custodia y manejo de sus ganados.

Dos. El Ministerio de Agricultura promoverá la conservación y fomento de las razas de perros de caza existentes en nuestro país, estableciendo a estos efectos los Libros de Orígenes de Perros de Caza Españoles y los Genealógicos correspondientes.

Artículo veintinueve. *De las aves anilladas.*—El Ministerio de Agricultura dirigirá los programas y actividades relacionados con el anillamiento de aves con fines cinegéticos o científicos, así como lo referente a la confección,

distribución y recepción de anillas y marcas. A estos efectos establecerá la debida coordinación con las entidades científicas interesadas.

Artículo treinta. *Monterías.*—La celebración de monterías en fincas que no estén acogidas a las modalidades de reglamentación específica, previstas en el último inciso del número uno a) del artículo veintitrés o en el artículo veinticinco, se deberán adaptar a las normas especiales que con este objeto se fijen reglamentariamente con el fin de asegurar la conservación y mejora de las especies.

Artículo treinta y uno. *De las limitaciones y prohibiciones dictadas en beneficio de la caza.*—Queda prohibido:

Uno. Cazar en época de veda.

Dos. Cazar fuera del período comprendido entre una hora antes de la salida del sol y una hora después de su puesta. Esta prohibición no será de aplicación a determinadas modalidades de caza nocturna que se especifiquen en el Reglamento.

Tres. Cazar en los llamados días de fortuna; es decir, en aquellos en los que como consecuencia de incendios, epizootias, inundaciones, sequías u otras causas, los animales se ven privados de sus facultades normales de defensa u obligados a concentrarse en determinados lugares.

Cuatro. Cazar en días de nieve, cuando ésta cubra de forma continua el suelo o cuando por causa de la misma queden reducidas las posibilidades de defensa de las piezas de caza. Esta prohibición no será aplicable a la caza de alta montaña ni a determinadas especies de aves migratorias, en las circunstancias que señale el Reglamento.

Cinco. Cazar, sirviéndose de caballerías o vehículos, como medios de ocultación.

Seis. Cazar en línea de retranca, tanto si se trata de caza mayor como de menor, fuera de los terrenos de régimen cinegético especial en los que tenga lugar un ojeo o batida.

Siete. Cazar en los Refugios Nacionales y en las Estaciones Biológicas y Zoológicas, con reserva de lo establecido en el número tres del artículo once.

Ocho. Entrar llevando armas, perros o artes dispuestas para cazar, en terrenos sometidos a reglamentación cinegética especial, debidamente señalizados, sin estar en posesión del permiso necesario.

Nueve. Practicar la caza en terrenos de aprovechamiento cinegético común, mediante el procedimiento llamado de ojeo, o combinando la acción de dos o más grupos de cazadores o haciendo uso de medios que persigan el cansancio o agotamiento de las piezas. Quedan exceptuadas de esta prohibición las batidas, debidamente autorizadas y controladas, que se encaminen a la reducción de animales dañinos.

Diez. Portar armas de caza desenfundadas o dispuestas para su uso cuando se circule por el campo en época de veda, careciendo de autorización competente.

Once. Cazar con armas de fuego o accionadas por aire u otros gases comprimidos quienes no hubieren alcanzando los dieciocho años de edad y no fueren acompañados por otro cazador mayor de edad.

Doce. A los ojeadores, batidores, secretarios o podenqueros, que asis-

tan en calidad de tales a ojeos, batidas o monterías, cazar con cualquier clase de armas.

Trece. Cazar sin estar provisto de la documentación preceptiva o no llevándola consigo.

Catorce. Cazar o transportar especies protegidas o piezas de caza cuya edad o sexo, en el caso de que sean notorios, no concuerden con los legalmente permitidos o sin cumplir los requisitos reglamentarios.

Quince. Cazar con reclamo de perdiz, incumpliendo las disposiciones que regulen esta modalidad.

Dieciséis. La destrucción de vivares y nidos, así como la recogida de crías o huevos y su circulación y venta, salvo los destinados a repoblaciones, para lo que será preciso disponer de autorización del Ministerio de Agricultura.

Diecisiete. Cualquier práctica que tienda a chantear, atraer o espantar la caza existente en terrenos ajenos.

Dieciocho.—El empleo o tenencia no autorizados de cuantos animales, útiles, artes o productos aplicables a la captura o atracción de piezas de caza se detallan en el Reglamento para aplicación de esta Ley.

Diecinueve. Tirar a las palomas mensajeras y a las deportivas o buchones que ostenten las marcas reglamentarias.

Veinte. Tirar a las palomas en sus bebederos habituales o a menos de mil metros de un palomar, cuya localización esté debidamente señalizada.

Veintiuno. Mantener abiertos los palomares, en las épocas que reglamentariamente se determinen.

Veintidós. El incumplir cualquier otro precepto o limitación de esta Ley o de los que para su desarrollo se fijen reglamentariamente.

Artículo treinta y dos. *Conducción y suelta de piezas de caza.*—Uno. Para importar, exportar, trasladar o soltar caza viva será precisa la previa autorización del Ministerio de Agricultura y cumplir las disposiciones que se dicten por vía reglamentaria.

Dos. En época de veda no se podrá transportar ni comerciar con piezas de caza muertas, salvo autorización expresa.

Tres. La posesión en época de veda de piezas de caza muertas se considerará ilegal siempre que los interesados no puedan justificar debidamente su procedencia.

Cuatro. La circulación y venta de animales domésticos, vivos o muertos, aun cuando sean susceptibles de confundirse con sus similares silvestres, estará permitida en todo tiempo. No obstante, durante el período de veda será preciso dar cumplimiento a las condiciones que se señalen por vía reglamentaria.

## TITULO QUINTO

### De la responsabilidad por daños

Artículo treinta y tres. *Responsabilidad por daños.*—Uno. Los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo sexto de esta Ley,

serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos.

Dos. La exacción de estas responsabilidades se ajustará a las prescripciones de la legislación civil ordinaria, así como la repetición de responsabilidad en los casos de solidaridad derivados de acotados constituídos por asociación.

Tres. De los daños producidos por la caza procedente de Refugios, Reservas Nacionales y Parques Nacionales y de los que ocasione la procedente de terrenos de caza controlada responderán los titulares de los aprovechamientos de caza y subsidiariamente el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

Cuatro. En aquellos casos en que la producción agrícola, forestal o ganadera de determinados predios sea perjudicada por la caza, el Ministerio de Agricultura, a instancia de parte, podrá autorizar a los dueños de las fincas dañadas, y precisamente dentro de éstas, a tomar medidas extraordinarias de carácter cinegético para proteger sus cultivos.

Cinco. Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza.

## TITULO SEXTO

### Licencias y exacciones

Artículo treinta y cuatro. *Licencias.*—Uno. La licencia de caza es el documento nominal e intransferible cuya tenencia es necesaria para practicar la caza dentro del territorio nacional.

Dos. Para cazar con aves de cetrería, hurones, reclamo de perdiz macho o poseer rehalas con fines de caza, será preciso estar provisto de una licencia especial.

Tres. Los ojeadores, batidores, secretarios o podenqueros que asistan en calidad de tales sin portar armas de caza desenfundadas, a ojeos, batidas o monterías, no precisan licencia de caza.

Cuatro. El Ministerio de Agricultura autorizará la expedición de las licencias de caza, previa tramitación del oportuno expediente por la Jefatura Provincial de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales. La renovación de estas licencias será anual. No obstante, con el fin de facilitar su obtención deberán habilitarse fórmulas reglamentarias que permitan renovaciones anticipadas durante períodos que no excedan de un quinquenio.

Cinco. No obstante lo dispuesto en el número anterior, los Capitanes Generales de Región Militar y Departamento Marítimo y Generales Jefes de Región Aérea, continuarán con la facultad de conceder licencias gratuitas e intransferibles de caza a todos los Generales, Jefes, Oficiales, Suboficiales y asimilados en activo servicio, retirados y a los Caballeros de la Real y Militar

Orden de San Fernando, previa solicitud de los interesados, y a las clases e individuos de tropa en situación de servicio activo, previa idéntica solicitud. La misma facultad continuará atribuída a los Directores generales de la Guardia Civil y de Seguridad, respecto a los miembros de los Cuerpos de la Guardia Civil, General de Policía y Policía Armada. A efectos estadísticos, las mencionadas autoridades remitirán al Ministerio de Agricultura relación de las licencias expedidas durante cada ejercicio.

Seis. El Ministerio de Agricultura podrá establecer las pruebas de aptitud que considere necesarias para la concesión de la licencia de caza.

Siete. Los peticionarios de licencia de caza que hubieran sido sancionados ejecutoriamente como infractores de la presente Ley no podrán obtener o renovar dicha licencia sin acreditar, previamente, que han cumplido las penas impuestas o abonado el importe de las multas.

Ocho. En ningún caso se podrán expedir licencias de caza a quienes no acrediten estar en posesión de los requisitos que se exijan reglamentariamente.

Artículo treinta y cinco. *Matrícula y precintos.*—Uno. El Ministerio de Agricultura expedirá la matrícula anual acreditativa de la condición cinegética de los cotos de caza, de la que estarán exentos los sociales, cuyo importe será igual al 75 por 100 del gravamen que en concepto de Impuesto de Lujo se aplica a los acotados de caza.

Dos. En el Reglamento de esta Ley se detallarán las redes, artes u otros medios, cuya utilización no estará permitida sin haber sido contrastados previamente mediante precintos por el Ministerio de Agricultura.

Tres. La caza comercial de pájaros perjudiciales a la agricultura requerirá en cada caso concreto autorización especial. Los interesados deberán proveerse de la matrícula correspondiente, cuyo importe no podrá exceder del 10 por 100 del valor del aprovechamiento concedido.

Artículo treinta y seis. *Clases y cuantías de las licencias y precintos.*—Uno. Licencias para cazar con armas de fuego y cualquier otro procedimiento autorizado.

a) Licencia nacional. Será anual y válida para cazar en todo el territorio nacional. Cazadores nacionales y extranjeros residentes, quinientas pesetas. Cazadores extranjeros no residentes, cuatro mil pesetas.

b) Licencia regional. Será anual y válida para cazar en la provincia de residencia del titular y en las limítrofes. Las expedidas en Baleares y Canarias serán válidas en todas las provincias costeras de la Península. Sólo para cazadores nacionales y extranjeros residentes: si el titular es mayor de veintiún años, doscientas cincuenta pesetas; si el cazador es menor de veintiún años, ciento veinticinco pesetas.

c) Licencia temporal. Válida para cazar en todo el territorio nacional durante dos meses naturales prorrogables por el mismo período. Sólo para cazadores extranjeros no residentes: licencia inicial, dos mil pesetas; prórroga, mil pesetas.

Dos. Licencias para cazar haciendo uso de cualquier procedimiento autorizado, excepto armas de fuego.

Estas licencias tendrán la misma aplicación personal, temporal y territorial que las similares correspondientes descritas en el número anterior. El importe

de estas licencias será igual a la mitad del fijado para el mismo tipo en el citado número.

Tres. Licencias especiales.

- a) Para cazar con aves de cetrería o reclamo de perdiz, quinientas pesetas.
- b) Para cazar con hurón (cada ejemplar), quinientas pesetas.
- c) Para poseer una rehala con fines de caza, cinco mil pesetas.

Cuatro. Precintos: Veinticinco pesetas por unidad.

Artículo treinta y siete. *Recargos*.—Para practicar la caza mayor, excluidos los animales dañinos, participar en la caza de perdices a ojeo, tiradas de patos y cazar el urogallo o la avutarda, será necesario que en la licencia figure un sello de recargo, cuyo importe será igual a la mitad del de la licencia.

## TITULO SEPTIMO

### De la administración y policía de la caza

Artículo treinta y ocho. *Medidas económicas*.—Uno. El servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales dispondrá, para el cumplimiento de sus fines, de las partidas que se consignen a estos efectos en los Presupuestos Generales del Estado, así como los ingresos procedentes de indemnizaciones y donaciones.

Dos. Las tasas y exacciones parafiscales configuradas en el título VI de la presente Ley serán en todo caso ingresadas en la subcuenta correspondiente del Tesoro Público. El importe total de las cantidades recaudadas por dichos conceptos será destinado a financiar los gastos del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, figurando a tal efecto entre los ingresos del Presupuesto de dicho Organismo, aprobado por el Ministerio de Hacienda y de conformidad con lo establecido en la Ley treinta y uno/mil novecientos sesenta y cinco, de cuatro de mayo, y disposiciones complementarias.

Tres. Todos los ingresos comprendidos en el presente artículo serán administrados por el indicado Servicio, con arreglo a lo dispuesto en las Leyes de Administración y Contabilidad del Estado y de las Entidades estatales autónomas.

Artículo treinta y nueve. *Los Consejos de caza y las Asociaciones de Cazadores*.—Uno. Los Consejos Provinciales y Locales de Caza estarán vinculados al Ministerio de Agricultura. Su constitución, competencia y funcionamiento se regularán por vía reglamentaria.

Dos. En cada provincia deberán constituirse un Consejo Provincial de Caza, cuya presidencia y vicepresidencia serán asumidas por el Gobierno civil y el Jefe provincial del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, respectivamente. En estos Consejos estarán representados los Ministerios de la Gobernación, Educación y Ciencia, Información y Turismo y Agricultura; la Federación Provincial de Caza, la Cámara Oficial Sindical Agraria, dos Sociedades de Cazadores, una de las cuales deberá tener la consideración de colaboradora en los casos en que existan, y dos titulares de cotos de caza.

Tres. En los términos municipales o comarcas cuya importancia cinegética lo requiera, se podrán constituir Consejos Locales de Caza. En ellos estarán representados la Federación Provincial de Caza, los Ayuntamientos interesados, las Hermandades Locales de Labradores y Ganaderos, las Sociedades de Cazadores y los titulares de cotos de caza radicados en el área afectada.

Cuatro. El Ministerio de Agricultura, por vía reglamentaria determinará los fines y requisitos que deberán reunir las Sociedades de Cazadores para obtener el título de Sociedades Colaboradoras.

Artículo cuarenta. *Del cuidado y policía de la caza.*—Uno. Las autoridades y sus agentes, y en particular la Guardia Civil, la Guardería del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, la Guardería Forestal del Estado, la Guardería del Patrimonio Forestal del Estado, los Guardas de las Reservas y Refugios Nacionales de Caza, los Guardas jurados de la Guardería Rural de las Hermandades de Labradores y Ganaderos y los Agentes de Policía Marítima harán observar las prevenciones de esta Ley, denunciando cuantas infracciones lleguen a su conocimiento.

Dos. Las personas adscritas a la vigilancia de terrenos sometidos a régimen cinegético especial, o de la caza en general, que no formen parte de un Cuerpo Oficial de guardería, deberán hallarse en posesión del título de Guarda jurado, expedido por la autoridad gubernativa correspondiente, y tendrán en el ejercicio de su cargo la consideración de agentes auxiliares de la Guardia Civil y del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

Tres. Las Sociedades de Cazadores podrán solicitar el nombramiento de Guardas jurados de Caza, previas las pruebas de aptitud que reglamentariamente determine el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.

Cuatro. Los Gobernadores civiles, a propuesta de las Sociedades de Cazadores colaboradoras, y previo informe del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, podrán nombrar Guardas Honorarios de Caza a personas de distinguida ejecutoria cinegética y probada moralidad cívico-social.

Cinco. Los Guardas de Caza deberán ostentar visiblemente los emblemas y distintivos de su cargo que reglamentariamente se determinen.

## TITULO OCTAVO

### De las infracciones y de las sanciones

Artículo cuarenta y uno. *Clasificación.*—El incumplimiento de las prescripciones de esta Ley podrá ser constitutivo de delito, falta o infracción administrativa cuando así estuviere calificado en la misma.

## CAPITULO PRIMERO

### DELITOS Y FALTAS DE CAZA

Artículo cuarenta y dos. *Delitos de caza.*—Uno. Serán castigados, como reos de delito, con la pena de arresto mayor o multa de cinco mil a cincuenta

mil pesetas y, además, a la privación de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla por un plazo de dos a cinco años.

a) Los que, sin la debida autorización, emplearen cebos envenenados.

b) Los que colocaren, suprimieran o alteraren los carteles o señales indicadores de la condición cinegética de un terreno para inducir a error sobre ella.

c) Los que cazaren de noche, con armas de fuego o accionadas por gas o aire comprimido, auxiliándose con los focos de un vehículo o motor o con cualquier otro dispositivo que emita luz artificial.

d) Los que hicieren uso indebido de armas rayadas en las zonas de seguridad.

e) Los que, sin el debido permiso, entraren en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, portando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente.

f) Los que, sin el debido permiso, cazaren en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, cuando el valor cinegético de lo cazado exceda de dos mil quinientas pesetas.

g) Los que cazaren teniendo retirada la licencia de caza o estuvieren privados de obtenerla por sentencia judicial o por resolución administrativa firmes.

h) El que cometa alguna de las infracciones comprendidas en el artículo siguiente, habiendo sido ejecutoriamente condenado con anterioridad dos veces por delitos o tres veces por faltas de las previstas en la presente Ley.

Dos. En el supuesto del apartado c) del número uno del presente artículo, los Tribunales podrán, además, acordar la privación del permiso de conducir vehículos a motor por tiempo de dos meses a tres años a los culpables.

Tres. Los delitos cometidos por personas que por su cargo o función estén obligados a hacer cumplir a los demás los preceptos que regulan el ejercicio de la caza, se sancionarán, en todos los casos, aplicando la máxima pena de la escala correspondiente al delito cometido.

Artículo cuarenta y tres. *Faltas de caza*.—Uno. Tendrán la consideración de faltas de caza y serán sancionadas con la pena de arresto menor o multa de doscientas cincuenta a cinco mil pesetas, la realización de alguno de los siguientes hechos:

a) Cazar desde aeronave, automóvil o cualquier otro medio de locomoción, cuyo uso para esta finalidad no esté autorizado expresamente en el Reglamento, o transportar en ellos armas desenfundadas y listas para su uso, aun cuando no estuvieren cargadas. En los terrenos sometidos a reglamentación cinegética especial, mientras se estén celebrando en ellos ojeos o monterías, esta prohibición se concretará al hecho de cazar desde los vehículos o al de transportar en ellos armas cargadas.

b) Cazar, sin el debido permiso, en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, cuando el valor cinegético de lo cazado no exceda de dos mil quinientas pesetas.

c) Cazar cuando la lluvia, nieve, niebla, falta de luz u otras causas similares reduzcan la visibilidad de forma tal que pueda producirse peligro para las personas o para sus bienes.

d) Cazar en las proximidades de lugares concurridos o donde se estén celebrando actos públicos.

- e) Cazar con armas que disparen en ráfagas o provistas de silenciador.
- f) Utilizar explosivos con fines de caza, cuando formen parte de municiones o artificios no autorizados.
- g) Cazar en línea de retranca utilizando arma larga rayada.
- h) Hacer uso indebido de escopetas de caza en las zonas de seguridad o en sus proximidades.
- i) Cazar con municiones no autorizadas.
- j) Comerciar con especies protegidas o con piezas de caza cuya edad o sexo, en el caso de que sean notorios, no concuerden con los legalmente permitidos, o sin cumplir los requisitos reglamentarios.
- k) Abrir portillos en cercas o vallados o construir artificios, trampas, barreras o cualquier otro dispositivo que sirva o pueda servir para beneficiarse de la caza ajena.
- l) Destruir o dañar las instalaciones destinadas a la protección o fomento de la caza, así como los signos y letreros que señalicen el régimen cinegético de los terrenos, cuando estos últimos hechos no se lleven a cabo con el propósito de inducir a error sobre la condición o calificación cinegética de tales terrenos.

Dos. La reincidencia en falta de caza llevará consigo la privación de la licencia o de la facultad de obtenerla por tiempo de uno a dos años.

Artículo cuarenta y cuatro. En todo lo no expresamente prevenido en los dos artículos anteriores, regirá el Código Penal común.

Artículo cuarenta y cinco. *Competencia y procedimiento.*—Uno. El enjuiciamiento de los delitos y faltas de caza corresponderá a los órganos jurisdiccionales de carácter penal, según las reglas de competencia establecidas en la legislación vigente, acomodándose a las normas procesales que corresponda, sin otras modificaciones que las siguientes:

a) Toda sentencia condenatoria contendrá pronunciamiento expreso sobre la procedencia o improcedencia de indemnización por daños o perjuicios a la riqueza cinegética y, en su caso, determinará su importe.

b) Para determinar la indemnización por daños o perjuicios a la riqueza cinegética, se pedirá informe a la Jefatura Provincial del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales. Si no pudiera determinarse la persona que ha de percibir la indemnización por los daños o perjuicios causados a la riqueza cinegética, la sentencia dispondrá el ingreso de la misma en la Caja del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, para su inversión en obras o actividades que repercutan directamente en beneficio de la caza.

## CAPITULO SEGUNDO

### INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DE CAZA

Artículo cuarenta y seis. *Definición.*—Constituirá infracción administrativa de caza toda acción u omisión voluntaria que vulnere las prescripciones de esta Ley o del Reglamento que se dicte para su aplicación y no estén comprendidas en los artículos cuarenta y dos y cuarenta y tres de la misma.

Artículo cuarenta y siete. *Competencia y procedimiento.*—Uno. El co-

nocimiento y resolución de los expedientes instruídos por infracciones definidas en esta Ley como administrativas y la fijación de las indemnizaciones por daños originados a la riqueza cinegética que, en su caso, procedan, corresponderán al Ministerio de Agricultura, a través del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales. A estos efectos, deberá tenerse en cuenta:

a) Que la tramitación de estos expedientes se ajustará a lo preceptuado con carácter general en la Ley de Procedimiento Administrativo.

b) Que la acción para denunciar estas infracciones es pública y caduca a los dos meses, contados a partir de la fecha en que fueron cometidas.

c) Que las multas serán abonadas en papel de pagos al Estado, y las indemnizaciones, en metálico, en las Cajas de las Jefaturas del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales que por razón administrativa corresponda. El importe de la indemnización se pondrá a disposición de las personas o Entidades que hubieran sufrido el daño o perjuicio, y si éstas fuesen indeterminadas se empleará en obras o actividades que repercutan directamente en beneficio de la caza.

d) Que cuando las multas o indemnizaciones no sean satisfechas en el plazo reglamentario, se procederá a su cobro por la vía administrativa de apremio.

Artículo cuarenta y ocho. *Clasificación y sanción de las infracciones de caza.*—Uno. Reglamentariamente se procederá a la clasificación de las infracciones administrativas de caza en graves, menos graves y leves, con expresión, cuando proceda, de las medidas de carácter complementario que sean aplicables, y en especial de las que se refieran a anulación, revocación o privación de autorizaciones, concesiones o declaraciones expedidas por las autoridades competentes.

Dos. La relación de infracciones y sanciones comprenderá las enumeradas en el artículo treinta y uno de la presente Ley y las que se refieren a:

a) Incumplimiento de lo dispuesto en los artículos quince, dieciséis, diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de la presente Ley.

b) Infracción de las Reglamentaciones específicas aplicables a los Parques Nacionales, Refugios Nacionales de Caza, Estaciones Biológicas y Zoológicas, Reservas Nacionales de Caza y masas de aguas públicas sometidas a régimen cinegético especial.

c) Incumplimiento de las normas específicas aplicables a los terrenos sometidos a régimen de caza controlada.

d) Incumplimiento de medidas acordadas por Autoridad competente respecto a la protección de cultivos, el control de animales dañinos, la ocupación de las piezas de caza, la prevención de epizootias y zoonosis y los planes comarcales de aprovechamiento cinegético.

e) Incumplimiento de las condiciones establecidas en las autorizaciones especiales para cazar con fines científicos, explotación industrial de la caza, o caza con fines comerciales de pájaros perjudiciales a la agricultura.

f) Transgresión de lo dispuesto sobre la caza de determinadas especies; ciertas modalidades de caza reglamentadas específicamente; la comercialización de caza enlatada, refrigerada o congelada; importación, exportación, conducción o suelta de caza viva; el transporte, comercio o posesión de piezas

de caza muerta en época de veda; la conducción de animales domésticos, susceptibles de confundirse con sus similares silvestres; la utilización y tránsito de perros en el campo o sobre anillamiento y marcado de especies.

g) Infracción de las normas que regulan la seguridad en las cacerías o la expedición, tenencia y uso de licencias de caza, matrículas, recargos o precintos.

h) Incumplimiento de la obligación de tener contratado y vigente el Seguro Obligatorio.

Tres. Las infracciones administrativas serán sancionadas: Las graves, con multa de tres mil quinientas hasta cinco mil pesetas; las menos graves, con multa de dos mil hasta tres mil quinientas pesetas, y las leves, con multa de doscientas cincuenta hasta dos mil pesetas. Contra la resolución que imponga cualquiera de estas sanciones se darán los recursos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Cuatro. Tratándose de multas derivadas del incumplimiento de medidas acordadas por la Administración, en virtud de lo dispuesto en la presente Ley, éstas no podrán ser reiteradas por lapsos inferiores a quince días, sin exceder de cinco mil pesetas cada una ni de cincuenta mil pesetas en total.

Cinco. La reincidencia en infracciones administrativas graves y menos graves de caza llevará consigo la retirada de la licencia o la privación de la facultad de obtenerla por tiempo comprendido entre dos meses y un año.

Seis. En el Ministerio de Agricultura se llevará un Registro General de sancionados por infracciones administrativas de caza.

Artículo cuarenta y nueve.—Circunstancias modificativas de la cuantía de las sanciones impuestas por infracciones administrativas de caza:

Uno. La reincidencia en infracciones administrativas de caza se sancionará incrementando el importe de la multa en el cincuenta por ciento cuando se trate de reincidencia simple, y en el ciento por ciento cuando se reincida por segunda o más veces. No se tendrán en cuenta infracciones cometidas con cinco o más años de anterioridad, contados a partir de la fecha de la denuncia.

Dos. Cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones administrativas de caza, se castigarán con la sanción que corresponda a la de mayor gravedad, en su límite máximo.

Tres. Tratándose de infracciones administrativas graves y menos graves, si a juicio de la Administración concurriere alguna circunstancia atenuante, podrá reducirse el importe de la multa hasta el 50 por 100 de su límite mínimo.

Cuatro. Las infracciones administrativas cometidas por personas que por su cargo o función estén obligadas a hacer cumplir a los demás los preceptos que regulan el ejercicio de la caza, se sancionarán, en todos los casos, aplicando la máxima cuantía de la escala correspondiente a la infracción cometida.

Cinco. En estos supuestos, a los infractores sancionados ejecutoriamente les será decomisada el arma, privándoseles, además, de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla durante un plazo comprendido entre los dos meses y un año.

## CAPITULO TERCERO

## COMISOS Y RETIRADA DE ARMAS

Artículo cincuenta. *Comisos*.—Uno. Todo delito, falta o infracción administrativa de caza llevará consigo el comiso de la caza viva o muerta que fuere ocupada. A la caza viva se le dará el destino que se señale reglamentariamente, de acuerdo con las circunstancias que concurran en el hecho; tratándose de caza muerta, se entregará, mediante recibo, en un Centro benéfico local y, en su defecto, a la Alcaldía que corresponda con idénticos fines.

Dos. Los lazos, perchas, redes y artificios empleados para cometer la infracción serán decomisados, subastándose públicamente los de uso legal y destruyéndose los de uso ilegal tan pronto hayan servido como pruebas de la denuncia. Tratándose de perros de aves de presa, de reclamos de perdiz o de hurones, el comiso será sustituido por el abono de una cantidad en papel de pagos al Estado, que no podrá exceder de mil pesetas por cada uno de estos animales.

Artículo cincuenta y uno. *Retirada de armas*.—Uno. La retirada del arma sólo se verificará por la autoridad o sus agentes en los casos que específicamente establezca el Reglamento, contra recibo y para su inmediato depósito en el puesto de la Guardia Civil que corresponda.

La negativa a entregar el arma, en el supuesto previsto en el apartado anterior, por el cazador cuando sea requerido al efecto, podrá ser considerada como constitutiva del delito previsto en el artículo doscientos treinta y siete del Código Penal.

Dos. Firme la sentencia absolutoria, la autoridad jurisdiccional competente acordará la devolución gratuita de las armas, si no lo hubiere dispuesto con anterioridad. Si la sentencia fuere condenatoria por delito, el Juez decidirá sobre el comiso del arma o autorizará la devolución previo pago de un rescate de dos mil quinientas pesetas en papel de pagos al Estado. Los condenados por falta podrán obtener la devolución del arma previo pago, en la misma forma, de mil pesetas. Tratándose de sanciones administrativas, la devolución de las armas será gratuita, en el caso de infracciones leves, y previo pago de un rescate de quinientas pesetas en los demás. Si fueran varias las armas retiradas, el pago del rescate se hará por cada una de ellas.

Tres. A las armas decomisadas y a las no rescatadas se les dará el destino establecido en el artículo cuarenta y ocho del Código Penal.

## TITULO NOVENO

## Del Seguro obligatorio y de la seguridad en las cacerías

Artículo cincuenta y dos. *Seguro Obligatorio*.—Uno. Todo cazador con armas deberá concertar un contrato de seguro que cubra la obligación de indemnizar los daños a las personas establecidas en el número cinco del artículo treinta y tres de esta Ley. La obligación de indemnizar estará limitada por la cuantía que reglamentariamente señale el Gobierno para las presta-

ciones del Seguro Obligatorio, sin perjuicio de las indemnizaciones que, por encima de dicho límite o para los daños a las cosas puedan derivarse de la aplicación de los Códigos Penal y Civil.

Dos. La determinación de las pólizas y tarifas de primas que hayan de utilizar las Sociedades anónimas o Asociaciones mutuas aseguradoras en esta modalidad de Seguro, y la reglamentación general del mismo, corresponderán al Ministerio de Hacienda, oído el de Agricultura.

Artículo cincuenta y tres. *Seguridad en las cacerías*.—Por vía reglamentaria se señalarán las medidas que preceptivamente deberán ser aplicadas en aquellos casos y circunstancias en los que la seguridad de los cazadores y de sus colaboradores aconsejen la adopción de precauciones especiales.

#### DISPOSICION ADICIONAL

A los efectos prevenidos en el artículo cincuenta y dos de la presente Ley, se autoriza al Ministerio de Hacienda para, si lo estima conveniente, pueda constituir un Fondo de Garantía, que adscribirá a cualquiera de los ya establecidos.

#### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. *Vedados y acotados*.—Se concede el plazo de un año, contando a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, para que los titulares de los actuales vedados y acotados de caza puedan dar de alta sus terrenos en el régimen cinegético que corresponda. Si transcurriese dicho plazo sin que por los interesados se hiciese uso de este derecho, los terrenos afectados pasarán a tener la condición de terrenos cinegéticos de aprovechamiento común.

Segunda. *Contratos anteriores*.—Uno. Los contratos de arrendamientos de caza, concertados en fecha anterior a la publicación de esta Ley, surtirán todos sus efectos hasta expirar el plazo de vigencia que en ellos se hubiere convenido, si los terrenos afectados se acogieran al régimen cinegético especial que corresponda con arreglo a las disposiciones de la misma. En caso contrario, la duración de estos contratos caducará, como máximo, al año, contado a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley.

Dos. Los terrenos acotados con anterioridad a la publicación de la presente Ley y que, por aplicación de lo dispuesto en el número segundo del artículo diecisiete deban destinarse a aprovechamiento cinegético común, lo serán precisamente, en el régimen de caza controlada previsto en el artículo catorce y no adquirirán esta condición hasta que por el Ministerio de Agricultura haya sido aprobado el Plan de Aprovechamiento Cinegético.

#### DISPOSICIONES FINALES

Primera. *Fecha de vigencia*.—Se autoriza al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Agricultura, para determinar la fecha de entrada en vigor de esta Ley, dentro del plazo máximo de un año, contado a partir de su publi-

cación. Antes de la puesta en vigor de la misma se publicará el oportuno Reglamento y las disposiciones necesarias para el mejor desarrollo de la presente Ley.

Segunda. *Cotos nacionales de caza.*—Por el Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Agricultura e Información y Turismo, se dictarán las disposiciones precisas para que los Cotos Nacionales de Gredos, Picos de Europa y Ronda adquieran la condición de Reservas Nacionales de Caza. En estas Reservas la protección, conservación y fomento de la caza quedarán encomendadas al Ministerio de Agricultura, reservándose el Ministerio de Información y Turismo la misión de administrar los aprovechamientos cinegéticos de acuerdo con aquellos criterios turístico-deportivos que considere más conveniente a los intereses generales.

Tercera. *Cláusula derogatoria.*—A partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, quedan derogadas:

La Ley de Caza, de dieciséis de mayo de mil novecientos dos; la Real Orden de uno de julio de mil novecientos dos, dando instrucciones para el cumplimiento de la Ley anterior; la Real Orden de tres de julio de mil novecientos tres, aprobando el Reglamento para la aplicación de la Ley de Caza, de dieciséis de mayo de mil novecientos dos; la Real Orden de veinticinco de septiembre de mil novecientos tres, aclarando los artículos treinta y cinco de la Ley de mil novecientos dos y sesenta y uno del Reglamento de mil novecientos tres; la Real Orden de doce de noviembre de mil novecientos tres, exigiendo licencias para toda clase de caza; la Real Orden de veintitrés de febrero de mil novecientos cuatro, sobre circulación de conejos caseros; la Real Orden de veinticuatro de septiembre de mil novecientos ocho, prohibiendo la caza en determinados terrenos; la Ley de veintidós de julio de mil novecientos doce, modificando los artículos treinta y dos y treinta y tres de la Ley de Caza, de mil novecientos dos; la Real Orden de veintidós de noviembre de mil novecientos doce, modificando los artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho del Reglamento de tres de julio de mil novecientos tres; la Real Orden de dieciocho de septiembre de mil novecientos catorce, relacionada con las faltas por cazar sin estar levantadas las cosechas; la Real Orden de siete de julio de mil novecientos quince, sobre recompensas por destrucción de animales dañinos; la Real Orden de veintiuno de mayo de mil novecientos veintiuno, sobre aprehensión de animales vivos con fines de repoblación; la Real Orden de quince de abril de mil novecientos veintidós, sobre competencia para castigar las faltas contra la Ley de Caza de mil novecientos dos; el Real Decreto de trece de junio de mil novecientos veinticuatro, reformando la Ley de Caza de mil novecientos dos, en cuanto se refiere a vedados; la Real Orden de diecisiete de julio de mil novecientos veinticinco, prohibiendo la caza en las vías férreas y sus terraplenes; la Real Orden de veintidós de enero de mil novecientos veintiséis, modificando el artículo quince del Reglamento de tres de julio de mil novecientos tres; la Real Orden de cinco de junio de mil novecientos veintinueve, autorizando la venta de palomas zuritas y patos caseros en época de veda; la Real Orden de seis de septiembre de mil novecientos veintinueve, declarando ilícita la caza de pájaros no insectívoros, con redes o liga, desde el treinta y uno de septiembre hasta el treinta y uno de enero; la Real Orden de trece de enero

de mil novecientos treinta, sobre la facturación y venta de pájaros no insectívoros; la Real Orden de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta, sobre captura y transporte de ejemplares con fines científicos; el Real Decreto de nueve de abril de mil novecientos treinta y uno, sobre informes previos de las resoluciones que dicten los Gobiernos Civiles y dando nueva redacción al artículo trece del Reglamento de tres de julio de mil novecientos tres; la Orden ministerial de veintiuno de mayo de mil novecientos treinta y uno, autorizando la caza en época de veda con fines de repoblación; la Ley de veintiséis de julio de mil novecientos treinta y cinco, sobre épocas de veda; el párrafo sexto del artículo sesenta y nueve del Decreto de veintisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, sobre obtención de licencias de caza; el artículo ciento noventa y ocho, sobre caza en terrenos comunales y de propios, del texto refundido de veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y cinco de la Ley de Régimen Local; la Orden ministerial de nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, sobre caza en terrenos acotados o amojonados; la Ley de treinta de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, sobre daños producidos por la caza; la Orden ministerial de treinta de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro, dando normas para el cumplimiento de la Ley anterior; el artículo cuarenta del Reglamento aprobado por Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, sobre contratación de aprovechamientos cinegéticos.

Asimismo, quedan derogados los conceptos *b)*, *e)* y *f)* de la tarifa segunda, nueve, de la tasa del Ministerio de la Gobernación, regulada por el Decreto quinientos cincuenta y uno/mil novecientos sesenta, de veinticuatro de marzo; el concepto trece, *A) g)*, de la tasa del Ministerio de Agricultura, regulada por el Decreto quinientos dos/mil novecientos sesenta, de diecisiete de marzo, y todas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Dada en el Palacio de El Pardo a cuatro de abril de mil novecientos setenta.

FRANCISCO FRANCO

El Presidente de las Cortes,

ALEJANDRO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL Y NEBREA

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

# Jurisprudencia penal correspondiente al segundo semestre de 1967

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

### CODIGO PENAL

1. ARTÍCULO 1 (*Relación de causalidad*).—Entre la conducta activa u omisiva sin malicia pero voluntaria que infringe un deber de actuar o no actuar, y la mutación del mundo exterior cierta, tiene que existir un ligamen o relación de causa a efecto, que una a ambos indispensables elementos de toda imprudencia con causalidad material y jurídica, que haga al agente autor del evento dañoso y responsable del mismo, por ser la consecuencia natural y adecuada de su actividad subjetiva y objetiva, y expresión directa, completa e inmediata de la misma, según las normas de experiencia vital y juicio de idoneidad o probabilidad apreciado por el Juez, sin que puedan admitirse, so pena de destrozar tal vinculo causal, interrupciones e interferencias entre los motivos remotos y el resultado, a medio de acontecimientos alejados y ajenos al agente, de condición inmediata y de contenido eficaz, que agraven o sustituyan su actuar, o el resultado por él producido, lo que sucederá cuando se genere por actividad sobrevenida ampliamente imprudente o dolosa del ofendido y en determinadas circunstancias de un extraño, en cuyo supuesto el nexo causal puede quedar cortado por desviarse el curso normal por un proceso atípico. (S. 2 octubre 1967.)

En los límites de la razón pura comprensiva de las categorías del pensamiento para interpretar el mundo de los fenómenos, las llamadas integrantes racionales podrían autorizar la equivalencia de las condiciones, término anfibológico que iguala las concausas con las meras realidades presentes que influyen externamente en el resultado, añadido el criterio de advertir cuál no puede suprimirse; pero por virtud del juicio de razón práctica, el agente y el juzgador de su conducta ordenan el conocimiento sobre la causa principal e influyente como la más adecuada y objeto para la imputación, pues sobre la equivalencia flota científicamente una más cierta causalidad, comprobable por la estadística entre determinantes y determinados en el cuadro de la función operativa, traducida en la práctica por el normal acontecer, lo que ocurre según el pensar común para el que se estableció el derecho. (S. 20 octubre 1967.)

2. (*Voluntariedad*).—Las acciones se reputan voluntarias siempre, salvo prueba en contrario. No cabe confundir la voluntariedad con la posible ignorancia pues ésta no exime del cumplimiento de las leyes, y mucho menos de las de orden penal que, incluso, obligan a extranjeros accidentalmente en la Nación. (S. 10 junio 1967.)

3. ARTÍCULO 4.º (*Provocación*).—El delito provocado, normalmente dirigido en una de sus formas a conocer la propensión para hechos criminales de una persona, y a comprobar su capacidad de realización, que convenza psicológicamente de que está efectuando actos delictivos de forma oculta o desconocida, para quien desea perseguirlos, requiere para su existencia la inducción suficiente para mover la voluntad de la misma, a fin de que efectúe una actividad que, estimada por ella ilícita penalmente, no puede llegar a un resultado porque, habiéndose previsto éste, se impide por el inductor sea alcanzado, haciendo baldía la actividad, por el empleo de medidas precautorias defensivas o de garantía; y si para incriminar toda conducta humana, en el ámbito penal, se exige que las acciones u omisiones sean voluntarias, como producto de una manifestación subjetiva libre, en su creación intelectual y en su realización, al deber ser manifestación de una resolución delictual espontánea, no puede admitirse que tal figura constituya ni siquiera la tentativa imposible de delito, por inidoneidad de fin o resultado, puesto que en ella se da, por la maquinación insidiosa que la envuelve, como quiere la mejor doctrina científica, exclusivamente una apariencia de ataque, con ausencia de enfrentamiento formal al ordenamiento jurídico-penal, pues la voluntad manifestada no podía llegar a ser antijurídica en su realización y alcanzar un fin, aunque pudiera envolver un sencillo ataque ético, que resultaba meramente ilusorio y sin vida real, por lo que carece de entidad para encajarse en las normas penales, a no primar, indebidamente y con efectos opresivos, actitudes inductoras, que juegan al margen de toda norma permisiva de investigación legal, y que incluso no deben servir ni para la forja de la convicción psicológica que primariamente pretenden, demostrando la habilidad y la inclinación criminal o el hábito del sujeto pasivo, por tratarse de provocación subrepticia no reglada y contraria a la espontaneidad de la libertad personal. (S. 27 junio 1967.)

4. ARTÍCULO 8.º, NÚM. 2 (*Menor edad*).—La causa de inimputabilidad de minoría de edad penal, prevista en el núm. 2 del artículo 8.º del Código sustantivo, debe o no estimarse tomando en consideración por modo exclusivo la fecha de nacimiento del procesado y la de comisión del hecho delictivo, ya que no autoriza otra cosa el terminante texto del precepto en cuestión, limitado a declarar exento de responsabilidad criminal al menor de dieciséis años, sin posibilidad por ello de atender criterios de otro orden. (S. 28 noviembre 1967.)

5. ARTÍCULO 8.º, NÚM. 5 (*Legítima defensa*).—Intervenir en riña sostenida por su hermano con el lesionado y los hermanos de éste, en manera alguna significa acudir en defensa de la persona y derechos de su citado

hermano, sino tomar parte en discusión mutuamente aceptada con las consecuencias que de la misma se derivan. (S. 29 septiembre 1967.)

6. ARTÍCULO 8.º, NÚM. 11 (*Cumplimiento de un deber*).—Los agentes de la autoridad solamente pueden hacer uso de la fuerza cuando ello fuera absolutamente indispensable. (S. 11 octubre 1967.)

7. ARTÍCULO 9.º, NÚM. 1 (*Eximentes incompletas*).—La epilepsia, psicosis orgánica endógena, es un proceso del sistema nervioso cerebral, caracterizado por accesos convulsivos, con pérdida de conciencia, que crea frecuente estado psicopatológico, y que conduce, a través de un carácter devalorado, a la demencia, con involución del psiquismo, por lo que la amplitud cualitativa y cuantitativa de su lento y progresivo desarrollo, sea de origen esencial o secundaria, y las características intrínsecas de los ataques comiciales, producen la consecuencia de estimar situaciones diversas en orden a la imputabilidad del sujeto que la padece, siendo diferente la valoración, de acuerdo con los actuales conocimientos psiquiátricos y jurídicos, de un lado, sobre la personalidad existente en los actos realizados sufriendo los ataques convulsivos o paroxísticos psicomotores, durante el áurea epiléptica, o en los estados crepusculares post-epilépticos y, por fin, en la plena demencia, en que normalmente, debe estimarse la plena irresponsabilidad por enajenación mental, y de otro, en los intervalos interparoxísticos, al margen del estado morbo, y en personas que sufran el mal comicial, en que la imputabilidad total o disminuida deberá declararse casuísticamente, supuesto por supuesto, sin establecer previamente posibles reglas generales; pero estas situaciones no pueden ser confundidas con las denominadas epilepsias psíquicas o psicopatías epilépticas, que padecen personas que, sin llegar a tener episodios paroxísticos, y sin caer jamás en la demencia por esta causa, sufren crisis distímicas, ya que ordinariamente son plenamente imputables, porque gozan de la capacidad intelectual suficiente para apreciar el desvalor social de sus actos al tener plena libertad y conciencia, así como voluntad suficiente, para, ante los estímulos externos, reprimirse y dominarse por sus facultades de inhibición. (S. 25 noviembre 1967.)

8. ARTÍCULO 9.º, NÚM. 4 (*Preterintencionalidad*).—La normativa penal establece una ecuación entre la intención o voluntad dolosa injusta y el resultado ejecutado, unidos en adecuada relación de causalidad material y jurídica, para sobre esta normalidad y coincidencia imponer la pena base a la conducta delictual, mas si se produce una desproporción entre el ánimo tendente a lesionar un tipo y el evento alcanzado, de mayor entidad a la requerida y prevista, al no ser equiparables por defecto en el juego de la causalidad, al existir una menor intención moral y peligrosidad y un *plus in efectum* o exceso, es lógico que se corrija la responsabilidad plena atenuándola, que es a lo que justamente tiende la circunstancia 4.ª del artículo 9.º del Código Penal, denominada de *preterintencionalidad*, porque recoge la situación desacompañada existente entre el deseo de delinquir y el superior mal causado; mas esta desproporción debida a la imperfección causal requiere su conocimiento, para lo que resulta indispensable desentrañar la intención guardada en el arcano humano, en acto interno de querer cons-

ciente, lo que directamente aparece como imposible, debiendo utilizarse sustitutivamente un proceso lógico inductivo, que por vía lateral, pero adecuada, práctica y metódicamente, conduzca a valorar, de un lado en abstracto, el resultado y su anormal causación no correspondiente con la acción u omisión empleada por el sujeto activo, y de otro y principalmente, la idoneidad del medio empleado, con los elementos más laterales de los antecedentes del hecho, forma de realización, región corporal escogida, situación de las personas y demás circunstancias concurrentes de interés. (S. 16 octubre 1967.)

9. ARTÍCULO 9.º, NÚM. 5 (*Provocación o amenaza*).—Con reiteración cierta la doctrina de esta Sala ha exigido, en relación con la atenuante número 5 del artículo 9.º del Código Penal, que una oposición o protesta, la increpación o represión por violenta que sea, y el que entre los sujetos precediese un estado de discusión o riña mutuamente aceptada, no permiten dar por existente la provocación atenuante, ni tampoco basta una simple expresión de amenaza, sino que ésta tiene que ser grave, y que de hacerse efectiva pueda ser de un mal cierto, y siempre y cuando que esa irritación o conminación sean proporcionadas al mal del delito, o normalmente suficientes para excitar su producción, como estímulo ajeno suficiente e inmediato, a la vez que adecuado. (S. 16 octubre 1967.)

10. ARTÍCULO 9.º, NÚM. 7 (*Motivos morales, altruistas o patrióticos*).—Uno de los escasos supuestos en que, como resulta indispensable para su apreciación, la norma recoge el móvil o fin determinante de la intención del delincuente, que opera como fuerza psicológica creadora de la voluntad de obrar antijurídicamente y que la impulsa a ejecutar la acción u omisión penal, es el contenido en la atenuante número 7 del artículo 9.º del Código Penal, en sus tres manifestaciones de vida autónoma o independiente, de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, por virtud de la que el resultado ilícito querido y mal causado se opone al perjuicio o daño moral, altruista o patriótico, que se desea evitar, teniendo que existir un contenido de clara equivalencia en relación compensatoria entre ambas situaciones, y a su vez un beneficio humano indudable en valores no apreciados arbitrariamente por el sujeto activo, sino objetivamente constatados y reconocidos como excelentes y sublimes por la comunidad social, según posterior, difícil y delicado criterio estimativo judicial, que atenderá al alcance del motivo y a los efectos conseguidos, para concederle o no virtud o eficacia, según la complicada serie de fines posibles, dimensión intrínseca y arcano psicológico colectivo humano, debiendo extremar el rigor de la medida estimativa cuando se haya de valorar el móvil altruista por su mismo contenido inconcreto y amplio registro, al ser un sentimiento de generosa estimación y amor a los demás, opuesto al egoísmo, que signifique espiritual o material ayuda, satisfacción, alivio, ventaja o provecho, y que debe manifestar una gran entidad, porque requiere sea de notoria importancia, o lo que es igual, de acusado y excepcional relieve o gran alcance, no bastando la concurrencia de los de condición normal, escasa entidad y ordinaria manifestación, que dejen absolutamente indemne la inmoralidad del acto delictivo, y no merezcan la rebaja atenuatoria, por no producirse la

menor culpabilidad cualitativa esencial en esta circunstancia que, en definitiva y en general, neutraliza parcialmente o temple por el móvil ético, filantrópico o patriótico, la accidia de lo ilícito penal. (S. 19 octubre 1967.)

11. ARTÍCULO 9.º, NÚM. 8 (*Arrebato u obcecación*).—Esta Sala tiene declarado reiteradamente que esta circunstancia no puede consistir en el acaloramiento, excitación o impulso de ira que, de ordinario, produce toda discusión o riña, ya que la aplicación de la misma debe estar determinada por hechos o actos injustos, inmediatos o próximos, realizados por el ofendido y engendrados correlativamente de estímulos lícitos en el procesado que exciten o agiten sus pasiones en un orden natural y humano. (S. 3 julio 1967.)

El hecho de encontrarse con una persona con la que se está enemistada por cuestiones económicas no puede producir un estado pasional al punto de llegar a la agresión, y menos cuando esa persona es una hermana que se encuentra en casa de la madre de ambas que está enferma, circunstancia que debió servir para contener cualquier ímpetu, y que en todo caso no podría dar contenido a la atenuante que se invoca, porque esos estímulos productores del arrebato han de ser lícitos y morales, y no lo son el querer resolver por la violencia diferencias de tipo económico. (S. 5 diciembre 1967.)

12. ARTÍCULO 9.º, NÚM. 9 (*Arrepentimiento espontáneo*).—La atenuante 9.ª del artículo 9.º del Código Penal, fundada en un *dolus subsequens* distinto y posterior al que nutrió el delito, por ser el de éste un *dolus malus* y aquél un hacer generoso y bien indolado o *dolus bonus*, acoge la menor peligrosidad del sujeto activo, a medio de razones de estricta justicia, que por la presencia de causas éticas o religiosas, o de virtud moral, otorgan un beneficio en la pena o premio al que, habiendo realizado el delito, siente dolor o pesar, con remordimiento real, ante su resultado al recapacitar, formando un nuevo estado de conciencia que le impulsa libre y espontáneamente, por nobles y desinteresados motivos, sin presiones ni estímulos ajenos, a condenarse a sí mismo, *iure proprio*, mediante un desistir y cambio de su actividad malvada por otra reparadora y humana, y también se justifica por razones de utilidad, pragmáticas y de política criminal, con la ayuda beneficiosa del delincuente a su víctima o porque descubre la infracción delictiva a la administración de justicia, facilitándola en su trascendente misión la averiguación exacta de lo ocurrido, a fin de conocer a los culpables y de castigarlos de manera adecuada; y por ello su construcción técnica se efectúa con base en un elemento genérico y de naturaleza subjetiva, que tiene que derivar del hecho de proceder el delincuente por impulsos de verdadera conciencia dolorida y contrita, en proceso de purificación personal, producido por la sola contemplación del acto ilícito, y ante móviles ciertos de pesar, que genera un sentimiento íntimo de condena, que le hace abandonar su conducta previa y repudiarla intensamente, dándose con ello un estado ético-psicológico de arrepentimiento y otro elemento de carácter específico y naturaleza objetiva que comprende la realización efectiva de una de las cuatro modalidades descritas en el tipo legal, y que implican actos exteriores y relevantes, a consecuencia de aquella virtud moral ínti-

mamente sentida. Esta circunstancia atenuatoria ha de ser, como se ha indicado, espontánea, o lo que es igual, derivada del estado de conciencia del delincuente y no impuesta, inducida o aconsejada por otra persona, siendo este Tribunal muy riguroso en la exigencia de esta espontaneidad, en la que radica el mérito de la conducta. (S. 5 julio 1967.)

La atenuante de arrepentimiento espontáneo requiere un elemento genérico y de naturaleza subjetiva, que deriva del hecho de proceder el delincuente por impulso de verdadera conciencia dolorida y contrita, en proceso de purificación personal, producido por la sola contemplación del acto ilícito, y ante móviles ciertos de pesar que generen un sentimiento íntimo de condena, que le hace abandonar su conducta previa y repudiarla intensamente, dándose con ello un estado ético-psicológico de condena de sí mismo, y otro requisito de carácter específico y naturaleza objetiva, que comprende la efectiva realización de una de las cuatro modalidades descritas en el tipo legal, y que implican actos exteriores y relevantes, a consecuencia de aquella virtud moral íntimamente sentida y causa determinante del obrar beneficioso, para el ofendido o la Justicia. (S. 16 octubre 1967.)

El arrepentimiento espontáneo, base fundamental de la circunstancia atenuante 9.ª del artículo 9.º del Código Penal, exige el reconocimiento íntimo de la falta cometida, pues no puede existir arrepentimiento si antes no se estima que sea un mal o un ilícito legal lo ejecutado, y también precisa que no se trate de desfigurar la infracción o de ocultarla para eludir la responsabilidad. (S. 3 junio 1967.)

La confesión del delito a la autoridad, para que pueda apreciarse la atenuante, ha de ser sinceramente verídica, como exponente del hondo pesar del reo por su delito, ya que no puede admitirse que el llegar antes del delincuente que el denunciante a la presencia de la autoridad, bien por suerte o por el resultado de la velocidad, asegure como recompensa la atenuación de la pena merecida, para el caso de que no produzca más beneficiosas consecuencias la declaración exculpatoria, falaz, y con pretensiones justificativas del responsable del delito. (S. 30 septiembre 1967.)

13. ARTÍCULO 10, NÚM. 1 (*Alevosia*).—La circunstancia de alevosía, referida a la acción, de condición objetiva, y que agrava por la mayor culpabilidad, cobardía y perfidia que el agente manifiesta, se integra, según deriva de la definición del número 1.º del artículo 10 del Código Penal, de un elemento subjetivo, representado por consciente y deseada utilización de medios, modos y formas, como exterior manifestación del interior pensamiento y voluntad, que tanto pudo premeditarse como aprovecharse circunstancialmente; y dos objetivos, tendente el primero a asegurar la agresión consumándola, y el segundo, a evitar el riesgo en la persona del agente que provenga de la eventual defensa del ofendido, que ha de encontrarse indefenso ante el ataque y anulada por ende su capacidad de posible reacción, amparadora de su integridad personal; y particularizando esta doctrina es obvio que esta Sala, en supuestos de ataques súbitos y rápidos, inesperados o por sorpresa, aunque se produzcan cara a cara, ha estimado la concurrencia de esa causa de agravar, si existía inadvertencia absoluta, en la víctima.

para sospechar el ataque o precaverse del mismo, al no poder repelerlo, quedando la ejecución asegurada sin el menor riesgo. (S. 25 noviembre 1967.)

La conducta del sujeto activo ha de consistir en un obrar traicionero que impida a la víctima advertir los propósitos del culpable, produciéndose la agresión de un modo súbito e inesperado, reflejado todo ello a través de una inacabable serie de datos y detalles que la jurisprudencia en cada caso ha ido matizando. (S. 25 octubre 1967.)

El presuponer la alevosía un juicio de valor referido al modo comisivo de los delitos contra las personas, según tiene reiteradamente 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 les 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. (S. 19 diciembre 1967.)

14. ARTÍCULO 10, NÚM. 8 (*Abuso de superioridad*).—Lo constituye la unión de la fuerza de tres personas jóvenes que la utilizaron contra una sola persona, a la que sujetaron y golpearon. (S. 4 julio 1967.)

15. ARTÍCULO 10, NÚM. 9 (*Abuso de confianza*).—Confróntese parágrafo 71.

16. ARTÍCULO 10, NÚM. 14 (*Reiteración*).—Es de rechazar, a pesar de la respetable opinión en que se fundamenta, la tesis de que la reincidencia y la reiteración sólo se dan cuando el reo ha cumplido efectivamente las penas impuestas, pues basta tener en cuenta que la razón teleológica de las mismas no es la circunstancia accidental y contingente de que la pena se haya o no cumplido, sino el exponente exteriorizador de la persistencia en delinquir del agente, siendo reiteradísima la doctrina de esta Sala que exige simplemente la imposición de las penas y la firmeza de las sentencias correspondientes. (S. 1 julio 1967.)

Es aplicable aunque las condenas anteriores hubieran sido impuestas por efecto de una ley especial. (S. 3 noviembre 1967.)

17. ARTÍCULO 10, NÚM. 15 (*Reincidencia*).—Confróntense los párrafos 16 y 24.

18. ARTÍCULO 14 (*Autores*).—El mutuo acuerdo, con unidad de resolución criminosa y de fin propuesto, significa unidad de acción a través de la diversidad de actos a ejecutar por cada uno de los concertados, que por este concierto previo o surgido en el momento comisivo del delito se hacen responsables *in solidum* del resultado delictivo, cualesquiera que sean los actos que por reparto se asignaren o ejecutaren cada uno de los concertados, sin que influya para nada en la responsabilidad igual y común la necesidad o importancia del acto individual, siempre que todos converjan o se aúnen a lograr el fin antijurídico propuesto, pues la responsabilidad solidaria nace de la libre voluntad concertada. (S. 5 julio 1967.)

Se es autor directo, no sólo realizando los actos consumativos del delito, sino aquellos ejecutivos o de segundo grado con los que se ayuda a favorecer la acción delictiva. Según doctrina de esta Sala, quien espera fuera del

lugar de una sustracción para recoger los efectos de la misma a la llegada de los autores materiales, es autor directo y no cómplice. (S. 1 julio 1967.)

19. ARTÍCULO 22 (*Responsabilidad civil subsidiaria*).—Se trata de una responsabilidad puramente objetiva, en la que sólo se atiende a la que nace de los delitos o faltas cometidos en el desempeño de sus obligaciones o servicios por los dependientes, tomada esta palabra en su amplio sentido, de quien ha de pechar de modo subsidiario con la responsabilidad civil por la insolvencia de aquéllos y en tanto y mientras lo sean; es decir, que se apoya esta responsabilidad civil subsidiaria en la objetividad de la infracción cometida y en la relación de dependencia que une al responsable principal con el que ha de suplir su carencia de bienes, con el fin de que no se queden sin cobrar los perjudicados por el delito o falta, todo ello inspirado en la doctrina de la compensación de beneficios y riesgos, que sirve de fundamento a las figuras de responsabilidad sin culpa; y, por tanto, no puede extenderse esta especial obligación a personas distintas de las que se les atribuyan los posibles beneficios de toda índole, con la consiguiente eventualidad de correr los riesgos. (S. 23 noviembre 1967.)

Los dos requisitos que sirven de soporte a esa responsabilidad en el caso de asalariados son: dependencia o subordinación económica del agente con su principal y desarrollo por aquél de una actividad en beneficio de éste sea o no de las comprendidas dentro de las específicas de su función, siempre que aquélla sea desarrollada en el curso de su jornada laboral con conocimiento del Jefe o encargado de quien dependa y que redunde en utilidad de la empresa. (S. 4 julio 1967.)

20. ARTÍCULO 23 (*Legalidad*).—El principio de la legalidad, consagrado en los artículos 1.º, 2.º y 23 del Código Penal y también reconocido en el 17 del Fuero de los Españoles, en su expresión dogmática recogida en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, otorga un monopolio como fuente formal a la ley en el ámbito penal, y por consecuencia, a la misma pertenece con exclusividad la creación de los delitos y de las penas, que expone a medio del sistema lógico-formal de la tipicidad, que es la precisión abstracta e hipotética de la infracción y de su sanción, correspondiendo al Juzgador la función subordinada de interpretar y de revelar el contenido o núcleo latente en la norma, y la adaptación de reproche abstracto definido al supuesto de hecho a medio del juicio concreto de culpabilidad, atendiendo a las circunstancias de evolución vital, y sin que jamás tenga misión de incriminación analógica o creativa de tipos, al ser simple servidor de la ley, que debe aplicar adecuada y justamente. (S. 13 octubre 1967.)

21. ARTÍCULO 24 (*Irretroactividad*).—La vida de la ley se extiende entre el momento de su imperatividad o efectiva vinculación *erga subditus* hasta el de su derogación, pero su inicial vigencia se produce, una vez que el proceso formativo intrínseco de elaboración material por el legislador se efectuó, y luego de resultar materialmente promulgada y publicada o notificada externamente a cuantos están obligados a acatarla, pudiendo seguirse un sistema de instantánea vigencia coincidente con la publicación, o lo que es más corriente —y de ello es clara muestra el artículo 1.º del Código Civil—,

dilatar su eficacia hasta que se alcance, tras el consumo del plazo de publicidad fijado en criterio legislativo, el día inicial de su entrada en vigor, lo que puede obedecer a motivaciones de naturaleza política, técnica, procesal, práctica, cuando no sociológica, pasando en este último supuesto por un período de *vacatio legis*, más o menos dilatado, durante el que la ley, formal, intrínseca y extrínsecamente cierta, en una simple expectativa o un ente de futura legalidad, que no rige, y por ende que no puede ser anticipadamente aplicada contrariando el mandato legislativo, y dejando efectiva la ley anterior todavía con imperio e imponer un estado de derecho que la autoridad constituyente no permitió, sin que tan rígida como justa doctrina, derivada de los principios fundamentales de creación de lo normativo directo, que atiende, no a la publicación, sino a la efectiva entrada en vigor de la ley, para determinar su día inicial de operatividad, puede dejarse sin vigencia por el principio *pro reo*, porque éste se funda en una duda inicial de resolver, que aquí no se produce, al no existir dos criterios con igual fuerza lógica, ni tampoco por la condición de la ley, de naturaleza permisiva, frente a las prohibitivas, porque su contenido esencial no puede desvirtuar su inicial rigor, al ser unas las reglas de vigencia para todas ellas, dependientes de la voluntad expresa y clara del legislador. (S. 28 septiembre 1967.)

22. ARTÍCULO 25 (*Perdón del ofendido*).—Si bien el perdón en los delitos privados, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 25, 112 núm. 5.º y 467, y en el 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, extingue la responsabilidad criminal, porque la ley concede fuerza vinculante a la voluntad remisora del sujeto pasivo u ofendido al resultar principalmente afectados sus bienes personales e intereses materiales frente a los más abstractos del bien común y orden jurídico, que en tales infracciones quedan relegados a un segundo término, es sin embargo preciso que ese perdón derive de una voluntad concedente expresa, formal y absoluta, y nunca confusa y equívoca y además prestada de manera incondicional, pues si se admite el perdón condicional, como ha establecido esta Sala, al tener en principio el carácter de mera promesa de perdón, debe ser su contenido lícito y ha de cumplirse el acontecimiento futuro e incierto de manera total o íntegra. (S. 28 noviembre 1967.)

23. ARTÍCULO 54 (*Aplicación de la pena*).—La pena correspondiente al encubridor será la inferior en dos grados, surgiendo la duda de si el grado máximo señalado para el autor es aplicable a los encubridores, o si a éstos procede imponerles la pena en el grado que se estime conveniente dentro de la señalada con arreglo al número 4 del artículo 61, y debe aceptarse esta última regla por la libertad que este precepto concede al Tribunal sentenciador, y además, porque en caso de duda la interpretación debe ser en favor del reo. (S. 1 julio 1967.)

24. ARTÍCULO 61, NÚM. 6 (*Multirreincidencia*).—El problema referente a la posibilidad de aplicar la multirreincidencia en los casos de varias condenas impuestas en una sola sentencia, esta Sala lo tiene resuelto en sentido afirmativo, porque la reincidencia, según el concepto literal de ella en el número 15 del artículo 10 del Código, consiste en haber sido condenado el

culpable por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título; refiriéndose por tanto a delito, no a sentencias, y de aquí que cuando una de estas sancione varias infracciones, el número de delitos sancionados es el que entra en juego a los efectos de la mencionada circunstancia de agravación, que contempla, según se tiene dicho, no una repetición numérica de sentencias sino de delitos ejecutoriamente condenados. (S. 25 noviembre 1967.)

Es doctrina constante de esta Sala que las circunstancias modificativas de responsabilidad han de estar tan acreditadas como el hecho mismo enjuiciado y que no basta decir que el reo fue condenado antes por dos delitos contra la propiedad sin precisar penas o cuantías, para estimar la doble reincidencia, si después de aquellas sentencias se modificaron las cuantías de tales delitos, porque es posible que las infracciones que motivaron las condenas anteriores se hayan degradado a faltas y en ese caso el condenado no debe seguir soportando el peso y las consecuencias de unos delitos que ya no existen. (S. 10 junio 1967.)

25. ARTÍCULO 66 (*Aplicación de las penas*).—Sin dejar a la libre potestad apreciativa del Tribunal la rebaja de la pena en uno o dos grados inferiores, como sucede en la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Código Penal, cuando concurren dos o más atenuantes o una sola muy calificada, el legislador imperativamente otorga en el artículo 66 de dicho cuerpo legal el privilegio de igual disminución punitiva a las eximentes incompletas de responsabilidad criminal que el órgano jurisdiccional ha de aplicar disciplinadamente, si bien con facultad de imponerla en el grado elegido, con el alcance conveniente, atendiendo al número y entidad de los requisitos que faltaren o concurren; de lo que se deriva que el descenso de un grado de la pena tipo es siempre obligatorio, y de dos simplemente facultativo, pero, elegido uno de ellos, actúa autónomamente con la cortapisa de dar efectividad dentro de la nueva pena escogida a las disposiciones reguladoras de la aplicación circunstanciada de las penas, y concretamente las incluidas en el capítulo cuarto y especialmente las reglas del artículo 61, y sin que pueda eludirse esta doctrina, como con reiteración ha expuesto esta Sala, por efectuar una compensación de las eximentes incompletas con circunstancias agravantes, pues el juego de éstas no es desvirtuador del beneficio legal *uti singularis* otorgado a aquéllas aunque pueda manifestarse operativamente una vez que se haya degradado el delito y sus penas, ya que las atenuantes privilegiadas por su carácter excepcional y protector no son compensables con las ordinarias en ningún caso, resultando inaplicable a este supuesto la regla 3.<sup>a</sup> del citado artículo 61. (S. 16 noviembre 1967.)

26. ARTÍCULO 69 (*Delito continuado*).—El delito continuado existe cuando un agente realiza en separados o fraccionados momentos distintas o plurales acciones u omisiones, que en su variedad temporal lesionan un mismo precepto penal y un patrimonio ajeno, a causa de una voluntad única o renovada, siendo esta infracción criminal compuesta el resultado, no de una ficción adjetiva o procesal, sino jurídica, por tener entidad sustantiva suficiente, derivada de su misma condición real o de hecho productora de una estructura natural; y para su estimación la jurisprudencia y la doctrina

científica de los estudiosos han exigido como elementos más esenciales la unidad de culpabilidad y de la violación de la misma norma penal, a la vez que la pluralidad de acciones y la identidad de sujeto activo y pasivo, y como requisito negativo con harta frecuencia la doctrina de esta Sala la imposibilidad de individualizar las diversas acciones en su número, fecha, valor u otras circunstancias que permitieran su singularización o independencia entre sí, elemento éste útil y que resulta un expediente procesal recomendable sólo para el supuesto más frecuente y menos grave de darse en el delincuente en situaciones similares una recaída en la tentación, a medio de procesos autónomos y diferentes de su voluntad, con distintas decisiones dolosas, que en su fraccionamiento sean causa moral del total designio final y que no puede operar en el caso menos frecuente y más grave, por la mayor perversidad del sujeto activo, de que éste, desde la planificación de su idea criminal, resuelva para mejor realizarla y agotarla, con dolo o propósito, ejecutarla fraccionadamente, pues así como en el primer supuesto el conocimiento de la individualización de las acciones, al no producirse en el agente un solo propósito delictivo, da lugar a su calificación como delitos independientes en concurso real, y faltando esa precisión, como recurso para eludir la falta de precisión procesal, se ha de recurrir al delito continuado, en el segundo, sin embargo, conózcase y concretícese o no la entidad cuantitativa y temporal de las diversas acciones u omisiones fraccionadas, como existe unidad voluntaria dolosa planificada, realizada fraccionadamente, el delito como conjunto natural y realidad sustantiva única, es sólo una infracción continuada o compuesta y como tal ha de castigarse, sin que pueda importarse a tal fin que la penalidad perjudique al reo, pues esta figura tanto debe imponerse si beneficia como agrava al delincuente, como esta Sala ha determinado en múltiples resoluciones. (S. 5 junio 1967.)

Dadas las características de los hechos probados, en que hay identidad de sujetos activo y pasivo, e igualdad de ocasiones, medio y finalidad, la aplicación de la doctrina del delito continuado es forzosa, sin que a ello obste la razón de que en sus orígenes tal doctrina jurisprudencial obedeciese al criterio de beneficio para el inculpado, porque, según la más reciente dirección de la doctrina de esta Sala, manifestada en la Sentencia de 22 de marzo de 1966 y las posteriores en igual sentido, entre ellas, principalmente la de 5 de abril de 1967, la doctrina del delito continuado prescinde hoy de antiguos criterios que lo pudieran originar para convertirse en un instrumento de mejor aplicación de la Justicia concreta al caso que se juzgue, a fin de obtener la defensa social, que como primaria obligación incumbe a los Tribunales de Justicia, pero aparte de lo expuesto, si se ignora de cierto el número de delitos cometidos y la cuantía de cada uno de éstos, es absolutamente imposible hacer la punición separada. (S. 9 noviembre 1967.)

A partir de un origen humanitario a favor del reo y de una necesidad procesal cuando no podían singularizarse los distintos actos, construye laboriosamente la jurisprudencia el concepto de delito continuado que engloba diversos hechos, pero después deriva hacia una más exacta estimación de la culpabilidad del agente: un propósito unitario comprensivo de resoluciones motoras de actos dirigidos a un mismo objeto de ataque con homogeneidad

de medios y aprovechamiento de parecidas circunstancias, identidad de sujeto activo y de bien jurídico atacado aunque el concreto perteneciese a distintos titulares, afectados en un solo acto duradero; en realidad cada acción no se completa con fin, objeto y daño perfectos, por el contrario, son momentos parciales de una sola actividad. (S. 30 septiembre 1967.)

Tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia de esta Sala se ha superado, estando hoy en abierto descrédito, la concepción del delito continuado con base exclusiva o predominante en consideraciones pietistas en favor del reo, que, si bien pudo ser la fundamentación en épocas remotas, en la actualidad responde al mejor criterio de incriminar rectamente la continuidad del delito realmente cometido cuando bajo una sola ideación delictual se producen diversas actuaciones de hecho, pero con la finalidad concurrente de llevar a cabo la meta unitaria propuesta. Ello obliga en cada caso concreto a ponderar con el mayor cuidado y atención si se trata de un solo propósito criminoso con pluralidad de actos de ejecución, o si son decisiones dolosas independientes con correlativos actos de efectuación de lo propuesto; pues, mientras en el primer caso existe un solo delito con distintas actuaciones ejecutivas que precisamente, por tratarse de una sola infracción penal, debe castigarse con una sola pena, beneficie o perjudique al reo; en el segundo supuesto, tratándose de diversas infracciones, su punición separada se impone aunque con la limitación preestablecida en la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 70 del Código Penal.

Es rechazable la tesis que frecuentemente se mantiene afirmando que la aplicación del delito continuado no tiene base fundamentadora por falta de tipificación legal, pues nuestro Código y las reglas de punición que establece, manda en líneas generales, salvo los supuestos concursales, imponer una pena por cada delito que se comete, y en lo único que la *creación judicial* ha tenido que suplir la omisión de la Ley codificada es en establecer jurisdiccionalmente el criterio diferencial entre los delitos *independientes* con correlativas realizaciones, y el delito también *único* pero con diversificadas manifestaciones en su ejecución, vinculados entre sí por ser actuaciones continuadoras de un inicial propósito delictivo. (S. 16 octubre 1967.)

La teoría del delito continuado está fundamentada en la interrupción del hecho no terminado, para proseguirlo posteriormente, lo que en manera alguna cabe aplicar a los actos deshonestos en los que, cada vez que el sujeto satisface sus lúbricos deseos con la víctima, realiza una ofensa diferente contra el pudor de la misma. (S. 5 julio 1967.)

Reiteradamente ha declarado la doctrina de esta Sala que en los delitos de abusos deshonestos no es posible, de ordinario, la apreciación del delito continuado, por tratarse de ataques contra valores de la personalidad, como típicos actos de agresión a los derechos personalísimos, y siendo además delitos de ejecución instantánea, en que la infracción queda consumada en el momento mismo de ser realizada, a diferencia de lo que ocurre en otros delitos contra la honestidad, como el estupro, el adulterio e incluso el rapto, en que no existe continuidad, sino que se trata de delitos que, por su especial naturaleza, y por las peculiaridades de su ejecución, son real o potencialmente permanente y continuos, viniendo a forjar una sola unidad delictual

que puede desenvolverse en una o en repetidas ocasiones. (S. 4 octubre 1967.)

Cuando se opera sobre un patrimonio ajeno con actos sucesivos de apropiación, realizados con el mismo procedimiento y con una sola finalidad lucrativa, no puede hablarse de delitos sucesivos, sino de un solo querer que debe pensarse en función del daño producido. (S. 12 junio 1967.)

La unidad de ideación, de propósito delictivo y de fin perseguido hace enteramente aplicable la creación judicial del «sujeto pasivo masa», tipología delictual muy frecuente en esta clase de defraudaciones en que, al socaire de proporcionar las ventajas o favores de la fortuna, el sujeto activo con unidad de propósito y planificación concibe como destinatarios, no a los sujetos pasivos singulares titulares de las participaciones que de cada uno de ellos se pretende lograr, sino a la masa de todos ellos, productora del lucro conjunto y unitario que se persigue obtener, como mantuvo la sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 1958, al entender que la conducta del agente no era sino la expresión varia y diversificada de un propósito doloso, medio adecuado para la realización de un designio defraudatorio que no se refiere a persona alguna determinada, sino que se ofrecía engañosamente a los adquirentes de las participaciones, razón por la que no hubo más que un solo delito a pesar de la individualización de los partícipes. (S. 28 junio 1967.)

Cuando la acción y culpabilidad del delincuente sean debidas a un querer premeditado y planificado, a medio de un dolo exclusivo y unitario, o propósito uniforme, que se desarrolla materialmente, con la puesta en marcha de una actuación organizada contra diversas personas, atacadas a la vez o escalonadamente, a medio de un engaño común para todas, que son afectadas en su buena fe conjunta, como grupo de sujetos no vinculados entre sí en haz jurídico común, pero relacionados en armónica unión circunstancial, esporádica o sin personalidad, por vínculos debidos a sentimientos o intereses idénticos, cuando aquella voluntad activa y antijurídicamente se dirija finalísticamente a alcanzar un resultado total, distinto de las entidades económicas individuales que parcialmente lo compongan, como esa voluntad es unitaria y a ella ha de atenderse principalmente, y además se causa el adueñamiento de un conjunto de bienes en perjuicio de una desconocida clientela, es evidente que surge un *sujeto pasivo masa*, en la modalidad de fraude colectivo, para valorarse, no la lesión determinada de cada persona en particular, según módulos corrientes temporales y patrimoniales, calificando la existencia de tantos delitos o faltas como sujetos defraudados, acaso de infima cuantía, sino para poner de relieve la totalidad de la acción, culpabilidad y resultado en su alcance económico general, máxime cuando, de seguir el primer sistema, se llegaría a una práctica impunidad de hechos graves y arteramente concebidos, por la acción de los artículos 69 y 70 regla 2.ª del Código Penal, y se desatendería a la mayor perversidad intelectual dolosa del autor, a su propósito uniforme y finalísticamente desarrollado, y a los beneficios conseguidos con lesión jurídica de una sola norma penal.

Al aceptar, como reiteradamente ha aceptado esta Sala, a partir de sus Sentencias de 24 de enero de 1953 y 24 de octubre de 1954 hasta llegar a la de 10 de junio del año actual, la figura del delito de fraude colectivo, no ha realizado una función incriminatoria judicial o de tipificación prohibida y

lesiva del dogma legalista, base de todo estado de derecho, ni ha desconocido el contenido de los artículos 1.º, 2.º y 23 del Código Penal, abrogándose facultades legislativas, que sólo al legislador corresponden, sino que su función ha consistido en aplicar un tipo abstracto adaptándolo al caso concreto, acogiendo en él lo imprevisto expresa e intelectualmente por el legislador, pero que no rechazó, y que la vida ha hecho surgir imperiosamente en el ámbito delictual, por lo que, actuando en función interpretativa, sin alterar el humanitario principio *pro reo*, ni crear una ficción jurídica, sino aceptando un ente jurídico o realidad natural con existencia genuina, lo único que efectuó fue agrupar por el propósito uniforme del sujeto activo la total entidad económica defraudada y deseada conseguir en intención final, con independencia de las fracciones de perjuicio individual, que constituyeran sus sumandos, para lo que no creó tipos, sino que aplicó los existentes, y concretamente el de estafa, que manda atender a efectos de la penalidad en el artículo 528 a la entidad valorativa de lo defraudado, pero que no impone que el perjuicio tenga que pertenecer a un solo sujeto o a una agrupación de aquéllos, y, aunque lo normal sea lo primero, al afectarse por lo común con dicha infracción derechos individuales, puede sin embargo suceder, cuando los agravios materiales sean múltiples y obedezcan a una sola voluntad delictiva que lesione a una clientela ignorada en su conjunto, que hayan de agruparse las defraudaciones parciales en una sola, por resultar en lo penal primordial el sentido espiritual y voluntarista de la actuación humana, para configurar las infracciones de acuerdo a lo pretendido por el delincuente, actuando con tal solución el Juzgador con arbitrio judicial permitido, y no con arbitrariedad creadora de tipos analógicos, que le resulta prohibida, ya que, tomando el delito de estafa, ha sido absolutamente respetuoso con sus requisitos, y ha entendido que la defraudación lograda es la de una masa de perjudicados, que el tipo permite, pues en absoluto su dicción construye a la individualización de los perjuicios por cada sujeto, al nada establecer positiva ni negativamente, y que el Juzgador puede integrar con arreglo al ánimo delictual y necesidades sociales. (S. 13 octubre 1967.)

El exigir reiteradamente la doctrina de esta Sala en el delito continuado, como elemento esencial, que el sujeto pasivo fuera una sola persona, pues siendo diferentes las atacadas en su patrimonio se cometían tantas infracciones como sujetos afectados, motivó que la más diligente doctrina científica elaborara, con base legal e interpretación justa, la nueva figura que demandaban las necesidades prácticas y el sentido espiritual que domina la dogmática penal del delito patrimonial genéricamente denominado delito-masa, y muy particularmente su especie de fraude colectivo, para castigar más gravemente de como se venía haciendo con la técnica ordinaria la conducta del agente provista de una superior culpabilidad, y consistente en una lesión que afectaba a la fe conjunta de un grupo de sujetos, no vinculados entre sí en haz jurídico común, pero relacionados en armónica unión circunstancial o esporádica, por vínculos debidos a sentimientos o intereses idénticos con defraudación económica consiguiente de esta unión sin personalidad o informal, debida al querer premeditado o planificado, a medio de un dolo exclusivo en el sujeto activo, que manifestaba una sola lesión jurídica de norma penal, y que se desarrollaba fácticamente por la puesta en práctica de la actuación

organizada, contra las diversas personas atacadas a la vez o escalonadamente, a medio de engaño común para todas, produciéndose en tal situación un exclusivo o único sujeto pasivo de la infracción delictiva, a pesar de que pudieran conocerse y determinarse los perjuicios de cada una de ellas y reuniéndose toda la actividad en un delito único, pues de fraccionarse la actuación en diversas faltas o delitos de ínfima cuantía, actuando los artículos 69 y 70 regla 2.<sup>a</sup> del Código Penal con el sistema mixto de acumulación de penas dentro de la pluralidad de delitos, se produciría una práctica impunidad de hechos graves que, por su alcance material y la perversidad intelectual dolosa que demuestran, con la tendencia de su autor, merecen trato más severo, en especial por su trascendencia social y ataque profundo al sistema de orden y buena fe que preside las relaciones humanas en su justo desenvolvimiento, ante lo que debe agruparse en un solo delito la totalidad del perjuicio experimentado, a causa de la voluntad unitaria de organizada realización y de ejecución en subjetiva variedad o diáspora; adquiriendo dicha figura rápidamente carta de naturaleza en la doctrina de esta Sala, que con suma reiteración la viene aplicando a partir de las Sentencias de 24 de enero de 1953 y 13 de noviembre de 1954, pero debiendo advertirse que no es una ficción jurídica contraria al humanitario principio *pro reo*, sino que es un ente jurídico o realidad natural con vida propia, que deriva de una voluntad dolosa, dirigida certeramente al logro de un fraude o perjuicio colectivo de sujetos indeterminados plurales que se captan *a priori* en la intención delictiva planificada del autor. (S. 10 junio 1967.)

No hay infracción en calificar los hechos probados como un solo delito continuado, mejor como un delito «con sujeto pasivo masa», pues acertadamente se destaca la unidad de ideación criminosa y del unitario propósito delictivo, del cual son simplemente manifestaciones plurales y diversas la convocatoria por anuncios y otros medios propagandísticos de los destinatarios de la sugestión fraudulenta, que no importaban en principio como personas determinadas a que se pretendiera defraudar, sino como indeterminados sujetos de una misma clase, aspirantes a piso que potencialmente podían convertirse en concretos perjudicados al aceptar la engañosa oferta; y como quiera que en líneas generales el delito puede darse por una sola ideación y un solo acto ejecutivo, o con un solo propósito, desenvuelto en sucesivas actuaciones como consecuencia del común y unitario acuerdo delictivo, era y es esencial para calificar la unidad o pluralidad de infracciones penales determinar si hubo un solo propósito delictual con variedad de actos de ejecución, o por el contrario cada acto de material ejecución fue precedido de una independiente resolución para delinquir. (S. 13 noviembre 1967.)

27. (*Concurso real*).—El núcleo del tipo y la estructura morfológica de los delitos de imprudencia temeraria del párrafo 1.<sup>o</sup> del artículo 565 del Código Penal, y el de conducción ilegal de vehículos de motor, descrito en el artículo 3.<sup>o</sup> de la Ley de uso y circulación de éstos, de 9 de mayo de 1950, es totalmente diversa, en atención a su peculiar condición técnica, contenido y alcance; ya que, mientras el primero es la manifestación más grave del delito culposo y una infracción netamente de resultado, por exigir su contenido antijurídico que la exteriorización de la voluntad omisiva del delincuente se

manifieste con la realización de lesión, destrucción o vulneración de un bien jurídicamente protegido, que implique la alteración intensa y efectiva del mundo exterior, a medio de una adecuada relación de causalidad, el segundo es un delito típicamente doloso y formal o de mera actividad, pues en la acción misma del sujeto activo va embebido el resultado jurídico, sin mutación alguna externa de lo circundante, y por lo tanto sin resultado tangible, y sin relación alguna de causalidad material, ya que su *ratio essendi* se encuentra en los necesarios requisitos de conocimiento que el Estado exige para garantizar el ejercicio de la delicada actividad de conducir vehículos de motor, por lo que prohíbe o declara antijurídico, bajo conminación penal, el mero hecho de gobernarlos sin habilitación legal adecuada; y esta distinción de base naturalística, entre un delito de necesario resultado o con evento y lesión, y otro que no lo exige, por ser formal o de simple actividad, conduce inexorablemente a entender con adecuada técnica que aquél no «consume» a éste, impidiendo su punición independiente, por no ser aplicable el principio del *non bis in idem*, pues, si gobernando un vehículo sin permiso se originan resultados hirientes en personas o cosas, no hay consunción por la conducta delictiva de mayor entidad de la menor, que opere como ingrediente complementario o integrante de aquélla, puesto que, si bien la ausencia de habilitación oficial puede indicar impericia, al no constar la justificación técnica de la capacidad demostrada ante el órgano comprobador, no significa esta posibilidad, sin embargo, que se conduzca imprudentemente, pues puede hacerlo adecuada y diligentemente sin tener aprobadas las pruebas de aptitud, ya que la infracción del artículo 3.º citado sólo atiende al hecho de conducir sin obtención previa del permiso administrativo, cometiéndose una especial desobediencia *ex lege*, sin exigir actos lesivos resultantes de este gobierno, y la imprudencia por lo contrario atiende a la forma de hacerlo, en actuación de omisión espiritual, con infracción del actuar diligente y evento ligado en nexo causal, por lo que ambas figuras no constituyen una sola infracción o progresión una de la otra, por tener elementos formativos no idénticos, derivando de hechos distintos, lo que ocasiona que no pueda darse efectividad al artículo 68 del Código Penal, que requiere un solo elemento fáctico susceptible de diversas calificaciones, por lo que ambos tipos actúan por el contrario en virtual concurso real, como con reiteración ha venido sosteniendo esta Sala. (S. 25 septiembre 1967.)

Cfr. parágrafos 36 y 66.

28. ARTÍCULO 71 (*Concurso ideal*).—Cuando el delito de peligro se convierte en delito de resultado, cuando las concretas conductas delictivas que integran aquél producen un resultado dañoso, y éste es debido exclusivamente a la conducta peligrosa tipificada, nace sin duda un concurso ideal. (S. 20 junio 1967.)

29. ARTÍCULO 104 (*Responsabilidad civil*).—La responsabilidad civil derivada del hecho delictivo se señala y gradúa en atención a la importancia de los daños materiales, morales y de toda índole causados por el delito al agraviado, a su familia o a un tercero, sin que entren en juego para fijar su importancia económica las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que puedan concurrir. (S. 14 octubre 1967.)

30. ARTÍCULO 106 (*Responsabilidad civil*).—Adoptando el nuevo criterio establecido en las sentencias de esta Sala de 3 de julio de 1965, 26 de marzo y 21 de octubre de 1966 y 3 de mayo de 1967, en cuanto precisan que en caso de daños recíprocos derivados de un mismo delito de imprudencia generado por la conducta de diversos partícipes autores, se establecerá la responsabilidad civil de acuerdo a los módulos de culpabilidad penal de cada autor, es evidente que en tal supuesto resulte también criterio decisivo el de la intensidad de la culpa de cada partícipe en la colisión para fijar las cuotas adecuadas que se habían de establecer, a medio de apreciación judicial ponderada y derivada de la comprobación del alcance subjetivo de la infracción del deber objetivo de diligencia y su influencia causal jurídica y material en el resultado, que en el supuesto de no poderse establecer, por ausencia de precisiones o por ser iguales las culpas, conduciría al reparto de los daños según el número de autores, haciendo una masa de perjuicios repartibles entonces, igualitariamente o por cuotas viriles idénticas. (S. 23 diciembre 1967.)

La doctrina de esta Sala referente a la interpretación del artículo 106 del Código Penal en el caso de concurrencia de culpas con resultado dañoso en bienes de los varios inculpados, consistente en que cada uno soporta sus propios daños, no es aplicable al caso en que resulta lesionado el patrimonio de uno solo, según tiene también declarado esta Sala, porque entonces los restantes que concurrieron a causar el daño serían exonerados de la responsabilidad civil derivada de su acción punible, con manifiesta infracción del artículo 19 del Código si todo el riesgo tenía que ser soportado por uno solo por el mero hecho de concurrir en él la circunstancia de ser también dueño del patrimonio lesionado; y de aquí que, al contemplarse en el caso de autos un delito de imprudencia imputable a dos procesados con resultado dañoso en el vehículo de uno de ellos solamente, la reparación de estos daños ha de ser atribuida por igual a los dos inculpados, al haber concurrido los dos por igual a causar el daño. (S. 13 octubre 1967.)

31. ARTÍCULO 112 (*Extinción de la responsabilidad criminal*).—Según el artículo 112 del Código Penal, número 1.º, la cierta o potencial responsabilidad criminal de una persona se extingue totalmente por su muerte, aunque puede subsistir la posible responsabilidad civil ejercitable ante la Jurisdicción civil y sólo ante ella. (S. 4 diciembre 1967.)

32. ARTÍCULO 113 (*Prescripción*).—Con proyección al hecho perseguido como delito que luego se reputa falta por la Audiencia no corre el plazo de la prescripción desde el día de la comisión de la infracción, sino desde aquel en que se hace aquella declaración y se deja expedito el camino para sancionarlo por quien corresponda. (S. 21 octubre 1967.)

33. ARTÍCULO 119 (*Funcionario público*).—La condición o cualidad personal de funcionario público a efectos penales no viene establecida por las normas administrativas o de otro carácter, sino por el artículo 119 del Código punitivo, que estima como tal al designado por ley, electivamente o por nombramiento de autoridad, que participe del ejercicio de funciones públicas, expresión esta última amplia, que acoge dentro de ella a cuantas personas realicen actividades dentro de organismos oficiales de cualquier condición,

que tengan por misión atender a la realización de servicios, que más o menos directamente afecten a la colectividad y al bien común. (S. 23 diciembre 1967.)

34. ARTÍCULO 147 (*Injurias al Jefe del Estado*).—Es elemento del delito el *animus iniuriandi*, y, como la intención es de fuero interno y de ella sólo se puede juzgar por las manifestaciones externas de conducta, hay que ponderar la personalidad del acusado, los antecedentes de la cuestión y el estado emocional en la ocasión de autos. (S. 23 diciembre 1967.)

35. ARTÍCULO 166 (*Manifestaciones ilegales*).—El artículo 16 del Fuero de los españoles permite a éstos su reunión libre y para fines lícitos, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pero, al carecer nuestra legislación de normas que definan y determinen cuáles son las agrupaciones aceptadas, ha de estarse al contenido excluyente, de formulación negativa y en blanco, del artículo 166 del Código Penal, que autoriza *a sensu contrario* las reuniones pacíficas y que estima ilegales las no pacíficas, entre las que en su número 1.º encaja las que se celebren con infracción de las disposiciones de Policía establecidas con carácter general en el lugar en el que la reunión o manifestación tenga efecto, hallándose integrado materialmente tal precepto penal por los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la Ley de Reuniones de 15 de junio de 1880, por los 1.º y 6.º de la Orden Circular de 20 de julio de 1939 y por las normas 2.ª, apéndices e) y f) y 14 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, de cuyo contenido armónico resulta que toda reunión o manifestación pública requiere para poder efectuarse no sólo el conocimiento sino la autorización por escrito del Ministerio de la Gobernación o, en su caso, del Gobernador Civil de la provincia, solicitada con la debida antelación, especificando su objeto, sitio, día y hora, por lo que ha de llegarse a la conclusión de que tan citadas reuniones o manifestaciones no pacíficas son las no autorizadas; y aunque por ello parezca que se trata de un tipo de estructura formal o de mera actividad, por ser de los que se consuman por la acción u omisión del agente, al estimarse en sí misma como resultado, sin que requieran la mutación física del mundo exterior, por ausencia de daño y de intención determinada, es lo cierto que es más bien un delito de tendencia o intencional, por requerir de dolo especial, que sin derivar del tipo expresamente, al no fijar de manera directa un elemento subjetivo del injusto, se establece en cambio con evidencia en el objeto jurídico que nutre la rúbrica del Título II en que se halla sito, por tener que atentar la conducta y ser deseada en la voluntad maliciosa finalísticamente contra el bien jurídico protegido de la seguridad interior del Estado, a medio de actividad ideológica o materialmente subversiva, derivando también esta exigencia y condición de la necesidad de que la reunión o manifestación sea verbal o realmente no pacífica, no sólo por la definición calificadora, pues si se diera el hecho sin esa tendencia sería impropio semánticamente —el concepto legal de que sea «no pacífica»—, sino por su mismo contenido, al embarazar el orden público y la tranquilidad, los principios defendidos por el Estado, e incluso la vida ciudadana y el tránsito, si se realiza por las calles y lugares públicos, pues de no concurrir acumuladamente ambos requisitos, de ausencia de autorización

y fin ilícito subversivo, la infracción parece tener únicamente condición, al faltar el segundo, simplemente administrativa, fijándose así la línea divisoria entre las dos jurisdicciones y evitando incluso el *non bis in idem*. (S. 11 diciembre 1967.)

36. ARTÍCULOS 174 y 175 (*Asociaciones ilícitas*).—La oposición que a efectos de tipicidad y pena, valorando la peligrosidad del sujeto activo, realizan en el delito de asociación ilegal los artículos 174 y 175 del Código Penal entre meros partícipes, asociados o individuos por un lado, y fundadores, organizadores, directores o presidentes por otro, requiere, en defecto de definición directa legal, determinar su diferencial condición con arreglo a la realidad práctica y al concepto lógico y semántico de los propios términos enunciativos de la condición personal, en correlación con la inexistencia de situaciones intermedias; y así como el sencillo asociado es aquel que voluntariamente se afilia o adscribe a la entidad extralegal, como hombre de filas, conociendo y aceptando los principios que la informan, y comportándose como miembro disciplinado en actitud pasiva, por carecer de mando, el dirigente, por el contrario, integrado también en la asociación, concede a la misma su trabajo intelectual o material, de manera relevante y activa, en dimensión interna o externa, para su creación, estructuración o gobierno y propagación, con la realización de los propósitos previstos en mayor o menor medida, uniendo a su dinamismo y entrega una posición relevante o preferente dentro de la organización, con facultades dispositivas o ejecutivas propias o delegadas. (S. 30 octubre 1967.)

Son plenamente compatibles el delito de asociación, de naturaleza meramente formal y pasiva, y el de propaganda ilícita, que entraña actividades materiales, no dándose entre ellos relación de medio a fin. (S. 7 julio 1967.) (Análoga doctrina en S. 30 octubre 1967.)

37. ARTÍCULO 231 (*Atentado*).—Para el adecuado ejercicio de las funciones inherentes a la autoridad, indispensable en toda sociedad organizada, la Ley dispensa especial protección a las personas que merecen tal apelativo por tener mando o por ejercer jurisdicción propia, siendo una de las facetas de aquella protección el nacimiento y subsistencia de la figura delictiva de atentado, mediante la cual se señalan determinadas penas imponibles a quienes realizan actos sancionados más levemente si el sujeto pasivo no ostenta el carácter de autoridad, e incluso hechos inocuos en este aspecto penal, mas es incuestionable que quien pretende disfrutar de esta extraordinaria y anormal protección debe proceder atemperándose en el ejercicio de sus facultades y en los actos de relación motivadores de los hechos de autos, con sujeción estricta a cuanto la legalidad le permite o autoriza, sin descender en ningún caso a la pérdida de dignidad que supone aceptar situaciones incompatibles con el prestigio que debe adornar el ejercicio de su función, y mucho menos provocar en forma irregular y siempre recusable a alguna persona simple ciudadano, que como tal de él depende ya que de otro modo, producida una violenta reacción por parte del provocado mal podrá ampararse la autoridad con fundamento moral ni legal en una norma de orden penal que no puede, ni proteger a quien por su parte hizo dejación o abandono de aquellos elementales principios que en todo caso han de regir su conducta, ni sancionar

a aquel que se limita a repeler una agresión física o verbal en forma que podrá también ser merecedora de repulsa —incluso, quizá, con sujeción a la Ley penal— pero no por el cauce de las normas previstas en los artículos 231 y siguientes del Código sustantivo. (S. 12 diciembre 1967.)

38. ARTÍCULO 237 (*Desobediencia*).—La desobediencia delictual prevista en este artículo 237 se configura por los siguientes requisitos, deducibles del texto legal y de la doctrina de esta Sala: 1.º incumplimiento abierto y manifiesto de una orden, requerimiento o mandatos imperativos, y formulados con la necesaria claridad y precisión; 2.º que tal orden, requerimiento o mandato fuere en principio objetivamente justa, emanando de una autoridad o de sus agentes; constando tal carácter al destinatario; y dictada en el ejercicio de las funciones propias y privadas de su cargo; 3.º que el incumplimiento o la desobediencia a la orden, requerimiento o mandato tengan la necesaria gravedad y trascendencia. (S. 15 noviembre 1967.)

El requisito de la reiteración en el mandato con la correlativa persistencia en su incumplimiento, que en determinados supuestos viene exigiendo la doctrina de esta Sala para configurar el delito de desobediencia grave, no puede estimarse concurrente o no mediante un simple cómputo numérico de las intimaciones realizadas al destinatario obligado a prestar obediencia al mandato de la autoridad o de sus agentes, sino que pueden también inferirse de la prolongada y no ocasional existencia de la orden, mantenida de modo continuado por quien la emite durante un dilatado periodo de tiempo en forma tal que consta en igual modo al destinatario tanto la persistencia del mandato como la continuidad de su rebeldía. (S. 21 noviembre 1967.)

39. ARTÍCULO 244 (*Desacato*).—Los escritos de queja y denuncia contra la actuación de Autoridades y funcionarios públicos e igualmente los de crítica de sus gestiones se han de redactar de forma moderada y correcta, de acuerdo con la educación y el buen gusto en el decir, guardando la consideración y el respeto debido a las personas, a la autoridad que encarnan y a la función que desempeñan, y absteniéndose de violencias de lenguaje, que no dan la razón ni la aumentan, pues cuando no se hace así, traspasándose los límites autorizados, entonces el ejercicio legítimo de aquellos derechos reconocidos y autorizados a todos los ciudadanos se convierte en abuso de los mismos y con facilidad desembocan en un hecho punible. (S. 16 noviembre 1967.)

Si para la buena marcha de la cosa pública es conveniente y saludable la crítica de la actuación de los funcionarios públicos, y por esto el Fuero de los Españoles la autoriza dentro siempre de los límites que impone la convivencia social, la mesura y corrección del lenguaje y el respeto a las personas, porque sólo merece tolerancia cuando persiga el bien común, la que busque concretamente la aplicación del Derecho por la modificación y revocación de las resoluciones judiciales, de ámbito más estrecho por estar atribuida a las partes personadas en los correspondientes procesos, ha de tender exclusivamente a la antedicha finalidad por las vías del honesto proceder, siendo más de exigir a los profesionales, por razón de su mayor competencia, que se mantengan y actúen sin desviación alguna dentro de las sendas procesales pertinentes y que por decoro y dignidad de clase guarden a quienes

compartan con ellos las tareas forenses las consideraciones que aconseja la deontología profesional y brinden a Magistrados, Jueces y Fiscales el respeto que merece la elevada función que les está encomendada. (S. 27 noviembre 1967.)

40. ARTÍCULO 251 (*Propaganda ilegal*).—La programática afirmación contenida en nuestras leyes fundamentales, según la cual todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado, tiene en su propia formulación y esencia la base de sus limitaciones, pues el Estado, en una lógica e imperiosa actitud de autodefensa, no puede tutelar que se tratara de socavar las bases institucionales del propio Estado y, sobre todo, el principio de su intangible unidad. Es por ello que frente al derecho de libre emisión de ideas haya surgido como necesaria contrapartida la tipificación penal de las propagandas ilegales contenidas en el artículo 251 del vigente Código Penal. (S. 22 junio 1967.)

41. ARTÍCULO 272 (*Falsificación del sello del Estado*).—A pesar de la autorizada opinión de insignes doctrinarios españoles no cabe reputar que el delito tipificado en el artículo 272 ni tampoco su correlativa referencia al sello de Estados extranjeros prevista en el artículo 273, sean meras reminiscencias históricas sin contenido real criminoso y por consiguiente punitivo, en otras palabras vacíos de contenido y sin posibilidad de llegar a cometerse, pues evidentemente, aunque se tratan de figuras delictivas enraizadas en la historia, secuela de la falsificación de los antiguos sellos que aparecen insertados en las pragmáticas y cédulas reales; en el correr del tiempo, al despersonalizarse el poder e integrarse en el Estado separándose de la persona del Soberano, la tipificación actual refiere, no a la falsificación ni del sello del Rey ni tan siquiera más genéricamente del sello del Jefe del Estado, sino al sello del Estado, como impersonal signo autenticador que figura, de una u otra forma, en ciertos documentos para caracterizarlos como emitidos por el Estado Español a medio de sus plurales representantes, pues indudable resulta que las funciones estatales pueden tanto ser ejercidas por el Jefe del Estado como delegadamente por sus Ministros o altos representantes del Poder Central, como ya se establecía en las precedencias legales del actual precepto; pero bastando contrastar esta tipicidad delictual con la prevista y sancionada en el artículo 277 para advertir que cuando se trata de sellos que figuran como estatales en documentos de máxima trascendencia y de repercusión tanto interna como internacional, sino del simple sello usado por cualquiera otra Autoridad, Tribunal, Corporación u Oficina Pública, no puede encuadrarse tal conducta en el artículo 272, sino en el 277, habiendo casos en que el sello del Estado esta representado por el simple Escudo Nacional, que, como expresaba el Decreto de 2 de enero de 1938, es el blasón de armas, emblema del Estado Español, que puede servir en los documentos de trascendente importancia, aludidos precisamente para autenticar el haber sido emitidos por el Estado Español, pudiendo en otras ocasiones llevar además leyenda referida al propio Estado Español, o a la Nación Española, o simplemente a España, mientras que los sellos a que se refiere el artículo 277, con o sin Escudo Nacional inserto, acreditan tan sólo la intervención o procedencia de una Autoridad o Corporación Pública de grado menor con leyenda

especificativa de la entidad de Derecho público de que proceda, pero sin finalidad representativa de nuestro Estado Nacional. (S. 9 diciembre 1967.)

42. ARTÍCULO 302 (*Falsedad en documento público*).—La pérdida de confianza en la fe colectiva y en la autenticidad, por falta de verdad e inducción a error, que toda falsedad representa, cuando tiene como elemento material el documento público, requiere, tanto en modalidades comisivas reales como en las intelectuales e ideológicas, que recaiga en instrumento apto, por su propio contenido, para producir consecuencias jurídicas en el tráfico, por tender a presentar y constatar preconstituidamente una prueba fehaciente frente a diversas personas, y cualquiera que sea la dimensión que con ella se logre alcanzar jurídicamente; y, al no dar un concepto a efectos de la punición el Código Penal del documento público, habrá de estimar como tales, atendiendo al mandato del artículo 1.216 del Código Civil y 596 número 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los expedidos por los Notarios y todos aquellos otros en que en su otorgamiento intervenga un funcionario público, en el ejercicio de su oficio —legitimidad— y con las formalidades legales, estimando esta última norma, en su enumeración varía y no exhaustiva, en su número 7.º, como tales documentos públicos, las actuaciones judiciales de toda clase, es decir, aquellas que derivan de documentar los acuerdos y actos de cualquier índole de los órganos jurisdiccionales del Estado y tiendan a proclamar la veracidad de lo realizado en los procesos y diligencias, en sus apreciables consecuencias para las partes y la colectividad, y que provengan de los diversos funcionarios —elemento personal— que compongan tal órgano, y que estén llamados en cada caso a crearlos, ejerciendo sus funciones conforme al deber concreto de veracidad u obrar positivo. (S. 12 diciembre 1967.)

43. ARTÍCULO 303 (*Falsedad en documento oficial*).—Este delito, a diferencia del de falsificación de documento privado, no precisa ánimo defraudatorio, quedando consumado al alterar la verdad del documento oficial. (S. 20 noviembre 1967.)

44. ARTÍCULOS 314 y 315 (*Útiles para falsificar*).—La mera tenencia de los objetos que de modo no exhaustivo relacionan los artículos 314 y 315 del Código Penal, conforme a los principios penales de carácter general que inspiran nuestro Código, revestirán sólo el aspecto de actos preparatorios de los delitos de falsedad, no sujetos a sanción penal, pero la ley para proteger trascendentales intereses sociales eleva esta mera tenencia a la presunción de delincuencia en el citado artículo 315, destruye sólo dando descargo suficiente sobre su adquisición o conservación, y, establecido esto, nos queda para delimitar esta especial figura delictiva señalar cuáles son los objetos cuya injustificada posesión constituye el delito, y como ni este artículo ni el anterior agotan la relación, pues dejan abierta la puerta a la inclusión de otros no citados, al emplear la frase «cualquiera otra clase de...», y como por otra parte muchos de ellos pueden utilizarse indistintamente para esta actividad delictiva, que para fines lícitos no puede servir de norma exclusiva para poder declarar punible o no la actividad del sujeto, la clase de objeto encontrado en su poder o que esté o no incluido en los citados preceptos penales aludidos, sino que ha de atenderse a las circunstancias que concurran

en cada caso concreto, a las personales y antecedentes del sujeto, a todas cuantas contribuyan a poner al descubierto sus intenciones, a las que hay que atender con primacía, por tratarse de un delito que por su configuración y finalidad protectora de intereses destacadamente sociales es eminentemente intencional; es decir, que hay que procurar averiguar qué pensaba hacer y qué destino tenía asignado el procesado a los efectos que se encontraron en su poder o a su disposición utilitaria. (S. 16 diciembre 1967.)

45. ARTÍCULO 320 (*Usurpación de funciones*).—El delito de usurpación de funciones, establecido en el párrafo 1.º del artículo 320 del Código Penal, protege la fe colectiva, concedida a la realización adecuada de las funciones públicas ordenadas al bien común, a medio de legítimas instituciones, así como a la identidad personal de los que como autoridades o funcionarios las ejercen, con función representativa de aquéllas, evitando antijurídicas inmisiones de particularés, por falta de investidura, título o causa legal, en invasión de atribuciones, cualquiera que sea su finalidad, que determinen una indudable falta de verdad subjetiva, que se finge o simula, y un desprestigio para la función de notoria trascendencia, que incluso alcanza a los particulares, que por ella y su uso conforme a ley están amparados; constando tal delito de dos elementos, que han de concurrir acumulada o conjuntamente: uno subjetivo, determinado por la atribución de carácter oficial en el agente manifestando cualidad que no posee, y otro objetivo, derivado de ejecutar o realizar con dicho carácter actos propios de la función de autoridad o funcionario público.

En orden al elemento subjetivo indicado, de atribución de carácter oficial, basta se trate de un acto inequívoco externo, que resulte idóneo para que el sujeto pasivo crea la superchería de la fingida función, por lo que resulta suficiente la simple manifestación seriamente efectuada si impresiona el ánimo de aquél, no requiriéndose, como ha establecido la doctrina de esta Sala, entre otras, en sentencias de 2 y 8 de mayo y 17 de octubre de 1963, que el agente exhiba insignias, documentos o atributos justificativos de la falsa condición que invoca, y que le concedan, aparente e indebidamente, la cualidad de autoridad o funcionario público, pues basta la atribución verbal, unida al ejercicio inicial de actos propios de la misma; y en relación al presupuesto objetivo, de realizar actos propios de la función atribuida mendazmente, es evidente que si bien en el comienzo de la actuación, como acaba de indicarse, deben realizarse actividades propias de la función usurpada, posteriormente, en el progreso criminal, normalmente desembocan en hechos delictivos que ya no lo son, por lo que la expresión «actos propios» empleada en el tipo no puede interpretarse restrictivamente estableciendo una correlación absoluta con el normal cometido funcional, sino que acoge todos los actos abusivos de la misma, que con ella se relacionan más o menos directamente, ya que la práctica enseña que los que usurpan funciones nunca o casi nunca lo hacen para efectuar actos acomodados a derecho, sino precisamente para violarlo, por lo común penalmente, con actividad que concurre con aquella y es sancionada independientemente. (S. 24 noviembre 1967.)

46. ARTÍCULO 321 (*Intrusismo*).—El artículo 321 del Código Penal castiga al que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente

título oficial o reconocido por disposición legal o Convenio internacional, siendo en tal norma el interés público protegido, las profesiones humanas, técnicas o científicas, que se alcanzan a medio de la capacitación debida al estudio y a los conocimientos prácticos demostrada en la forma adecuada y determinada legislativa o convencionalmente, así como el ejercicio exclusivo de las mismas en su función, que garantiza la prestación adecuada de los servicios en las condiciones de mayor perfección posible y con el mejor resultado, con el logro legítimo en contrapartida del provecho que premie el esfuerzo y la dedicación, evitándose en todo ello la concurrencia de los no capacitados a quienes falte el reconocimiento académico u oficial del poder público y de sus instituciones de control, con el peligro que su conducta activa normalmente representa por su impericia, que puede trastornar los intereses humanos o sociales e incluso el tráfico jurídico, y el orden y bien común.

Dicho delito de usurpación de calidades o intrusismo es una modalidad falsaria personal o de acto, de condición claramente formal o de mera actividad, pues no precisa para existir de resultado material lesivo, por hallarse embebido éste en la acción misma, y no requiere a su vez de habitualidad alguna, sino simplemente realizar actos propios de una profesión sin título, que tanto pueden ser de mero ejercicio continuado de la actividad, como de realización de un exclusivo o aislado acto de condición momentánea, siempre en este supuesto que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada pues la expresión plural del texto no significa, en buena hermenéutica, que deban ser varios los actos como determinantes constitutivamente del delito en su reiteración, permanencia o continuidad, al igual que sería preciso para forjar una conducta de hábito, no impuesta directa y especialmente por la norma, sino que se emplea comprendiendo cualquier clase de actividad profesional, en su variedad posible, aunque se efectúe a medio de un solo acto inequívoco, y para muy especialmente dar a entender que la repetición de la conducta o su continuidad, únicamente integra una misma infracción, no pudiéndose estimar delitos diferentes los actos distintos de ella efectuados a través del tiempo. (S. 20 diciembre 1967.)

Si bien es cierto que el mandato y la comisión típicos y el atípico de corretaje son negocios jurídicos que permiten la realización de operaciones de mediación en nombre propio o ajeno y siempre por cuenta de otro, que no pueden ser prohibidos en orden a las figuras jurídicas nombradas en el artículo 27 del Decreto de 6 de abril de 1951, incluso en su efectuar por los sujetos que no sean Agentes, a no dejar sin contenido en gran parte tales contratos civiles o mercantiles, también lo es que lo que se ha de cohibir no es la realización aislada de compraventas o préstamos hipotecarios, sino el ejercicio habitual, reiterado, de estas operaciones, no en actuación de confianza *intuitu personae*, sino como *dedicación profesional retribuida*, suplantadora de una actividad reglamentaria, sin el cumplimiento de las exigencias legales precisas para su ejercicio, que precisa un título, aunque esté representado por un modesto carnet, y aunque resulte facultativa o voluntaria su intervención para las mediaciones entre los particulares —y obligada para los organismos oficiales— según el artículo 25 de la misma disposición, ya

que la liberalidad de su desempeño como sucede con cuantas profesiones lo son, no evita la capacitación técnica acreditada y el título que la corrobora. (S. 11 noviembre 1967.)

47. ARTÍCULOS 341 y 344 (*Delitos contra la salud pública*).—De la complementaria armonización del delito básico contenido en el artículo 341 con el tipo agravado específico del 344, ambos del Código Penal, aparece que, entre otros supuestos, se castiga al que comerciare con drogas tóxicas o estupefacientes sin hallarse autorizado, manifestando esta norma en blanco una estructura formal antirreglamentaria, sin exigir un resultado lesivo concreto, pues de producirse se trataría de un delito con peculiar tipicidad o de un concurso; pero si la presencia de un mero riesgo o peligro inminente para la protegida salud colectiva de los hombres en general o indeterminadamente, por contener estos productos nocividad manifiesta para efectuarla, y deberse realizar una clara labor preventiva contra su práctica y dolorosa efectividad, que tan profundamente incide en el sistema psico-físico y moral de los seres humanos, a los que su uso convierte en habituales y tarados enfermos, que difícilmente se rescatan de su ínfima vida de abyección y subordinación al estimulante pasional; y, si se trata de un delito de riesgo o de peligro cierto, su consumación se efectúa por su característica arquitectura jurídica con el primer acto exterior de ejecución de voluntad dolosa, sin que quepan en él las formas imperfectas de frustración y tentativa al no darse sucesivos actos de progresión criminal, más que para el agotamiento, pero no para aquella consumación que se crea *ab initio* con la actividad primaria y exterior, por lo que no es de extrañar que esta Sala con reiteración suma haya manifestado que se consume este delito con la mera actividad del tráfico para el destino ilegal de la droga sin necesidad de que se realice la venta de un modo específico y concreto ni su pago, ya que basta con que quede colocada o a disposición del que puede luego enajenarla, pues ha de tenerse presente que el artículo 341 sólo exige «comerciar» con la sustancia nociva, lo que representa la realización de un acto mercantil caracterizado por las notas de la mediación, el cambio y el lucro, y que específicamente lo constituye, según el párrafo segundo del artículo 2.º y el 325 del Código de Comercio, la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma o en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa, y es evidente que la simple adquisición de la mercancía es ya un acto de comercio, sin necesidad de que la venta posterior y lucro se produzcan con actividad de tráfico más amplio e ilegal destino, pues se adquiere para revender y alterar la salud colectiva, con una actividad iniciada de mediación entre productores y consumidores y un propósito de beneficio que no es preciso opere más que para el agotamiento, ajeno a lo penal precisamente por la necesidad de la prevención del resultado y la lucha contra los estados iniciales de manifestación de la voluntad delictual. La defensa de la salud pública ha de estimarse universal y a realizar por cualquier país en pro de los demás, por el carácter francamente internacional de esta infracción y del bien público general protegido que afecta a la humanidad. (S. 4 julio 1967.)

48. ARTÍCULO 344 (*Delitos contra la salud pública*).—Este delito no ad-

mite otra forma comisiva que la de consumación, por ser de mero riesgo y no de resultado. (S. 21 octubre 1967.)

49. ARTÍCULO 371 (*Denegación de auxilio*).—No es elemento objetivo de esta figura delictiva la abstención total, sino la falta de colaboración en lo preciso, siempre que esta desobediencia a lo exigido por sus deberes profesionales ejercidos en exclusiva redunde en perjuicio de aquellos a quienes se causa un mal con la inasistencia o atención tardía. (S. 30 septiembre 1967.)

50. ARTÍCULOS 394 y 396 (*Malversación*).—De los artículos 394 y 396 deriva que los caudales ha de tenerlos el funcionario a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones, expresión esta última que por su generalidad desborda el ejercicio estricto de la función en orden a los caudales, y que acoge los apoderamientos de fondos públicos de quien con aquella condición personal no tuviera directa y expresamente la custodia real, si los detentara por razón de sus funciones generales, sin necesidad de una correlación con las formalidades administrativas de orden interior, pues basta para que surja el delito de malversación ser servidor de la posesión oficial, e incluso tener que dar a los caudales adecuado destino por realización debida de la función de lealtad impuesta, sin perjuicio alguno público, que aparecerá si se desvía la trayectoria del caudal detentado, con apropiación personal de mayor o menor amplitud o permisión de la ajena en su caso. (S. 23 diciembre 1967.)

La diferencia entre una y otra malversación no radica, según tiene declarado esta Sala, en que el inculpado u otra persona en su nombre reintegre o no lo sustraído, porque eso podría afectar a la responsabilidad civil y quizás cuando proceda a estimar una atenuación de responsabilidad, sino el ánimo perseguido al verificar la distracción de los caudales, pues, cuando ésta se verifica para apropiarse de ellos e incorporarlos al patrimonio particular, el delito que se comete es el del artículo 394, cualesquiera que sean las vicisitudes ulteriores de lo sustraído y la conducta posterior del reo, porque el delito quedó consumado en el momento en que se verificó la sustracción con aquel ánimo defraudatorio. (S. 5 diciembre 1967.)

51. ARTÍCULO 395 (*Malversación*).—El delito de malversación impropia y de omisión culposa que establece el artículo 395 del Código Penal, se incrimina literalmente contra funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diera ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos, por lo que representa una figura culposa *in vigilando*, debido a la ausencia de las más elementales cautelas y precauciones de prudencia en el actuar, que, habida cuenta del deber de diligencia exigido social, administrativa o judicialmente en la custodia de los fondos públicos a la generalidad de los funcionarios, no pueda entenderse apropiada ni justificada, en juicio de valor racional y circunstancial, por ser, como dice la norma, inexcusable, o sea, idéntica exclusivamente a la temeridad o forma más grave de la culpa, por exceder la desatención de la que sirve para dar origen a la simple imprudencia, aunque sea reglamentaria, pues como ha dicho esta Sala, se ha de incidir en situación jurídica rayana en el dolo y en la malicia. (S. 5 diciembre 1967.)

52. ARTÍCULO 402 (*Exacciones ilegales*).—Lo que la ley castiga es la exigencia de mayores derechos que los autorizados por razón del cargo, siendo la percepción, no la esencia del delito, sino la consecuencia de la desproporcionada exigencia. (S. 26 octubre 1967.)

53. ARTÍCULO 407 (*Homicidio*).—El ánimo homicida en los delitos contra las personas hay que obtenerlo, según viene declarando esta Sala, de aquellos factores concurrentes en el acto de la agresión y de los que precedieron al mismo, para concluir de ellos si el agente se propuso matar o solamente herir. (S. 5 diciembre 1967.)

Crf. parágrafo 84.

54. ARTÍCULO 411 (*Aborto*).—El precepto sólo tiene en cuenta, para sancionar, la actuación del agente que produce el aborto, y en cuanto a la mujer grávida y a fin de graduar la pena, protegiendo de paso la libertad humana, tiene presente su voluntad, ausente, negatoria o consentidora, y también señala las coacciones, amenazas o fraudes que hayan podido mediar para lograr el aborto en el primer caso o para obtener el consenso en el segundo, y aquí acaba el reflejo de la voluntad de la mujer embarazada en la definición de la norma penal o su influencia en la gradación de la pena. (S. 3 junio 1967.)

55. ARTÍCULO 420 (*Lesiones graves*).—El útero y los ovarios son órganos principales. (SS. 3 junio y 3 julio 1967.)

56. ARTÍCULO 422 (*Lesiones menos graves*).—El delito de lesiones realizado a medio de una conducta humana externa y manifestada por una acción de movimiento corporal positivo, que, según al artículo 420 del Código Penal, hiera, golpee o maltrate la integridad corporal o salud de una persona, que es el bien protegido penalmente, puede ser cometido, en la materialidad ejecutiva de la agresión, por el empleo de medios ilimitados o de la más varia condición, con tal que obedezcan a un dolo simple indeterminado, sin necesidad de ser dirigido en su finalidad ulterior. (S. 18 octubre 1967.)

57. ARTÍCULO 430 (*Abusos deshonestos*).—El delito de abusos deshonestos violento, descrito en el artículo 430 e integrado por el 429 del Código Penal, defiende intereses de moral comunitaria media y de libertad sexual de las personas que puedan consentir y disponer de su honestidad o pudor individual, debiendo concurrir para su existencia un indudable apetito libidinoso, lascivia o ánimo lúbrico en el sujeto activo que represente una tendencia interior inmoral y que se manifieste necesariamente, con la concurrencia objetiva de un acto o serie de actividades diáfananamente impúdicas u obscenas que, no dirigiéndose a la cohabitación con una mujer, se exterioricen para que el simple *peccatum* se transforme en *delictum*; requisitos éstos que son integradores del contenido de esta figura delictiva, y que no pueden existir independientemente, porque los actos internos no son punibles a pesar de la lesión ética que representen, al no tener contenido material, y los objetivos sin el afán lúbrico no implicarían la tipificación de examen por ausencia de dolo específico. (S. 28 septiembre 1967.)

El elemento espiritual del delito de abusos deshonestos violentos necesariamente debe estar constituido por un ánimo lúbrico o apetito libidinoso

en el delincuente, que busque la satisfacción íntima sexual e inmoral, y que para pasar de ser un simple pecado, relevante en el orden de la conciencia pero intrascendente en el penal, a constituir una acción antijurídica y culpable, necesite tener complementaria efectividad objetiva, a medio de actuación externa y material, que no represente acceso carnal, sobre persona de uno u otro sexo, cuya libertad sexual se cohiba, tanto porque se le imponga con *vis* física sobre su cuerpo como porque la acepten sin poder consentir, por tratarse de menor de edad o incapaz, lesionándose además, aunque ya postergadamente, la moralidad ordinaria de la comunidad social, debiendo producirse por fin una relación causal o dependiente entre ambos elementos para que tal delito pueda estimarse realmente existente.

La línea diferencial entre el delito de abusos deshonestos del artículo 430 en relación con el 429 del Código Penal, comprendido dentro del título de infracciones contra la honestidad, y la falta del número 5.º del artículo 567 del mismo cuerpo legal que defiende intereses de orden público, se encuentra en módulos cuantitativos, de acuerdo a la gravedad o levedad de la acción impúdica, lo que se determinará en apreciación judicial y según estimación casuística de contenido relativo y circunstancial, aunque en principio puede y debe atenderse con preferencia a la naturaleza intrínseca de los actos lascivos externos, para encajar en la más amplia lesión penal los que afecten a la intimidad más defendida y a los órganos sexuales, representando la más leve infracción los que signifiquen simples tocamientos exteriores, sin extrema reiteración o vejamen. (S. 14 octubre 1967.)

El delito de abusos deshonestos implica atentado al pudor de una persona y no precisa la satisfacción de un libidinoso deseo por parte de quien realiza los actos conducentes a esa finalidad, sino que es bastante para su estimación que los efectuados, aun cuando no sean todos los propuestos, lastimen los sentimientos de honestidad de aquel sobre el cual se ejecuten, concurriendo alguna de las circunstancias que señala el artículo 429 del Código Penal. (S. 15 noviembre 1967.)

Cfr. parágrafo 26.

58. ARTÍCULO 431 (*Escándalo público*).—Según viene declarando esta Sala, el delito de escándalo público se produce por el impacto o lesión del pudor público ante el conocimiento de hechos gravemente atentatorios a los sentimientos de honestidad y morigeración de la sociedad, sujeto pasivo de este delito, sea cualquiera el medio por el cual se produzca aquel ultraje, ya que en gran número de casos el acto se produce sin publicidad, dada la naturaleza repulsiva del mismo, que provocaría la reacción violenta de quien lo presenciase. (S. 22 diciembre 1967.)

La doctrina jurisprudencial viene reiteradamente incluyendo en el marco del artículo 431 del Código Penal los actos de pederastia, de homosexualidad, contra natura y de sodomía, ya que en sí y por su misma naturaleza son hechos de grave escándalo y trascendencia, ofensivos al pudor y a las buenas costumbres. (S. 7 octubre 1967.)

Cabe perfectamente que un hecho secreto o reservado, si pasa al conocimiento público, pueda implicar un escándalo, pues el sentido del precepto penal aplicado está en la ofensa que el conocimiento de los hechos cause en los sentimientos de recato o morigeración de las personas que posterior-

mente los conocen, según doctrina de esta Sala, que tiene dicho que es la sociedad, y no las personas particulares, las víctimas de este delito. (S. 11 octubre 1967.)

Según la reiterada doctrina de esta Sala, la trascendencia a que se refiere el precepto legal existe siempre que se trate de casos afectantes a los menores, los que por tal razón son siempre víctimas que sufren en su moralidad y en su pudor. (S. 11 noviembre 1967.)

59. ARTÍCULO 434 (*Estupro*).—En la modalidad agravada del delito de estupro prevista en el artículo 434 del Código Penal, cometido en doncella mayor de 12 años y menor de 23 por alguna de las personas en tal precepto relacionadas, cabe advertir una triple justificación de este mayor rigor al que la Ley somete al culpable, cuales son: el quebranto que implica por parte del sujeto activo de los deberes morales inherentes al ejercicio de autoridad, sacerdocio, tutela, magisterio, y demás previstos en el texto respecto de mujer que por uno u otro título les está subordinada, o ha de merecerles especial consideración y respeto; el prevalimiento, para el logro de su propósito criminal, del natural y lógico ascendiente sobre la víctima, dimanante de la existencia de las prenotadas relaciones, poniendo en dificultad el adecuado ejercicio de las facultades de repulsa que asisten en situaciones normales de inexistencia de esta vinculación moral; y, finalmente, el aprovechamiento de las facilidades que presta el trato entre ambos sujetos, operado la mayor parte de las veces en la intimidad de un lugar de trabajo o en la del propio hogar, que permite, no ya un cómodo desarrollo de todo el proceso criminal, sino su existencia misma, difícil o imposible bajo otras premisas de hecho. (S. 23 noviembre 1967.)

Lo que tipifica el estupro doméstico es la convivencia de estuprador y víctima bajo el mismo techo, medien o no entre ellos relaciones de parentesco o servicio, porque ese vivir juntos y trato cotidiano crea afectos y situaciones que favorecen al sujeto activo del delito para realizar sus torpes deseos, que al prevalerse de esa situación de ventaja y ser desleal a la mujer que con él convive, confiada en que su honestidad será respetada y hasta defendida por quien comparte con ella el mismo hogar, tiene que incurrir al mancillar su honor en las sanciones establecidas en el artículo 434 del Código Penal. (S. 26 octubre 1967.)

El artículo 434 del Código Penal enumera las distintas personas que pueden cometer el delito, señalando con una coma entre criado y doméstico, lo que indica de forma evidente que le concede un distinto significado, el primero, a quien presta servicios a otro por una remuneración, y el segundo a cuantos conviven bajo el mismo techo, comprendiendo por tanto tal precepto a todos aquellos que se encuentran con facilidades para cometer el delito y que no tienen los que no ocupan la misma morada. (S. 14 noviembre 1967.)

60. ARTÍCULO 435 (*Incesto*).—El delito de estupro-incesto del artículo 435 del Código Penal, que defiende por encima de todo bien protegido la *commixtio sanguinis*, lesionada por los sujetos que yacen, ligados por relación muy cercana de consanguinidad, requiere, al igual que los demás semi-privados, que con posterioridad a la reforma del artículo 443 manifiestan am-

plias facetas de defensa de derechos públicos, y según dicha norma, la condición procesal de punibilidad de que para proceder y castigar por los estimados como tal se ejercite denuncia, de manera excluyente y disyuntiva, en primer lugar, por la persona agraviada que sea capaz de ejercitar los derechos, en su defecto, de su cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal, o por fin, del guardador de hecho de la víctima inválida, si bien los párrafos 2.º y 3.º de la norma últimamente citada conceden, en el supuesto de ofensa a menores de dieciséis años, la facultad potestativa de denunciar los hechos al Ministerio Fiscal, a la Junta de Protección de Menores o a los Tribunales Tutelares de éstos, y sólo al primero de ellos, además de al Juez procediendo de oficio, en los casos de personas de superior edad, cuando en su juicio estimen oportuna la defensa de una persona agraviada, que fuere desvalida; concepto éste de desvalimiento que no puede circunscribirse a actuación sustitutiva sólo para el supuesto de inexistencia de los parientes citados en la norma, sino que opera cuando, concurriendo éstos, no protejan, tutelen o amparen, debiendo hacerlo regionalmente, a la mujer ofendida o incapaz, por su imperdonable omisión a desinterés o por atender maliciosamente a otros intereses en juego, con postergación de los prevalentes de aquélla, creando un impunismo que perjudica perennes derechos individuales familiares y sociales, y el patrimonio ético de todas estas personas o agrupaciones, pues en tales casos de ausencia de amparo o protección de la persona desvalida, por inercia injusta o por contraposición de intereses personales o familiares frente a los prevalentes de la ofendida y los comunes, debe ceder en favor de la acción pública, y discrecional del Ministerio Fiscal la preferencia marcada por la ley para supuestos normales. (S. 27 junio 1967.)

61. ARTÍCULO 436 (*Estupro*).—Como manifestación del derecho a la libertad sexual, toda mujer capaz de consentir puede espontáneamente disponer de su carnal intimidad, entregándose a varón, pero si con edad limitada y honestidad acreditada, sin fuerza o violencia, se entrega al hombre, porque éste emplee el medio psicológico, espiritual o ideal del engaño, que sugestione y capte su ánimo, a medio de conducta solapada o artera, bastante, eficaz y previa para que su voluntad consensual se vicie, por resultar la suficiente para enervar la capacidad de resistencia de la mujer pudorosa y de moralidad media, anulando la espontaneidad de su decisión y originando como esencial y única causa el fallo de los resortes morales y del natural pudor, como patrimonio de su personalidad ética, entonces, por ser el ardid o superchería el motivo del yacimiento, en adecuada relación causal, surge la protección penal hacia el ser debilitado e indefenso y perjudicado, a medio del tipo contenido en el artículo 436 párrafo 1.º del Código punitivo, que contiene la figura de estupro simple, siendo la manifestación más común en la *praxis* de esa alteración de verdad que vicia el consentimiento la promesa de matrimonio incumplida, que opera por lo común decisivamente en el ánimo de la mujer, y genera con absoluta normalidad la mutación de su actitud sexual pasiva, honesta y defensiva, seduciéndola o venciéndola, a medio de estímulos engendrados aparentemente, pero creídos, debiendo valorarse casuísticamente para su tipificación o destipificación las situaciones, atendiendo a las circunstancias subjetivas y ambientales concurrentes en la

relación personal de las dos personas de sexo contrapuesto. (S. 13 octubre 1967.)

62. ARTÍCULO 441 (*Rapto*).—El rapto no sólo se consuma sacando a la mujer de su propio domicilio, sino también separándola del mismo. (S. 13 noviembre 1967.)

63. ARTÍCULO 452 bis b) (*Delitos relativos a la prostitución*).—No es preciso que la mujer menor sea honesta, pues incluso a la corrompida alcanza la protección del Código, como ha precisado con reiteración esta Sala, al no distinguir la ley entre una y otra situación. (S. 21 octubre 1967.)

64. ARTÍCULO 453 (*Calumnia*).—Si calumnia es la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, para que emerja a la realidad esta figura delictiva es preciso que se atribuya a una persona falsamente la ejecución de un hecho concreto y determinado que está encuadrado en tipos delictivos que originan su persecución y castigo de oficio, y no basta que se le dirijan palabras que sean el nombre de alguno de estos delitos. (S. 21 octubre 1967.)

65. ARTÍCULO 457 (*Injurias*).—Como uno de los esenciales e inseparables derechos de la personalidad, el honor de los seres humanos se protege penalmente por ser un valor ético y social que debe respetarse, sancionándose los ataques ajenos injustos que proclamen el demérito de manera humillante, en su manifestación de deshonra, descrédito o menosprecio, pues, si resulta plausible todo cuanto tienda a enaltecer a los hombres, reprochable es cuanto los rebaje, proclame deméritos o afrente de palabra u obra, porque la vida de relación y coexistencia no puede consentir como forma de manifestarse el vejamen, la acedia o la agresión gramatical que produzcan y busquen desprestigio o infamia para los demás, padeciendo su reputación y buena fama, y por ello el respeto subjetivo, la educación producto de la cultura y hasta la paz social; siendo expresión defensiva eficaz de este derecho al honor, inherente a la personalidad, el delito de injurias, que en toda su gama cualitativa pretende coartar la maledicencia, el vilipendio y el escarnio ajenos lesivos de la dignidad y decoro humano, a medio de las sanciones oportunas, que operan tanto en función de prevención general como en especial.

El delito de injurias, tan certeramente definido en el artículo 457 del Código Penal, por ser eminentemente intencional, requiere un propósito decidido de ofender que opere como elemento subjetivo del injusto en su manifestación de *animus injuriandi*, o lo que es igual, de deseo de vulnerar el honor ajeno, que, cuando las expresiones son gramatical o semánticamente deshonorosas, hacen que se presuma *iuris tantum* esa intención injuriosa de quien las emplea, salvo demostración contraria, que ponga muy claramente de relieve una finalidad ideal diferente que elimine o desplace la deshonra, y por ende la culpabilidad, de acuerdo siempre con los elementos circunstanciales de toda índole, a valorar casuísticamente y, por lo tanto, en función de condición relativa, por no ser el deseo del agente el de atacar el honor ajeno sino otro distinto; circunstancialidad y relativismo que también

gobiernan el alcance de la injuria en orden a su gravedad o levedad, que ponen de manifiesto los diversos apartados del artículo 458 del Código Penal, en lo que influyen tanto valoraciones subjetivas como objetivas de toda índole y dimensión, por ser contingente con arreglo al tiempo, lugar, cultura, sujetos y ocasión tanto la existencia misma como la intensidad de la injuria. (S. 20 diciembre 1967.)

El *animus iniuriandi* se presume siempre, y mucho más cuando el autor del delito es persona que, por su cultura, conoce el significado exacto de las palabras que dirigió al querellante. (S. 6 octubre 1967.)

La dogmática de las garantías penales y el principio de tipicidad estricta plasmado en el artículo 1.º de nuestro Código Penal vedan interpretaciones analógicas para crear nuevas figuras delictivas en perjuicio del reo; pero tales interpretaciones no están excluidas cuando se trata de valorar el alcance de unos conceptos que el querellante reputa gravemente injuriosos; y a este respecto, siendo facultad de esta Sala el comprobar si en los conceptos puede apreciarse un propósito y ánimo de injuria, que sabido es tiene siempre un riguroso y prevalente carácter intencional que sólo puede conocerse ponderando los antecedentes, las circunstancias, la forma y tesitura en que los conceptos fueron escritos.

Nuestro Código, por razones obvias de política criminal, consagra en beneficio de la paz, tranquilidad y armonía familiar, una amplia excusa absoluta en el artículo 564 del Código Penal, atinente a delitos contra la propiedad, excluyendo la responsabilidad penal por los mismos y manteniéndolos sólo la civil cuando entre el sujeto activo y la víctima medien próximos vínculos parentales, incluyéndose entre éstos parientes los vínculos de afinidad entre ascendientes y descendientes; y aunque no se puede pretender, porque toda interpretación extensiva de un privilegio está prohibida, que esta excusa absoluta fuera aplicable a delitos distintos de los que enumera y concretamente al de injuria, puede, sin embargo, esta postura legislativa explicar que expresiones y conceptos que entre extraños pudieran tener un indudable carácter injurioso, no lo tengan entre el padre y el hijo político. (S. 21 noviembre 1967.)

66. ARTÍCULO 490 (*Allanamiento de morada*).—El delito de allanamiento de morada tiene su fundamento en el respeto y consideración que a todos debe merecer la morada humana y en la protección que se le otorga contra las intromisiones ajenas en oposición a la voluntad expresa o tácita de sus moradores, y se castiga simultáneamente con otro delito, al que haya servido como medio, cuando no es elemento integrador del mismo. (S. 27 octubre 1967.)

67. ARTÍCULO 496 (*Coacciones*).—La «violencia» a que el precepto se refiere tanto puede ser física como moral; tal violencia se da bien por la material fuerza física como por la presión moral intimidante capaz de torcer la voluntad ajena o de coartar su libertad; no siendo necesario para que el delito se consuma el obtener el resultado pretendido, bastando realizar los actos físicos o de influjo moral con los que se pretendía conseguirlo. (S. 6 diciembre 1967.)

68. ARTÍCULO 497 (*Descubrimiento de secretos*).—La figura delictiva emplea el verbo «apoderar» en el sentido de que los papeles o cartas queden bajo el poder o dominio de quien no les pertenece, incorporación al patrimonio de uno que precisa necesariamente una actividad, una acción positiva, un hacer un algo positivo de quien recibe la cosa para que ésta quede bajo su dominio, ya que la sola inactividad o pasividad no produciría el efecto de tener por suyo o poder disponer de lo que recibió. (S. 6 octubre 1967.)

69. ARTÍCULO 504 (*Robo con fuerza en las cosas*).—El acceso por lugar distinto de la puerta constituye escalamiento, aunque no se trate de un inmueble, sino de un vehículo cerrado. (S. 10 noviembre 1967.)

70. ARTÍCULO 514 (*Hurto*).—El delito de hurto queda consumado desde que por el apoderamiento de la cosa se atribuye la condición de dueño el agente con la facultad de disponer de la misma, sin que sea óbice a ello que no dispusiera de la misma, pues lo que caracteriza al delito y lo consuma es el traspaso del dominio y disfrute de la cosa, y lo que le deja en la forma imperfecta de la frustración es que este ilegal traspaso de propiedad no haya llegado a su límite porque el actor no lograra hacerlo suyo por no conseguir salir del alcance de sus perseguidores, pues en este caso no pudo disponer o disfrutar de aquello que pretendía hacer suyo, que es cosa distinta de no disponer de lo que tuvo algún tiempo, poco o mucho, en su poder y como propio, ya que también se cometen los delitos contra la propiedad para disfrutar las cosas ajenas como propias, en lo que ya va el lucro, sin ánimo de venderlas o cederlas a otro, y precisamente el apoderamiento de los objetos de arte es el que más directamente lo inspira e impulsa este fin de disfrute propio contemplativo, y casi siempre excluyente del disfrute por otras personas. (S. 23 y 25 septiembre 1967.)

La simple lectura de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 3 del Código Penal conduce a la desestimación del recurso donde se postula que se considere tentativa de hurto la infracción cometida por los recurrentes y no hurto frustrado como lo calificó la sentencia pues, si ésta declara probado que los procesados se apoderaron sin emplear fuerza ni intimidación de ciertas mercancías en un mercado y que fueron detenidos al salir del establecimiento, da a conocer que los culpables realizaron todos los actos necesarios para la perpetración del delito llegando a la aprehensión de los objetos y a tenerlos en su poder aunque fuese por breves momentos, con lo que el delito quedó consumado subjetivamente, y la acción no puede quedar en mera tentativa que supone una actividad delictiva no desarrollada totalmente, no practicar todos los actos de ejecución dice el Código; y por eso, cuando el culpable los realiza todos, y sólo le falta el acto dispositivo o de incorporación definitiva de lo sustraído, que es la consumación objetiva o logro del fin perseguido, el delito queda en grado de frustración. (S. 4 diciembre 1967.)

Frente a la modalidad tradicionalmente denominada «hurto de uso», que atenta contra la posesión y no a la propiedad plena, y prescindiendo de los supuestos atinentes a vehículos de motor, que a partir de la Ley de 9 de mayo de 1950 han merecido especial y concreta consideración en nuestro ordenamiento penal positivo; de las dos posiciones esencialmente admisibles,

a saber, la impunita por estimar que tales comportamientos no quedan tipificados en el Código Penal, y aquella otra según la cual inexisten motivos suficientes impositivos de encuadrarlos dentro de los hurtos propios, previstos y penados en los artículos 514 y siguientes de aquel Cuerpo legal, la doctrina de esta Sala se ha mostrado favorable a esta última solución, que no violenta el proceso racional y lógico imprescindible para subsumir aquellas actividades en la descripción que la Ley hace del tipo, en la que se alude a quienes «toman» las cosas muebles ajenas, lo que conviene tanto a los que lo hacen pretendiendo adueñarse de los bienes con carácter definitivo, como a aquellos otros que desean sólo utilizarlos transitoriamente, durante un período de tiempo más o menos dilatado; patente también en estos casos el «ánimo de lucro», puesto que quien sustrae para utilizar temporalmente determinado bien mueble obtiene mediante tal uso un evidente beneficio, que no es otra cosa que el elemento culpabilista de esta figura delictiva del hurto de uso, en esencia coincidente con la del hurto propio. (S. 23 noviembre 1967.)

71. ARTÍCULO 516, NÚM. 2 (*Hurto con abuso de confianza*).—Cuando en la Ley Penal se habla de «abuso de confianza», se refiere, no al simple uso normal y lícito de la confianza que la convivencia engendra, sino a prevalerse de las facilidades que la actuación laboral otorga por posibilidades de acceso y libertad de movimientos en el lugar de trabajo, que permitieron el apoderamiento de las cosas muebles hurtadas, con unas ventajas que no estaban al alcance de los extraños; radicando la esencia de esta circunstancia en el prevalerse de la facilidad de que disfruta el agente, que posibilita con la mayor ventaja y el menor riesgo la realización del apoderamiento incriminado; siendo rigurosamente indiferente que se trate de patronos individuales o de una entidad patronal representada por cualquier tipo asociativo pues los vínculos de confianza en este último supuesto se establecen entre el productor y los representantes de la Sociedad, ya que las personas jurídicas, sea cual fuere la concepción que se acepte, obran y actúan, bien por sus órganos personales o por sus representantes, que son los que otorgan la confianza inherente a las relaciones laborales que puede ser quebrantada. (S. 15 diciembre 1967.)

El abuso de confianza en las relaciones de las empresas con sus empleados y dependientes, no puede circunscribirse al lugar donde aquéllos desarrollen su actividad y a las cosas que tengan que manejar, sino que tiene que abarcar a todo el patrimonio de la empresa, como unidad confiada a los empleados en sus diversas actividades y cometidos. (S. 22 junio 1967.)

72. ARTÍCULO 518 (*Usurpación*).—Necesita de los elementos objetivo y subjetivo, alteración de lindes y ánimo de lucro, para completarse la figura penal de usurpación del artículo 518 del Código Penal. (S. 9 octubre 1967.)

73. ARTÍCULO 519 (*Alzamiento de bienes*).—El delito de alzamiento de bienes descansa en dos presupuestos: la ocultación de estos bienes y el perjuicio de los acreedores. (S. 20 noviembre 1967.)

El delito de simple actividad y mero riesgo de alzamiento de bienes del artículo 519 del Código Penal es una fórmula abierta que precisa del elemen-

to intencional, subjetivo o ideal que genera su dolo específico y significa un ánimo por parte del deudor de burlar, perjudicar y defraudar a sus acreedores reales, legítimos y actuales, en concurrencia con el presupuesto objetivo de conseguir un estado de insolvencia, ocultando sus bienes de manera tal, y cualquiera que sea su forma, que les impida realizar sus créditos, pues hace desaparecer la garantía real que el deudor tenía establecida por las normas de Derecho privado, civiles y mercantiles y que amparaban la relación jurídica de crédito, y el posible ejercicio —ante la falta de cumplimiento voluntario y normal de la prestación pactada— del proceso ejecutivo tendente a la realización del valor, en prestación sustitutiva y jurisdiccionalmente impuesta pues, en definitiva, con la conducta artera del deudor se quebranta el ejercicio de las normales pretensiones procesales de ejecución de las obligaciones para su forzoso cumplimiento judicial.

Si bien es cierto que esta Sala para casos especiales ha establecido que no se produce dicho delito si los bienes se entregaron a un acreedor en perjuicio de los demás, por no tener que atenderse a la prelación de créditos, es decir, que en casos de concurrencia de distintos acreedores sobre un deudor, sin existir un procedimiento de realización colectiva, el último resulta árbitro para elegir por su sola decisión a cualquiera de ellos para pagarle, sin atender a un orden temporal o incluso legal o de rango de créditos, porque no existe norma que se lo impida, y su actuar conforme a la normalidad y sin deseo malsano elude el *dolus malus*, también lo es que esta doctrina tiene la necesaria cortapisa de que los acreedores a quienes así se satisfaga lo sean de créditos ciertos y legítimos y no aparentes acreedores de inexistentes o simulados o fraudulentos créditos, creados ficticiamente como medio objetivo del logro de la insolvencia y del perjuicio para otros acreedores, a medio de un ejercicio arbitrario de desviaciones sobre cosas propias, que se hallaban en su contenido patrimonial afectas a una garantía real ajena más o menos directamente establecida, dada la generalidad del contenido del artículo 1.911 del Código Civil (S. 7 diciembre 1967.)

74. ARTÍCULO 528 (*Estafa*).—El detrimento patrimonial producido no consiste únicamente en la reducida cantidad abonada por las participaciones vendidas, sino que alcanza mayor volumen desde el momento en que, a consecuencia de la maniobra engañosa utilizada, o del quebrantamiento del depósito, se privó a los adquirentes de crecidas sumas que, de ser legítimas las participaciones compradas, debieron percibir; puesto que en cada una de dichas participaciones había dos valores: el de presente, en cuanto a la participación cuantitativa que declaraba el billete en cuestión, y de futuro, en cuanto al valor que pudiera corresponderle en el supuesto que el azar les otorgase la concesión de un premio; argumentación doctrinal de los precedentes jurisprudenciales que se refuerzan ponderando que quien adquiere un billete o una participación de lotería adquiere también una posibilidad expectante de recibir premio; por cuanto quien engaña expidiendo participaciones sin cobertura, o quebrantando el depósito de los billetes que debieron producirla, defrauda no sólo el valor de presente, sino las posibilidades totales que surgen como realidades de futuro, si el premio se obtiene, siendo como reiteradamente tiene declarado esta Sala, intrascendente el va-

lor que el sujeto activo obtenga de la cosa defraudada o apropiada, interesando tan sólo para la cualificación delictiva el perjuicio causado al sujeto pasivo. (S. 28 junio 1967.)

75. ARTÍCULO 529 (*Estafa*).—El desplazamiento de bienes ocasionado mediante engaño, que es la estafa, ha sido estimado descriptivamente por esta Sala como una conducta engañosa por la que se origine o robustezca un error en otra persona, en virtud del cual realice un acto de disposición que redunde en perjuicio del disponente o de un tercero pero en actuación plena de ánimo de lucro, necesaria por constituir el dolo específico o elemento psicológico de la figura; pero, dentro de ella, el indispensable elemento formal del engaño, típico y culpabilista de consumo, debe ser radicalmente ignorado por el destinatario, pues, de no suceder así, conocería la maquinación insidiosa y faltaría el error, y debe además poseer entidad sustancial suficiente para actuar idóneamente, con eficacia cierta en el supuesto concreto, atendiendo a lo subjetivo o *intuitu personae*, por ser lo más trascendente la relación de sujeto a sujeto, y a las condiciones de lugar, tiempo, ambiente local y social, lo que se determinará en valoración a efectuar por el juzgador, con criterio relativo y circunstancial en extremo, donde toda generalización previa y abstracta es imposible o al menos peligrosa; engaño que ha de preceder cronológicamente, según ha exigido con reiteración esta Sala a la defraudación, por hallarse en situación de relación causal, salvo en los supuestos, harto excepcionales, de *dolo subsequens*, en que, existiendo la entrega previa de la cosa el engaño posterior es también previo al perjuicio o defraudación. (S. 16 octubre 1967.)

Dentro del espinoso problema que plantea el deslinde teórico y práctico de los ilícitos civil y penal, que sólo puede resolverse, dejando a un lado profusión de teorías incompletas, exigiendo necesariamente en este último la presencia de los elementos específicos de tipicidad y culpabilidad, según criterio de previa política criminal, se encuentra incluido el no menos arduo de la diferencia del fraude penal y de la ilicitud simplemente privada, civil o mercantil, que se pueden producir, a medio de negocios jurídicos de la más varia condición pactados en acuerdo de voluntades y con la aparente presencia de sus requisitos constitutivos esenciales, y que sin embargo no son cumplidos en sus obligaciones onerosas y recíprocas, porque unilateralmente la parte que se benefició con desplazamiento patrimonial a su favor no realiza la conducta posterior de dar o hacer a que se comprometió, y cuyo criterio diferencial se debe encontrar en la misma voluntad engañosa del sujeto activo y su cronológica manifestación, pues si celebró el contrato con el deseo preconcebido desde *ab initio* de alcanzar por su apariencia externa enriquecerse a medio de acto dispositivo económico ajeno, sin ánimo de dar vida a su prometida contraprestación, que era el señuelo o ardido de que se valía para mover la voluntad de la otra parte, en este supuesto el negocio civil inauténtico se criminaliza, siempre que exista tipo penal en que enmarcarlo, a diferencia del caso de celebrarse el negocio seriamente, sin ninguna reserva mental y con intención previa de plena realización, pero quedando posteriormente incumplido, con palabras sobre la dación de la prestación pactada, más o menos falsas o informales, en que el ámbito re-

parado se encuentra dentro de la estricta vía privada sin alcance punitivo penal. (S. 9 noviembre 1967.)

La estafa tipo, que el número 1.º del artículo 529 del Código Penal define como defraudación a persona, aparentando bienes, crédito o valiéndose de cualquier otro engaño semejante, ha de completarse, de acuerdo con las estructuras morfológicas e integradoras que esta figura penal genéricamente posee, exigiendo como elemento operativo el engaño, que es el dolo normal u ordinario, representado por el artificio, falacia, astucia o maniobra insidiosa de aquella apariencia, expresa o tácita, de patrimonio y de garantía, que determina un creído estado de solvencia del delincuente al sujeto pasivo, para contratar éste con aquél seguro de la efectividad de su derecho de crédito, en adecuada relación de confianza ordinaria, que genera el error en el así sorprendido, por el dinamismo engañoso, y que conduce, a medio del acto de disposición con tal ardid logrado, a dar vida a la defraudación o daño patrimonial, que es el elemento real y el dolo específico de la figura, que se une a aquel engaño en adecuada relación de causalidad, y todo ello inspirado por el deseo personal del delincuente, de conseguir a medio de su efectivo ánimo de lucro un beneficio propio o ajeno. S. 17 junio 1967.)

Alojarse en un hotel, aparentando solvencia de la que se carece, y ausentarse del mismo dejando la cuenta impagada, constituye delito del número 1.º del artículo 529 del Código Penal. Cuando, días después, al querer aparentemente pagar, se expide un cheque sin provisión de fondos se comete un nuevo delito tipificado en el artículo 535 bis del mismo Código. (S. 29 septiembre 1967.)

Suprimida ya en la reforma del Código Penal de 1944 la figura penal de la «falsedad con lucho», según reiterada y copiosa jurisprudencia, son perfectamente compatibles y creadores de concurso delictual la falsedad cuando se conjuga con estafa, al existir fraudulento engaño, ánimo de lucro y perjuicio patrimonial logrado o intentado.

La amplia generalidad como se tipifica en nuestro Derecho positivo el delito de estafa, permite que el engaño productor del perjuicio patrimonial recaiga tanto en la propia víctima de la estafa como en un tercero, cuando venga a provocar obligadamente el perjuicio del real sujeto pasivo de la defraudación; y sin que tampoco pueda rechazarse la posibilidad de que el engaño se produzca en un órgano judicial que, al dictar sentencia o resolución sobre la base de un documento falso, puede, involuntariamente, a virtud de la subrogatoria y coactiva facultad de disponer del patrimonio ajeno, en este caso del demandado, dar lugar por el dolo del reclamante al nacimiento, e incluso a la consumación de una «falsedad defraudatoria» de ajeno patrimonio, sin que a pesar de la impropiedad de este tipo de estafa pueda excluirse su punición, pues se dan plenamente los tres requisitos anteriormente aludidos: el ánimo de lucro; el engaño defraudatorio, por el que se produce o cuando menos se intenta producir, un perjuicio patrimonial de la víctima.

No cabe confundir el mero «fraude procesal» con la «estafa documental y defraudatoria»; pues, si bien esta falsedad documental defraudatoria desenvuelta en un proceso es un auténtico fraude procesal, viene a ser una especie cualificada del mismo, con la nota diferencial de la plena y absoluta

conciencia de la falsedad del documento base de la pretensión, del ánimo de lucro, del propósito de producir fraudulentamente una engañosa representación en el órgano judicial que provoque o pueda provocar una decisión injusta, y todo ello con la finalidad de conseguir por una coacción ejecutiva de los fallos condenatorios el perjuicio patrimonial del demandado, en lucro y provecho indebido del demandante. Es por ello que en cada caso concreto deba examinarse cautelosamente y con el mayor cuidado si se trata de un simple fraude procesal atípico y no punible, o por su cualificación tal fraude procesal implica una defraudación documental, en la que se pretende ilícitamente el amparo judicial para lograr un lucro patrimonial injusto. (S. 3. octubre 1967.)

Contra la concurrencia de la falsedad en documento mercantil con la estafa pesa la duplicidad de los bienes protegidos en ambas figuras penales: la protección del documento que afecta al crédito público, a la confianza concedida a estos instrumentos en la seguridad del tráfico comercial, y por otra parte, el ataque al patrimonio ajeno con engaño. (S. 19 junio 1967.)

Cfr. parágrafo 26.

76. ARTÍCULO 530 (*Estafa*).—La doble reincidencia a que se refiere el artículo 530 del Código Penal no puede abarcar los delitos de hurto al no ser de la misma o semejante especie de las estafas, ya que en éstas concurre siempre la voluntad del perjudicado consintiendo en la entrega de la cosa mediante el engaño de que es víctima, cosa que no tiene lugar en los hurtos en que sólo se opera la voluntad del culpable con total ausencia de la del perjudicado. (S. 20 diciembre 1967.)

La doctrina de esta Sala ha exigido para aplicar tal precepto conocer la cuantía de lo sustraído cuando la sentencia condenatoria era anterior al 23 de febrero de 1963, que es cuando empezó a regir la modificación de las cuantías para considerar el hecho delito o falta. (S. 30 octubre 1967.)

77. ARTÍCULO 532 (*Defraudaciones*).—Quien, a sabiendas del embargo y depósito en un tercero, y teniendo a su disposición los efectos embargados, dispuso de ellos sobiando la traba, comete el delito previsto en el número 1.º del artículo 532 del Código Penal. (S. 2 octubre 1967.)

78. ARTÍCULO 533 (*Otros engaños*).—El artículo 533 del Código Penal comprende toda clase de engaños no descritos en los artículos que le preceden y fue concebido por el legislador para abarcar todos los que pueda idear la malicia humana en forma no conocida ni susceptible de preestablecer, a fin de amparar, de este modo, la buena fe en la vida de relación y evitar que se sustraigan a la sanción penal aquellos actos que por su gravedad maliciosa sean merecedores de castigo. (S. 7 diciembre 1967.)

79. ARTÍCULO 534 (*Defraudación de la propiedad industrial*).—La loable preocupación de proteger la propiedad industrial en sus plurales facetas no debe llegar a extremos tales que por meras coincidencias y escasas semejanzas, contrapesadas por esenciales diferencias, se deba provocar la imposibilidad de fabricar y vender objetos o mercancías, creando una antiprogresiva situación monopolística, siendo en este sentido necesario no confundir

la «competencia lícita», que es base del comercio y de la industria, con la «ilícita competencia», representada por la servil copia de productos ajenos, llevando a confusión al consumidor, que puede, por falaces engaños, adquirir lo indebidamente copiado, perjudicando los intereses de quien por su trabajo e inteligencia creó productos nuevos cuya exclusividad debe protegerse, pero no de forma que impida la fabricación y venta de similares o incluso más perfeccionados productos. (S. 20 diciembre 1967.)

80. ARTÍCULO 535 (*Apropiación indebida*).—El delito de apropiación indebida, definido en el artículo 535 del Código Penal expresivamente, es una infracción de enriquecimiento torticero, conseguida por acto de autoridad propia prohibida de adueñamiento, en virtud del que se alcanza antijurídicamente la propiedad de una cosa mueble, transmutando la posesión legítima que se ostentaba por la concesión del sujeto pasivo, y todo ello porque la voluntad unilateral del delincuente agotó dicha situación e incrementó su patrimonio, abusando gravemente de la confianza en él depositada, pleno de ánimo de lucro defraudatorio, y sin atender a la obligada restitución del bien, al concluir el plazo, o la condición final, o al manifestarse la decisión resolutoria del dueño, y esta figura para existir, dentro del marco que impone su estricto contenido descriptivo, sin ampliaciones de su radio de acción, siempre repudiables en contra del reo, incluyendo estralimitaciones de naturaleza civil, necesita la cumplida justificación del título posesorio constitutivo, y una meridiana claridad de sus dimensiones materiales y jurídicas, ajenas a toda confusión, y que signifiquen un contenido diáfano y expresivo de los elementos subjetivos y objetivos que componen el tipo, pues de no resultar así la impureza de la discriminación de los derechos, la imbricación de relaciones jurídicas no explicables o ilíquidas, o la inexpresividad del título de devolución, y los defectos en la justificación probatoria darán lugar a rechazar la existencia del delito, que tiene que asentarse en base firme y evidente. (S. 30 septiembre 1967.)

En el delito de apropiación indebida se produce un adueñamiento de la cosa por el sujeto activo, cambiando sin causa justificada e ilegalmente la posesión que de ella tenía en propiedad o, si más precisamente se quiere, se transmuta fraudulentamente, a medio de enriquecimiento torticero, la posesión que se disfruta *alieno nomine* o con precariedad, pero con finalidad jurídica determinada, en posesión *animus domini*, actuando con deseo de lucro, que es el dolo específico de esta infracción, siendo el genérico el de retención de aquélla frente a quien la reclama y tiene derecho a recuperarla. S. 4 julio 1967.)

Para la comisión del delito de apropiación indebida no es necesario que el dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble recibida y de los que como propios se disponga con menoscabo del patrimonio ajeno, hayan sido entregados en depósito, administración o comisión como *ad exemplum* menciona el artículo 535 del Código Penal, sino que asimismo se comete cuando la posesión emana de otro contrato nominado o innominado que tenga acogida en la expresión disyuntiva del precepto «o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos», ya que la Ley Penal opera cuando

se convierte en propiedad ilegítima lo que en lícita posesión se tiene para entregar o devolver. (S. 5 diciembre 1967.)

En orden a la diferencia de los delitos de hurto y de apropiación indebida, son de destacar que en la tipificación del primero de ellos emplea el legislador el verbo «tomar», mientras que en el segundo utiliza «recibir», lo que supone exigencia en el delito de hurto de un apoderamiento de los bienes muebles por propia o exclusiva determinación y obrar del sujeto activo, en tanto que en el de apropiación indebida iguales bienes han pasado inicialmente a poder y disponibilidad del mismo agente por haberlo así querido y decretado el titular patrimonial, de acuerdo con el otro sujeto, naciendo así un vínculo jurídico específicamente nominado en el precepto penal —depósito, comisión o administración— o genéricamente aludido en el mismo —cualquier otro título que produzca obligación de entrega o devolución—, de todo lo cual es consecuencia que en el delito de hurto el tránsito de los bienes de una a otra persona tiene ya inicialmente un carácter enteramente criminal, mientras que en el de apropiación indebida, ello no es así, surgiendo el aspecto punible de los hechos únicamente cuando el receptor de los bienes, en poder de los mismos, resolviendo retenerlos, niega la recepción o no los entrega o devuelve. (S. 6 diciembre 1967.)

81. ARTÍCULO 535 bis (*Cheque en descubierto*).—El cheque, título-valor, autónomo y abstracto, de carácter ejecutivo cambiario, a medio de la orden de pago que contiene, pretende la realización dineraria incondicionada e inmediata, en favor del tomador y a cargo del librado, de su contenido económico, y su fuerza descansa en la existencia en poder de éste de la provisión de fondos en el instante de la presentación al cobro, función que se cumple o debe cumplir adecuadamente en el emitido con fecha de presente y que se protege penalmente en el artículo 535 bis del Código Penal, por ser institucionalmente un instrumento de pronto pago que el tomador recibe, creyendo de buena fe que podrá ser realizado de inmediato, trocando el dinero bancario que representa en dinero efectivo, con sólo presentarlo al cobro, pues quien emite un cheque en tales circunstancias asegura expresa o tácitamente, pero concluyentemente, que es realizable por poseer provisión de fondos, y por tal razón, si la entrega se efectúa sin disponibilidad de numerario bastante en el librado, a sabiendas de que no se abonará al momento de presentarlo al cobro, es evidente que se causa un engaño por simular o aparentar tenerla, haciendo creer al tomador que por tal medio su crédito se saldaría, sin elevarse, sin embargo, por la presencia de este sólo ardid el hecho a delito de estafa; pero si se utiliza el cheque postdatado, es decir, poniéndole una fecha posterior a la de su emisión, con pacto de *non petendo*, cuando su origen se debe a la ausencia actual de provisión de fondos, y no a otra causa de las varias que puedan originarlo, entonces el documento nace con conocimiento y consentimiento del acreedor, que sabe la falta de numerario en el momento de la emisión, y que la función normal de pago directo se convierte en promesa de abono diferido u obligación de futuro cumplimiento, que se sujeta en su efectividad a la concurrencia de eventualidades o acaecimientos subjetivos u objetivos, más o menos probables, que se pretende sucedan, para lograr la cobertura económica, desapareciendo en este

caso la significación de dinero bancario del cheque común, para sustituirse por un título mucho menos enérgico y en cierto modo devalorado de crédito o simple garantía aceptada de pago aplazada, por lo que a este instrumento parece imposible pueda alcanzarle la protección del artículo 535 bis del Código Penal, párrafo 1.º, por ausencia de engaño alguno en la creación para el acreedor, por no existir la certeza —«a sabiendas», con dolo específico y reduplicado, exige la norma—, de sí existirá o no la provisión en el momento de vencer el plazo, por no darse el cheque para pago de presente, sino como título de crédito y someterse a contingencias más o menos aventuradas, por producirse el consentimiento del tomador tan relevante siempre en Derecho penal para liberar de responsabilidad en delitos económicos, y por no resultar posible, en el estado actual del Derecho y de la cultura humana, proteger a una figura que no sólo en algunos Derechos extranjeros se estima delictiva para el acreedor, sino que representaría, de admitirse en este especial supuesto, revivir la añeja y desarraigada institución de la prisión por deudas, en pugna contra el Derecho natural y los inalienables derechos de libertad de la persona humana ante cualquier obligación dineraria no pagada, que únicamente puede generar responsabilidad patrimonial; y sólo excepcionalmente debería incriminarse en dicho tipo penal el cheque postdatado de la forma dicha originado, si se creara en perjuicio del acreedor, conociendo el librado en el momento de la emisión, que es el trascendente para determinar la culpabilidad, al resultar sin virtualidad el dolo *subsequens*, con ánimo cierto, que no existiría la provisión de fondos al presentarse al cobro, no teniendo posibilidad alguna de alcanzarla, ni deseando efectuar actividades o gestiones para dar virtualidad a la promesa de pago articulada, pues en tal supuesto el engaño ciertamente existiría y el artificio del deudor-librador sería una realidad, no consentida por el tomador. (S. 9 noviembre 1967.)

82. ARTÍCULO 563 (*Daños*).—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.)

83. ARTÍCULO 565 (*Imprudencia*).—En nuestro Código Penal se distinguen y están perfectamente diferenciadas dos áreas separadas en el terreno de la punición, una la correspondiente a los delitos dolosos y la otra a los culposos, cada una de las cuales tiene sus reglas propias para su dosificación, siendo en cierto modo incompatibles entre sí; y en el campo de la culpa punible hemos de atenernos a las reglas especiales que rigen para la fijación y graduación de las penas aplicables sin salirnos de sus contornos, acudiendo a las reglas generales del Código como supletorias sólo en el caso de necesidad obligada por carencia de norma especial dentro del campo propio. (S. 1 julio 1967.)

El artículo 565 es un precepto en blanco, que alude pero no define los diversos tipos delictuales a que se refiere; por lo que deben nutrirse estas figuras delictivas de la sustancia que les presten los preceptos reglamentarios atinentes a los que precisa remitirse; preceptos que según la gravedad o intensidad de la infracción configuran la imprudencia temeraria o la reglamentaria conjunta con la imprudencia simple. (S. 8 junio 1967.)

Ni el artículo 565 en sus párrafos 1.º y 2.º del Código Penal en la redacción que rigió desde 1932 con modificaciones posteriores, ni los artículos 2.º y 3.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962 que pretendieron aclarar el contenido de los delitos culposos, ni la nueva redacción del artículo 565 obrada por la Ley de 8 de abril de 1967 que vuelve en sus cuatro primeros párrafos a la fórmula tradicional de nuestro viejo Código; ni en todos ellos hay una definición ni mucho menos una enumeración de los hechos, mejor conductas, que se deben tipificar como acciones culposas incriminables y punibles; y ni tan siquiera en la nueva regulación de las infracciones de riesgo general —delitos de peligro— que en lo relativo a los cometidos contra la seguridad del tráfico, y a diferencia de otros supuestos que enumera, no se determina en el número 2.º del artículo 340 bis a) qué hechos a realizar implicarán en la conducción de un vehículo de motor «temeridad manifiesta» que pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes. Esta ausencia de supuestos concretos obliga a remitirse, en concreción a estos delitos, al Código de la Circulación, cuyos preceptos también sustantivos, en su relación con los penales, en unas ocasiones plasman simplemente conductas antirreglamentarias que no tienen contenido penal, mientras que en otras, como se ha mantenido por la doctrina, tienen una auténtica trascendencia penal, graduable como temeraria o como culposa en conjunción con las infracciones reglamentarias, según criterios cualitativos representados por la peculiar forma del ilícito actuar del conductor o cuantitativos por la intensidad de sus acciones u omisiones culposas. (S. 30 noviembre 1967.)

Es imprudencia temeraria la falta absoluta de cuidado en el desenvolvimiento del deber *objetivo* de diligencia impuesto a todo conductor de vehículo. (S. 22 noviembre 1967.)

Se comete un delito de imprudencia temeraria cuando el resultado dañoso tuvo su exclusiva causa material y jurídica en dos importantes omisiones del conductor, que dejaron radicalmente incumplido el deber *objetivo* de diligencia que le venía impuesto, en el desempeño de su directo gobierno del carruaje por lugares concurridísimos. (S. 8 noviembre 1967.)

El artículo 565 párrafo 2.º del Código Penal castiga al sujeto que con infracción de reglamentos cometa un delito por simple imprudencia o negligencia, y fija así la figura intermedia de la escala gradativa penal culposa de nuestro Código punitivo, con base en la concurrencia complementaria de dos necesarios elementos: la culpa leve, debida a actuación poco peligrosa, según valoración social racional, que infringe un deber de diligencia *objetivo*, de condición no privilegiada o esencial, sino de entidad no amplia, exigible a las personas prudentes y de diligencia mediana u ordinaria en la vida de relación humana y actividad concreta para prever y evitar un posible aunque no corriente evento; y la infracción reglamentaria de normas, de carácter formal diverso, no penales, que se dirijan a marcar cómo deben desenvolverse las actividades humanas arriesgadas o peligrosas, en función precautoria, que eviten consecuencias perjudiciales para el orden y respeto social, y tengan o no establecida sanción administrativa policial o de tipo para el que las incumpla. (S. 16 diciembre 1967.)

Basta una infracción reglamentaria para que, en unión de la impru-

dencia leve, se genere el delito del párrafo segundo del artículo 565 del Código Penal, cuando el resultado causado por la omisión espiritual no maliciosa, pero negligente, está ligada a éste por nexo causal indudable. (S. 22 junio 1967.)

Los delitos de imprudencia temeraria y de imprudencia simple antirreglamentaria, al tener como elementos comunes, los de la voluntariedad no maliciosa, el evento lesivo y la adecuada relación de causalidad constitutivos todos ellos de la noción de imprudencia genérica, de la que resultan simples grados, y al no repudiar la forma más grave dicha la concurrencia de la conculcación de la norma administrativa, son para el penalista de difícil deslinde o separación, por ser infracciones coincidentes en su estructura e incluso en lo cuantitativo, no pudiéndose encontrar la difícil y sutil línea de separación más que en el aspecto cualitativo, representado por el alcance del deber de cuidado *objetivo* exigible al hombre en su actuar concreto, pues de omitir espiritualmente precauciones, cuidados y diligencias impuestas a todo hombre, en el desarrollo de su cometido profesional, particular o social que sean causa directa de un grave riesgo productor del evento, que mude el mundo exterior con daño de valores morales o materiales, y que podían ser fácilmente previstos, aunque no deseados realizar, se cometería el delito de imprudencia temeraria, y de no prestarse las cautelas exigidas sólo a hombres diligentes, en su actuar, originadoras del riesgo y el resultado, tampoco previsto ni requerido, en conjunción con infracción de norma administrativa, se producirá la imprudencia simple antirreglamentaria, correspondiendo al ponderado arbitrio judicial establecer la calificación de una u otra figura, en labor delicada por su relativismo y circunstanciabilidad subjetiva y objetiva, a medio del reproche de culpabilidad que la conducta merezca, en juicio de valor que derive del mayor o menor alcance de la infracción del deber exigido. (S. 15 noviembre 1967.)

Para llegar a la agravatoria de profesionalidad del párrafo 5.º del artículo 565 del Código Penal, se precisa que la impericia o la negligencia del conductor rebasen la temeraria imprudencia con actos graves que pongan en evidencia su mayor peligroso comportamiento o su gran descuido, y que sean distintos de aquellos que sirvieron de soporte para proclamarlo imprudente temerario. (S. 29 noviembre 1967.)

Quien obra con tan evidente descuido que lo aproxima al dolo, pone de relieve una manifiesta negligencia profesional, si de conductor de esta índole se trata, determinando así la aplicación de esta agravante específica, independientemente del *quantum* de la imprudencia, de la entidad de las consecuencias producidas y de la mera condición personal del sujeto activo de la infracción culposa. (S. 11 noviembre 1967.)

La «culpa inicial» en que hubiera podido incidir la víctima no revalida la posterior del acusado, que, si con el debido cuidado y diligencia pudo evitar el atropello y no lo hizo, incurrió en «culpa inmediata» causante del daño incriminado, sin que razón alguna pueda justificar que con base en una preferencia de paso legalmente atribuida se pueda legitimar la conducta de quien, por no poner de su parte el cuidado y atención exigibles en el conducir y por no cumplir el mandato reglamentario de controlar la marcha en los cruces, es «causa final» del evento dañoso producido; pues en la

colisión de los principios de «confianza» y «defensa» debe prevalecer este último, ya que, aunque los demás usuarios de la vía quebranten la confianza que cabe esperar en que observaran las normas circulatorias, debe ser prevista la inobservancia, para no acumular a la ajena imprudencia la propia. (S. 4 diciembre 1967.)

El conductor de un vehículo debe tomar medidas para evitar los accidentes que se puedan derivar del modo anormal de circular de otros conductores. (S. 24 noviembre 1967.)

La velocidad a que debe conducirse un vehículo de motor, fuera de aquellos supuestos específicos en que la norma reglamentaria o la señal circular la fijen concreta e imperativamente, es una actividad que, por obedecer a la voluntad del hombre, parece en principio plena de abstracta libertad, pero que sin embargo se relativiza y se restringe por las circunstancias personales y objetivas del caso concreto, y en especial del vehículo, carretera, topografía y circulación, por tener que llevarse en cada momento del avance traslativo la que sea capaz de estimarse no peligrosa, por ser el producto de un hacer diligente exigible en el tráfico al hombre normal, y que por consiguiente represente la satisfacción del *objetivo* deber de cuidado de toda actuación humana lícita y no reprochable, que es la que ordinariamente no genera eventos, o, de crearlos, no son debidos a la causación jurídica del hombre, aunque puedan serlo por su causación material. (S. 4 octubre 1967.)

Las señales automáticas de los semáforos que regulan el tráfico, no excluyen el cuidado de los conductores a todas las incidencias momentáneas, porque el solo cambio de luces no autoriza el libre paso amparado por la luz verde si existen obstáculos, especialmente cuando son debidos al escaso tiempo entre los sucesivos avisos del semáforo, y nunca sí el uso de su derecho puede ocasionar daños a las personas o cosas. (S. 25 septiembre 1967.)

Cfr. parágrafo 27.

34. ARTÍCULO 586 (*Imprudencia*).—La imprudencia simple, tipificada en el artículo 586, número 3.º, del Código Penal es el más leve supuesto de culpa autijurídica penal, caracterizado por una acción u omisión espiritual no maliciosa y racionalmente poco peligrosa, que infringe un deber de diligencia *objetiva*, de condición no esencial o prevalente según el juicio valorativo social sino de alcance poco dilatado o pequeño, y que, por lo tanto, no puede exigirse a cualquier hombre, sino exclusivamente a los que sean prudentes porque guardan la diligencia media usualmente mantenida en el desempeño del cometido vital de acuerdo a las circunstancias de cultura, esfera de actividad, tiempo y lugar. (S. 22 noviembre 1967.)

La culpa se construye normativamente sobre la negligencia, deber exigido, falta de cuidado, o, mejor, y en términos positivos, sobre la voluntad de una conducta peligrosa generadora natural de un daño o peligro especificado penalmente. (S. 20 septiembre 1967.)

Ausente una definición legal de culpa y generalizada la crítica por la defectuosa sistemática del Código, la incriminación culposa de un homicidio en el Título III del Libro III, faltas contra las personas, no entraña con-

tradicción si la simple imprudencia o negligencia determina la levedad de la infracción aunque el resultado sea grave, como el homicidio o las lesiones, porque el efecto será necesario para valorar el nexo causal así como su voluntariedad para estimar la culpa, pero la figura de esta falta abraza los delitos contra las personas cuando se cometen sin malicia, y lo mismo que en el artículo 565 con su gran abertura es una excepción en el Código, el 586, número 3.º, con número más cerrado, señalan tipo y sanción, donde radican delitos y faltas causadas por imprudencia o negligencia sin malicia en dos descripciones completas que contienen los elementos subjetivos y objetivos, como normas aplicables en los términos exactos en que están concebidas, y ambas figuras comprenden el delito, no porque la falta dolosa pueda nunca convertirse en delito, sino porque éste cometido por imprudencia simple o negligencia es figura penal propia, sin obstáculo en el artículo 1.º si la acción u omisión es voluntaria en cuanto al acto, no al resultado, ni el artículo 8.º en su circunstancia 8.ª porque la imprudencia no es lícita, ni el 565 por la diversa entidad de la culpa, precepto este último lindante con la malicia en sus zonas superior e inferior, ni el 407 que sanciona como doloso el homicidio, mientras el 586, número 3.º, con falta de imprudencia; y quedan cumplidos los artículos 23 y 27; no es la conjunción jurídica de los artículos 407 y 586, número 3.º, construcción absurda e imposible, aunque padezcan la técnica y el sistema, porque se ha querido sancionar conductas carentes de malicia que han producido grave mal no querido directa o indirectamente, sino con culpa leve. (S. 13 noviembre 1967.)

#### CODIGO DE LA CIRCULACION (1933)

85. ARTÍCULO 17.—El principio de ser dueño de los movimientos del vehículo, por sí solo, sin precisión concreta del supuesto en que se exige, no tiene condición reglamentaria, pues, de obligarse a guardarlo, impediría el tráfico, y, de tomarlo en la valoración de la conducta humana, se produciría una justificación de la culpa por la culpa misma, ya que es una norma de prudencia que se deja a la subjetiva apreciación del conductor que, infringida, representa imprudencia, y no una disposición de condición estricta precisa y esencialmente reglamentaria. (S. 20 junio 1967.)

86. ARTÍCULO 25.—Aunque la señalización de las vías preferentes está legalmente impuesta en el apartado e) del artículo 25, es notorio, y bien conocido que una carretera general es preferente a los simples caminos que a ella van a parar o que la cruzan. (S. 10 octubre 1967.)

#### Ley de 9 de mayo de 1950 (Automovilismo)

87. ARTÍCULO 1 (*Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*).—El delito definido en el artículo 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 es de simple conducta y dolo de peligro cuantitativamente apreciable y de manifestación real y directa, que sin exigir un resultado dañoso, aunque no lo repudie, pugna evidentemente contra el necesario bien de contenido común,

de la seguridad del tráfico, al crearse con ella un riesgo racional y de carácter ilícito, a causa de la voluntaria y libre ingestión de alcohol del conductor del vehículo en *actio libera in causa*, en cantidad suficiente para alterar su estado psico-físico, colocándose en situación de capacidad disminuida, por perturbación pasajera de sus potencias de inteligencia y voluntad, con alteración de su conciencia, privación o retardada aparición de sus necesarios reflejos y del tiempo de las reacciones, agudeza de los sentidos, postergación de la capacidad de atención y frenos inhibitorios, y con deformación general de la capacidad de juicio y raciocinio, de todo lo que se deriva que no es suficiente para incriminar una conducta de dicho tipo el conducir objetivamente en estado de simple o mínima embriaguez, sino que es preciso tenga suficiente intensidad, gravedad e influencia, con inmediato reflejo en la capacidad del conductor, y además y acumulativamente que exista al menos un riesgo inmediato, concretado y posible para causar potencialmente el evento, para la seguridad del tráfico, o para los sujetos ocupantes del vehículo tan aventuradamente gobernado. (S. 30 junio 1967.)

88. ARTÍCULO 2 (*Conducción de modo peligroso*).—Conducir peligrosamente es delito de peligro especial prevalente sobre la falta de daños, ataque peligroso y voluntario contra la seguridad penado en la Ley especial que por este carácter domina la simple falta y la consume, aparte las consecuencias civiles del daño. (S. 7 noviembre 1967.)

89. ARTÍCULO 3 (*Conducción sin habilitación legal*).—El delito de conducción ilegal de vehículos de motor, definido con norma en blanco por el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, es una infracción penal de naturaleza puramente formal o de mera actividad porque su razón de ser, más que en la defensa de la seguridad de circulación, está en la rebeldía o desobediencia al mandato legal de cumplimiento de los requisitos que el Estado exige para garantizar el ejercicio de la complicada y delicada actividad de conducir vehículos de motor, por lo que no se trata de un delito de peligro, como lo demuestra el que no se aluda o exija en el texto legal para que el tipo se produzca a la capacidad o pericia subjetiva del conductor, y sí al cumplimiento objetivo de los requisitos impuestos administrativamente para la demostración de la aptitud personal y superación de las pruebas; razón esta que impide tenga eficacia justificativa la conducta de realizar prácticas de aprendizaje en lugares no prefijados por los Ayuntamientos. (S. 27 septiembre 1967.)

Esta Sala tiene reiteradamente declarado que este delito es de naturaleza dolosa, por lo que es requisito indispensable para su existencia el conocimiento, por parte del sujeto, de que actúa carente de habilitación legal. (S. 28 junio 1967.)

Si bien esta Sala, refiriéndose a este delito, ha proclamado en alguna ocasión que la presunción de voluntariedad contenida en el artículo 1.º del Código Penal, y por ello la existencia de dolo, queda desvirtuada ante la fundada y racional aunque errónea creencia del sujeto, de obrar sin quebranto de norma punitiva alguna, ha de llegarse a tal convicción ponderando adecuadamente una serie de factores cuya real entidad y trascendencia

abone aquella conclusión, no reputándose bastante una simple indicación realizada por personal adscrito a una gestoría, frente al general conocimiento de lo inexcusable de la posesión del permiso de conducción habilitante a estos fines. (S. 3 octubre 1967.)

Cfr. parágrafo 27.

90. ARTÍCULO 5.º (*Omisión de socorro*).—En el delito de omisión de auxilio a la víctima causada por el conductor de un vehículo de motor, tipificado por vez primera en nuestro ordenamiento positivo en el artículo 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, se requiere como esencial premisa que el conductor se percate de que ha quebrantado la integridad física de alguna persona, exigencia que dimana de la propia naturaleza dolosa de este delito, regido desde luego por el principio de la voluntariedad proclamado en el artículo 1.º del Código Penal, de lo que se infiere con toda evidencia que en los supuestos de falta de conocimiento por el supuesto sujeto activo de la producción de aquel quebranto personal, debe ser improcedente la pretensión de exigencia de responsabilidad criminal alguna al amparo del precitado precepto punitivo.

En orden a la concurrencia o no de aquel requisito relativo al conocimiento de la producción de un quebranto corporal a otra persona, no cabe seguir criterio tan riguroso de acuerdo con el cual se estime preciso que el conductor del vehículo automóvil tenga, en el instante de la ocurrencia del suceso, perfecta y total noticia de haber originado un lesivo resultado, siendo por contra suficiente que, por la forma, lugar y circunstancias todas concurrentes en la anormalidad observada, sea racionalmente presumible que con toda probabilidad se originó aquel quebranto personal, ya que de otra suerte fácilmente podría eludirse esta figura delictiva de omisión de auxilio a la víctima en todos aquellos accidentes en que por no resultar afectado el mecanismo de propulsión del automóvil pudiera proseguir su marcha, pese a fuertes roces o colisiones con otros vehículos, haciendo caso omiso de la muy probable existencia de lesionados a los que no se presta asistencia alguna, y cuya real existencia se desea ignorar. (S. 2 diciembre 1967.)

91. ARTÍCULO 9.º (*Hurto de uso*).—La determinación del cubicaje de las motocicletas es necesaria para la estimación del delito de conducción sin habilitación legal pero es intrascendente para la estimación del delito de hurto de uso, por la simple razón de que la norma se refiere a vehículos de motor o vehículos automóviles, siéndolo con toda evidencia una motocicleta, expresamente incluida entre ellos en las definiciones contenidas en el Código de la Circulación. (S. 5 diciembre 1967.)

#### Ley de 24 de diciembre de 1962 (Vehículos de motor)

92. (*Entrada en vigor*).—Cfr. parágrafo 21.

93. ARTÍCULO 2.º (*Conducción temeraria*).—El delito del artículo 2.º párrafo 1.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962 es una infracción de condición culposa, de matiz formal y de peligro concreto, puesto que requiere de una

temeridad manifiesta en el conducir, no precisa del resultado que es coincidente con la simple conducta que lo embebe o representa, sin exigir mutación del mundo exterior, y sin embargo, supone un peligro determinado para el tráfico, personas o bienes por la posibilidad absoluta de producción próxima o cercana del evento, que ha de reprocharse al agente, al conducir con temeridad y peligro conjunto, cuando podía hacerlo guardando las cautelas que la situación aconsejara y el deber *objetivo* dé cuidado socialmente impuesto en evitación de riesgos en medio tan delicado y complejo como es la circulación vial, y que tan abocado está por desgracia a desencadenar tragedias y accidentes lesivos para la buena convivencia social y el bien común, que se quieren prevenir o evitar castigando tales conductas sin esperar al resultado, que de producirse desborda el tipo, al no ser elemento de la antijuridicidad de la conducta, sino condición material que eleva objetivamente la punición del acto humano, por la intervención del azar concausal en la generación del evento lesivo, según determinan los párrafos siguientes de dicho precepto.

Comparando el alcance material de los delitos contenidos en el artículo 2.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, y en igual número párrafo 1.º de la de 24 de diciembre de 1962, para, con independencia de la penalidad que marcan, precisar cuál puede ser más beneficioso para el reo según el alcance más restringido de su tipificación, aparece que esta última fórmula refiere una conducta más grave de culpabilidad y es de más difícil aparición en la realidad de hecho, ya que el precepto de 1950 castigaba al que condujere un vehículo de motor con velocidad excesiva o de otro modo peligroso para el público, dada la intensidad del tráfico, condiciones de la vía pública u otras circunstancias que aumentaran el riesgo, y el segundo sanciona igual conducta realizada con temeridad manifiesta y poniendo en concreto y eminente peligro la seguridad de la circulación y la vida de las personas, su integridad o sus bienes, pues la norma antigua era más amplia en su contenido y general, al bastar para la incriminación la conducción muy veloz, o la también peligrosa con riesgo de cualquier clase, mientras que la de 1962 exige una temeridad notoria, intensa y conocida, en conducta que requiere al menos y por ello conciencia del riesgo, sin desear el evento, aunque pueda aceptarse en su producción, pero además ha de concurrir o agregarse ese cierto y eminente peligro para el tráfico, las personas o sus bienes patrimoniales, de condición concreta y no abstracta. (S. 14 diciembre 1967.)

94. ARTÍCULO 6.º (*Conducción sin habilitación legal*).—No es igual habilitación legal, exigida antes del la Ley de 24 de diciembre de 1962, que permiso, sustantivo ahora empleado en la disposición vigente; pero si la definición de tractor se halla en el grupo de automóviles, párrafo 5.º del artículo 4.º del Código de la Circulación, por esta misma cualidad se incardina en el artículo 6.º de la Ley citada; su conducción requiere el reconocimiento de las leyes para circular, y, sea permiso o tarjeta de tractorista, siempre va precedido de una prueba de aptitud no vencida por quien carece de toda autorización y es en potencia un peligro que tratan de evitar las normas. (S. 13 noviembre 1967.)

Conducir un vehículo automóvil sin estar legalmente habilitado para ello es delito de peligro abstracto y el hurto de uso del mismo vehículo es delito de lesión, sin subsidiariedad, porque ninguno de los actos completa un tipo al cual el otro se subordine; no rige entre ellos la regla de especialidad, porque ambos tienen este carácter, ni la consunción, pues la conducción ilegal no absorbe el hurto de uso, bienes jurídicos diferentes el de los artículos 3.º y 9.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, la seguridad en el tráfico de los derechos dominicales de uso propios del dueño; actos los dos que constituyen figuras penales plenas, sancionables por separado según el artículo 69 del Código Penal. (S. 30 noviembre 1967.)

# Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo)

Segundo cuatrimestre de 1968

FERNANDO GIBERT CALABUIG  
Del Instituto Español de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: Principios del proceso penal: Principio acusatorio.—II. PARTE GENERAL: 1. Organismo Jurisdiccional: A. Jurisdicción: a) Extensión: Limitación del principio de legalidad: Solicitud de indulto. b) Prejudicialidad civil. c) Delimitación de la jurisdicción militar.—B) Competencia: a) Fuero del lugar de comisión. b) Concurso real de delitos. c) Cuestión de competencia entre Audiencia provincial y Magistrado de lo penal.—2. Partes: A. Derecho de defensa del inculcado.—B. Legitimación en delitos privados.—C. Litisconsorcio pasivo en el delito de adulterio.—D. Responsable civil subsidiario: Actos propios.—3. El proceso penal *strictu sensu*: A) La instrucción preliminar: a) Incoación de oficio. b) Examen mental del inculcado: No procede.—B) Desarrollo del proceso: a) Prueba: Pericial médica improcedente. b) Artículos de previo pronunciamiento: Prescripción. c) Juicio oral: Conclusiones definitivas.—C) Terminación del proceso: Sentencia: a) Relación de hechos probados. b) Pronunciamiento sobre responsabilidad civil.—4. Efectos económicos del proceso: Pronunciamiento sobre costas.—5. Impugnación del proceso: A) Recurso de casación: a) Casación por infracción de Ley: a') Al amparo del artículo 849, núm. 1.º b') Al amparo del núm. 2.º del artículo 849: Documento auténtico. b) Casación por quebrantamiento de forma: a') Denegación de diligencias probatorias (art. 850, núm. 1.º). b') Falta de claridad de los hechos probados (art. 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') No resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851, núm. 3.º). f') Punición por un delito más grave (art. 851, núm. 4.º). c) Legitimación para recurrir: Defensa de derechos propios. d) Intervención del responsable civil subsidiario. e) Adhesión improcedente.—B) Recurso de revisión: Estimación al amparo del número 4.º del artículo 954.—III. PARTE ESPECIAL: Procedimiento de urgencia: Denegación de prueba testifical.

## I.—INTRODUCCION

*Principios del proceso penal: Principio acusatorio:* El principio acusatorio informa nuestra Ley procesal. (Sentencia 20 junio 1968.)

## II.—PARTE GENERAL

## 1. ORGANISMO JURISDICCIONAL.—A. JURISDICCIÓN.

a) *Extensión: Limitación del principio de legalidad: Solicitud de indulto*  
Ausente el Juez Penal de la facultad de incriminar tipos en función de puro arbitrio, por impedirlo el principio de la legalidad a que se afilia la dogmática española, y que lo otorga o asigna exclusivamente al legislador, sin embargo, puede aquél, al realizar su función individualizadora de juzgar las conductas, enmarcándolas y sancionándolas, de acuerdo con las normas establecidas legislativamente, dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 2.º, párrafo 2.º del Código penal, proponiendo al Gobierno, la atenuación de la pena resultante, a medio del indulto, cuando estime en conciencia que el delito juzgado, resulte excesivamente penado en el caso concreto, debiendo operar así, para corregir la desproporcionada, fría y excesiva justicia, a medio de un juicio equitativo, que temple, la *acerbitas* y *duritia*, por medio de la aplicación de los más altos principios de la ética cristiana y natural, de tanta raigambre como son los de las *caritas*, *humanitas* y *benignitas*. (Sentencia 3 mayo 1968.)

b) *Prejudicialidad civil*: En líneas generales los delitos contra la propiedad tienen en nuestro Derecho una base extrapenal representada por la necesaria asignación del dominio o la posesión a título de dueño, a persona distinta del acusado, que viene a ser el sujeto pasivo destinatario del delito. Este inexcusable presupuesto de ser «de ajena pertenencia» la cosa o bienes afectados por la realización del delito, es de ordinario de fácil acreditación, pues el imputado no suele negar el dominio de la víctima, y para entender cumplida esta exigencia probatoria basta acreditar la preexistencia en el patrimonio del perjudicado de las cosas en cuestión, justificación muchas veces formularia, por que no discutida la relación dominical y cuando menos implícitamente reconocida, no se reputa usualmente necesarios mayores probanzas. En contrario sentido a veces ocurre, como en el caso de autos, que el acusado no sólo no reconoce el ajeno dominio sino que expresamente lo impugna pretendiéndose único de los bienes sobre los que gravitó su actuación dispositiva que, según la posición acusatoria, era animada de un claro y doloso propósito defraudatorio. En estos casos, cuando no existe en favor de la supuesta víctima un título fehaciente e indiscutible que eficazmente justifique la propiedad discutida o que por lo menos enerve el alegado por el reo; el acusador que pretende imputar y logran condena, ha de probar cumplidamente la realidad y certeza de su dominio, bien por aparecer fundado en un título auténtico o en actos indubitados de posesión (art. 6.º de la L. E. Criminal), en cuyos casos es posible que el Tribunal Penal decida la cuestión dominical, fundamental y básicamente prejudicial «al solo efecto de la represión»; o puede acaecer que no exista la autenticidad documental o los actos posesorios indubitados, en cuyo caso, dada la contraposición, es menester que las partes acudan directamente, o que incluso el Tribunal de Instancia tome por sí y de oficio la iniciativa, de provocar la pertinente cuestión prejudicial remisible al Tribunal Civil competente, con la apertura consiguiente de una crisis suspensiva del curso del proceso penal hasta la definitiva reso-

lución de la cuestión prejudicial que se hubiera planteado. Cuando las partes ni tampoco el Tribunal provoca la cuestión prejudicial, siendo como imprescindible afirmar o negar decisoriamente en la sentencia penal la exigencia del delito imputado, como ello requiere a su vez la previa afirmación de que el dominio que se dice defraudado no pertenecía al acuerdo, ni del mismo podía disponer válidamente, no será posible en ocasiones como la presente, en que si bien existe un documento privado que sólo aparentemente predica una determinada atribución dominical, la razón origen y motivo de esta adquisición permanece de tal forma indeterminada, sin que aparezca la razón del título legítimo por el cual se vino a adquirir la mitad del condominio de la finca en cuestión, que ante la complejidad de las relaciones jurídicas controvertidas obligó al Tribunal Provincial a una prudente abstención, y obliga a este Tribunal de Casación a mantener tal postura, ya que no es posible afirmar que el querellante adquiriese válidamente la aludida participación de la finca, y faltando esta base de atribución dominical civilística, falta también el presupuesto básico de comisión del delito previsto y penado en el artículo 531 del Código penal, que acusatoriamente se imputaba al querellante recurrido, pues no se puede afirmar en este trance que se fingió dueño de una cosa inmueble, por no ser posible afirmar tampoco, que la cosa primero gravada y después enajenada, era ni en todo ni en parte de ajena pertenencia, si bien nada obstará, a que en la vía civil correspondiente puede discutirse ampliamente, si querellante y querellado eran dueños de la finca, o ésta pertenecía por entero al querellado, con la sola consecuencia de que si como debió hacerse en la vía civil se hubiera justificado previamente el condominio, hubiera sido posible incriminar por el citado artículo 531 del Código penal, mientras que no habiendo procedido tal declaración y no adverado el dominio faltará la condición originaria para el delito de estafa por el que se le acusaba, y estando prohibida en nuestro Derecho la «absolución en la instancia» menester será desembocar, como ya hizo la sala de instancia, en un fallo absolutorio extensivo a la falsedad, que no cabe deducir de la resultancia probatoria del fallo recurrido, absolución que será inconvencional y creará cosa juzgada material, aunque después y en distinta vía se llegará a reconocer el discutido condominio. (Sentencia 6 mayo 1968.)

Viene definida la firmeza de las sentencias civiles en el artículo 369 de la correspondiente Ley de Enjuiciamiento, como aquellas contra las cuales no quepa recurso alguno o hayan sido consentidas por las partes, régimen procesal que no detuvo a la Audiencia Territorial de X. al encomendar al Ministerio Fiscal la acción penal, y a la Audiencia de la Provincia para atender la querrela y tramitarla sin observar la dicha condición de procedibilidad, momento en que era fácil la rectificación, pues al enterarse las partes suplantadas en los procedimientos civiles pudieran optar por los recursos o no ejercitarlos dando firmeza a las sentencias objeto de acusación, si bien su comparecencia en el proceso castrense o en esta causa, aun sin ser antes notificados, constata su conocimiento de las dichas resoluciones y, sin embargo, no acuden a los recursos ordinarios o extraordinarios, consentimiento tácito, válido para afirmar las sentencias, sin el rigor formal impediendo pues la calificación penal de las demandas, escritos y pruebas reportan en sus falsedades firmeza suficiente para condenar en esta causa, al hilo del precep-

to citado de la Ley Orgánica, sin necesidad de recurrir en lo civil quienes en realidad no son parte procesal, pues no pueden confundirse unas garantías civiles con la sanción de delitos e impedir la seguridad pública y la recta administración de justicia ante lo que sólo es obstáculo razonable contra el abuso de que podrían de otro modo ser objeto los funcionarios; la condición de procedibilidad transformada ahora en condición de punibilidad no es obstativa o excluyente de la pena, porque conocidas las resoluciones y no recurridas ni aun por el artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son firmes con evidente injusto penal que no pende de la firmeza de juicios vaciados de contenido y desarrollo procesal que detiene, cuando es normal, la acción punitiva hasta adquirir la repetida firmeza, utópica en este caso, así no ser forzoso el ejercicio de los recursos. (Sentencia 30 mayo 1968.)

c) *Delimitación con la jurisdicción militar*: Esta Sala de competencias tiene resuelto por auto de 30 de marzo de 1960, de acuerdo con la tesis contenida entonces por la Jurisdicción Militar, que corresponde a la ordinaria el conocimiento de los delitos no militares cometidos por los miembros de la Guardia Colonial de Guinea cuando se encuentran en la situación del artículo 312 del Reglamento de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 6 de abril de 1943 (R. 1944, 941 y Dic. 16128), o sea, en sus casas sin prestar servicio ni percibir haberes, sin más obligación que la de presentarse cuando fuesen llamados en caso de guerra o de alteración de orden público; situación de permiso indefinido que ya fue equiparada a la de reserva, a estos efectos, por sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1912, y que recoge como análoga el artículo 14 del nuevo Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 en su redacción de 1949, «mencionando el permiso ilimitado como situación» referida a los que se hallan separados del servicio hasta que reciban su licencia absoluta, porque en esas situaciones, el soldado, desvinculado de todo servicio militar y reintegrado totalmente a la vida civil no puede gozar de un fuero concedido por razón de un servicio que no se presta, y ha de ser juzgado, por tanto, por la jurisdicción ordinaria cuando delinca en esa situación; jurisdicción además que por ser atractiva y supletoria, no puede ceder ante casos que no estén expresamente atribuidos a otra, como ocurre en el que motiva la presente cuestión, en que el presunto inculpado no tiene más relación actual con el Ejército que la posibilidad de ser llamado a incorporarse al mismo en esos momentos de emergencia; y como así se ha entendido otras veces al resolver estas cuestiones, procede mantener la misma doctrina y resolver la presente cuestión a favor del Juez de distrito de Fernando Poo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 9 y 14 del Código Castrense al no tratarse de delito comprendido en dicho Código ni cometido en lugares en que dicha jurisdicción especial atraiga la competencia por razón del territorio. (Sentencia 26 junio 1969.)

De lo actuado hasta el presente momento procesal, no puede determinarse claramente si la responsabilidad penal es del paisano, del militar o de ambos, lo que obliga, sin perjuicio de posteriores actuaciones, a resolver la competencia a favor de la jurisdicción ordinaria en debido acatamiento a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 18 del Código de Justicia Militar. (Auto 1 julio 1968.)

B.—*Competencia*: a), *Fuero del lugar de comisión*: Fue librado en Viella el cheque de descubierto para pago de la deuda contraída en dicha localidad, contra la cuenta corriente en la sucursal del Banco Central de Zaragoza y entregado en la Sucursal del mismo Banco de Viella, para su curso; delito del artículo 535 bis del Código penal, de simple actividad consumado en el acto del libramiento donde se reunieron los elementos subjetivo y objetivo, aunque hubiera de agotarse en Zaragoza para sus ineficaces efectos naturales; por el artículo 14, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde la competencia al Juzgado de Instrucción de Viella. (Auto 28 junio. 1968.)

b) *Concurso real de delitos*: El problema a resolver se refiere al concurso real de delitos con pluralidad de acciones y de figuras delictivas, en la nueva vertiente establecida en el último párrafo de la regla 2.ª del artículo 70 del Código penal, modificada por la Ley de 8 de abril de 1967 (R. 700 y Ap. 51-66, 2505), ampliando el tiempo máximo de duración de la condena del culpable a las penas impuestas en distintos procesos, si los hechos por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno sólo; situando el tema en la esfera procesal, concretamente en el número 5 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que abarca dentro de la conexidad los diversos delitos imputables a un procesado, al incoarse contra el mismo causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí a juicio del Tribunal y no hubieran sido hasta entonces objeto de procedimiento. Centrada la cuestión, debatida como lo hace el recurrente, en las condenas pendientes de cumplimiento por el procesado correspondiente a las causas antes citadas, examinándolas a través de los preceptos penal y procesal aludidos y del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento, también en su nueva redacción, se llega a la conclusión, como lo efectúa la Sección de la Audiencia Provincial en el Auto objeto de recurso, de no ser posible la aplicación de la regla 2.ª del artículo 70, los hechos sumariales de una y otra causa acaecieron en interregno de tiempo de tres años, al incoarse la segunda se encontraba totalmente terminada la primera, imposibilitando su enjuiciamiento en un solo proceso, como la Ley exige y viene declarando la doctrina de esta Sala (Autos de 10 de septiembre de 1942, 30 de septiembre de 1965 y 2 de abril de 1968), y aunque pudiera apreciarse cierta relación de conexidad, dada la naturaleza de los delitos por los que fue condenado el procesado en una sentencia como autor de delitos de estafa y en la otra como cómplice de múltiples delitos de la misma clase, no puede jugar la norma de conexidad en toda su amplitud en atención a la diversidad de sujetos intervinientes, en la primera fue condenado el recurrente en unión de otros dos agentes y en la segunda juntamente con el autor de los delitos de estafa que también lo fue por falsedad y con diferentes personas más, castigadas como cómplices y encubridores, todos los sancionados en esta segunda distintos de los condenados en la primera, con sujetos pasivos asimismo diferentes, siendo hechos tan distintos, que aún puestos al mismo tiempo en conocimiento de un solo órgano judicial hubieran exigido procedimientos separados, pues aparte de haber intervenido en uno el procesado como factor principal (autor), y en el otro como elemento secundario (cómplice), los demás sujetos participantes de número crecido y rele-

vancia positiva, rompen el nexo de unión de los hechos. (Sentencia 17 junio 1968.)

c) *Cuestión de competencia entre Audiencia provincial y Magistrado de lo penal*: (El Juzgado de Instrucción de Granada, número 2, sigue diligencias preparatorias por hurto de uso de un automóvil, en las que aparece como inculpado Eugenio M. G., el cual, sobre las veintidós horas del 22 de junio de 1967, se apoderó de un coche turismo y marchó en él hasta las cercanías de Málaga donde lo dejó abandonado por falta de combustible. Al siguiente día volvió a sustraer en Málaga otro automóvil, cuyo vehículo usó durante más de veinticuatro horas.

El Magistrado de lo Penal de la Sección II de la Audiencia de Granada, por entender que el automóvil hurtado en Granada fue solo usado por el inculpado durante unas horas, y en cambio utilizó durante más de veinticuatro el que hurtó en Málaga, estima que ambos hechos son conexos en virtud del artículo 17, número 5, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordó inhibirse del conocimiento de las actuaciones en favor de la Audiencia Provincial de Málaga, por estar señalada mayor pena al delito cometido en esta ciudad.

La Audiencia de Málaga, por el contrario, sostiene que ambos hechos enjuiciados, son totalmente independientes, no existiendo razón alguna de analogía que justifique la conexión, por lo que deben tramitarse por separado ambas causas, todo lo cual le lleva a no aceptar el conocimiento del hurto cometido en Granada.)

Sin entrar a decidir el problema que plantea el Ministerio Fiscal, es decir, si para resolver el conflicto es competente la Audiencia Territorial de Granada en pleno, por aplicación del número 3.º del artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o lo es esta Sala 2.ª del Tribunal Supremo, conforme al número 4.º del mismo artículo, se hace preciso examinar en esta oportunidad, por afectar al orden público, si la presente cuestión está correctamente planteada y habida cuenta que los órganos que contienden son, de una parte, la Audiencia Provincial de Málaga y, de otra, el Magistrado de lo Penal de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Granada, de cuyas decisiones cabe apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial, es visto que la cuestión ha sido planteada por un órgano jurisdiccional de inferior rango al de su contendiente, por lo que se está en el caso de declarar mal formada dicha cuestión que promueve el precitado Magistrado de lo Penal de Granada a la Audiencia Provincial de Málaga. (Auto 5 julio 1968.)

2. *Partes*: A.—*Derecho de defensa del inculpado*: El derecho del procesado a aportar cuantas demostraciones permitan su defensa exculpatoria o atenuatoria de la acusación que sobre él gravita, no puede cohibirse, porque se desconocería un derecho primario, esencial e inviolable de la persona humana, para no aparecer como culpable ante el órgano jurisdiccional. (Sentencia 3 mayo 1968.)

B.—*Legitimación en delitos privados*: El presupuesto de procedibilidad discutido, la legitimación de la madre de la agraviada en el delito de estupro para denunciar cuando la hija era ya de veintiún años, condiciona la iniciación del proceso y precede a los defectos formales alegados en el motivo

primero, y tal supuesto es abrazadera de los motivos segundo y tercero que versan también sobre la incapacidad de la denunciante; fue presentada la denuncia en 10 de enero de 1964 cuando la hija, nacida en 2 de septiembre de 1942, había cumplido los veintiún años, edad de la mayoría legal que la confiere el ejercicio de sus derechos civiles y, según el artículo 443 del Código penal, el de accionar en el delito de estupro con preferencia excluyente sobre su madre, regla no observada en el procedimiento que terminó con la sentencia recurrida, pero declaró acusatoriamente al folio 10 del sumario en 21 de enero del mismo año y se careó con el acusado en 25 del mismo mes, ratificación de la denuncia materna, convalidó la acción al personarse en forma el 8 de octubre de 1965; no se violó el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal referido a los perjudicados, porque la ofendida, conforme al 109, no fue instruida de su derecho de mostrarse parte hasta que la Sala sentenciadora, por incierta interpretación de los artículos 434 al 436 del Código, estimó que la protección legal abarcaba a los menores de 23 años y no les concedía el derecho de acusar hasta esa fecha, por eso, no provocó su presentación antes de cumplir los veintitrés años; mas comparecida anteriormente para acusar en su declaración y mantenerla en el careo ha de considerarse convalidada de denuncia. (Sentencia 16 mayo 1968.)

El procesado en sus conclusiones definitivas se limitó a negar que los hechos fuesen constitutivos de delito y a solicitar la absolución, sin oponer nada a la legitimación del denunciante, tío y representante de hecho de la menor, así dice la sentencia de instancia, y que por tanto, está incluido como «guardador de hecho», entre las personas que puedan denunciar esta clase de delitos; y ahora se alega que no es el denunciante la persona a quien por prelación correspondía hacer la denuncia, según el artículo 443 del Código de Derecho sustantivo; y sin negar el orden de preferencia con el que se designa en el párrafo 1.º de este artículo las personas que puedan denunciar o ejercitar la acción penal en los delitos que enumera y aun cuando pueda llegar a estimarse que esa preferencia pueda ser gradualmente excluyente, no puede decirse que hay falta de legitimación, ya que el sumario fue iniciado a base de la denuncia de un tío de la ofendida, que se afirma por el Juzgador, es representante, que equivale a guardador, de hecho de la menor, dato fáctico inmodificable en este trámite, por no ser dable su variación dentro del cauce procesal elegido, y se ha continuado el proceso sin oposición de las personas que podían tener preferencia para denunciar, a cuya existencia no hace alusión alguna el relato, y con la intervención del Ministerio Fiscal por el carácter semipúblico del delito de abusos deshonestos, fundamento de que la facultad de promover el procedimiento no está reservada exclusivamente a las personas perjudicadas mediante la formalización de querrela, y cuya actuación del representante de la Ley al hacerse eco de la denuncia, consolida digámoslo así, la legitimación que en su inicio tenía; por todo lo que procede rechazar el segundo motivo y último, que con igual base procesal que el anterior, alega indebida aplicación del mentado artículo 443 del Código penal. (Sentencia 7 junio 1968.)

C.—*Litisconsorcio pasivo en el delito de adulterio*: El adulterio resulta en virtud de lo dispuesto en el artículo 450 del Código penal un delito estrictamente privado que deja en libertad al marido para, atendiendo a los

motivos que forjen su voluntad en defensa de los intereses familiares, facultativamente exigir la punición, por la infidelidad y desorden que supone en la esposa, a medio de la formulación de la querrela que opere como condición objetiva de procedibilidad, dirigida contra ambos culpables, si uno y otro vivieron, patrocinándose en esta exigencia de especial litis consorcio pasivo necesario, una igualdad penal para el co-reo del adulterio, que se asienta en razones morales y humanas indudables, y que no puede interpretarse con criterio estricto, ante situaciones especiales no previstas por el legislador, sino de manera amplia, de no existir razones obvias que hicieran injusta la extensión, que no es contra el reo, al ser técnica y no procesal probatoria, y por defender intereses sociales y jurídicos superiores; por lo que este Tribunal Supremo ha permitido el ejercicio de la acción para castigar el adulterio de la esposa, cuando se desconozca el varón que yació con ella, para no dejar impune la afrenta y la ocultación alcanzada —Sentencias de 17 de enero de 1889 y de 24 de octubre de 1894—, y en el supuesto de que el hombre realice el ayuntamiento íntimo, desconociendo la condición de casada de la mujer —Sentencia de 31 de diciembre de 1913—, así como en el de querrela contra uno solo de los adúlteros culpables si el otro falleció, porque el requisito de dirigirla contra los dos, sólo procede «si uno y otro viviesen», y no es impune el delito por haber muerto la adúltera antes de querrellarse el marido, pues tal interpretación pugna con el artículo 112, número 1.º del Código penal, que limita al reo fallecido la extinción de su propia y exclusiva responsabilidad penal. Sentencia de 16 de abril de 1948. En igual línea interpretativa, la añeja resolución de esta Sala de 16 de enero de 1875, estableció no poderse acoger la alegación de que la rebeldía de coautor de adulterio, impedía la condena de la mujer casada infiel, confirmando la sanción impuesta a ésta, por ausencia procesal de aquél, siendo exacta esta doctrina y digna de continuar manteniéndose, puesto que, si conocidos los adúlteros, se dirige la querrela contra ambos, queda cumplida la exigencia única que establece el artículo 450 del Código penal, y si en el curso del proceso uno de ellos se coloca en voluntaria situación de rebeldía procesal, el precepto aplicable es el 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que claramente dispone que «si fueran dos o más los procesados y no a todos se les hubiera declarado en rebeldía, se suspenderá el curso de la causa respecto a los rebeldes hasta que sean hallados y se continuará respecto a los demás», con solución justa que no pueda ser cohibida en ningún caso, ni por lo tanto en el adulterio, ya que la norma penal antes citada, no exige que el juicio se celebre contra los dos, sino que contra ellos se entable la querrela, ni la técnica penal impone en su alianza con lo procesal, una coautoría indivisible con efectos paralizadores de la acción, lo que tendría que determinarse por norma expresa inexistente, por contrariar al derecho de persecución y punición, y podía prestarse a voluntarios subterfugios contrarios a la finalidad de actividad y decisión a que tiende todo proceso penal, sin que represente la condena de uno de ellos, la sanción del ausente, porque además de no imponerse en el proceso criminal ordinario, en el caso que sea habido ha de ser juzgado, con todas las garantías judiciales y con independencia de criterio, sin limitaciones que provengan de la resolución anterior, no pudiéndose por lo demás ser protegibles situaciones de con-

macia en beneficio de los presuntos culpables. En atención a la doctrina expuesta, es evidente que no puede tampoco acogerse el segundo motivo del recurso, porque la rebeldía voluntaria en que se colocó la mujer querrellada, luego de tramitarse el sumario y de calificarse la causa con su presencia y antes de celebrarse el juicio oral, no puede impedir que sea juzgado el otro querrellado y condenado, si la Sala de instancia lo estima autor del delito de adulterio, como lo estimó en el caso de examen en su sentencia que en tal sentido ha quedado firme, al no haberse combatido en el recurso la decisión. (Sentencia 27 junio 1968.)

D.—*Responsable civil subsidiario: Actos propios*: Se denuncia la omisión de la citación del responsable civil subsidiario (se refiere a la entidad «Corsan»), sobre lo cual es de significar que el responsable civil «Corbian» fue declarado como tal por el Instructor en el sumario, procediendo éste a prestar las garantías que le fueron exigidas, y aunque en las calificaciones provisionales de las partes acusadoras se nombraba parte civil responsable a la entidad «Corsan», de nombre parecido y fácil de confundir con «Corbian», la Sala de instancia no citó al juicio a aquélla pero sí a la última, y así como en el sumario la parte dicha no protestó en modo alguno de ser considerada parte civil subsidiaria, tampoco lo hizo en el trámite del plenario, y en el acto del juicio compareció para suscitar en el último extremo la cuestión de no ser parte civil, aunque ello ya se había debatido en ocasiones anteriores, incluso en un primer señalamiento de juicio, en que se acordó la suspensión para la práctica de una información suplementaria, que no fue favorable a la pretensión de «Corbian», por demostrarse ser tales entidades en unión de la «Firmes», manifestaciones de una sola empresa por ser filiales unas de otras, como pone de relieve el examen de las actuaciones respectivas, teniendo relaciones especiales hasta el punto de cederse entre sí los empleados y obreros, como sucedió en el caso del procesado en estos autos; de todo lo cual resulta que si la entidad recurrente «Corbian» compareció a juicio, es porque era responsable civil subsidiaria declarada legalmente por el Juzgado primero y después por la Sala, no pudiéndose ver en su actuación procesal otra cosa que tal cualidad, consentida en algunos aspectos esenciales fundando su recurso en razón que no le compete, cual es arrogarse el derecho de otro (la entidad «Corsan»). para hacer la denuncia que hace que sólo puede ser de carácter personal, alegando por otra parte la infracción del artículo 793, párrafo 2.º (en la redacción vigente a la sazón de los hechos), al decir que la Sala de instancia debió hacer la declaración de responsabilidad contra «Corsan», según este precepto, lo que tampoco es cierto, porque el mismo establece que en el caso de pedirse por el Fiscal el cambio de persona civilmente responsable de modo subsidiario, la hará por medio de Auto, «si lo estima oportuno», cosa que en el caso de que se trata, el Tribunal no consideró procedente. (Sentencia 25 junio 1968.)

3. *El proceso penal «stricto sensu»*: A.—*La instrucción preliminar*: a) *Incoación de oficio*: Cuando se producen hechos que ofrecen caracteres de delito y el Juez incoa de oficio el correspondiente sumario, al tener noticia de ellos por cualquier conducto, el conocimiento de los mismos le adquiere por razón de su cargo, por ser sus funciones permanentes, sin distinción de tiempo y lugar en que aquéllos se cometan ni del momento en que llegue a

saberlos causados; y llevados al sumario como motivo originario de su incoación, forman el contenido de él, del que el Juez entiende como tal, sin que el testimonio de éste en relación con ellos, pueda llegar al juicio si no es en la forma señalada en el último párrafo del artículo 703 de la mentada Ley, pues, que en otro caso, y en sumario que se incoara de oficio por delito público, podrían las partes exigir su comparecencia, apartándole de su trascendental función, y en perjuicio de ella, sin mayor garantía de defensa, al poder ejercerla por el cauce significado. (Sentencia 22 mayo 1968.)

b) *Examen mental del inculpado: No procede*: El motivo de recurso demanda que se declare la infracción de los números 1.º y 2.º del artículo 8 del Código penal y artículo 380 de la Ley Procesal Penal, porque aparece probada la mala salud mental de los procesados, que tienen edad mental inferior a los nueve años, tratándose de dos enajenados sin conocimiento de sus actos, no habiéndose practicado la diligencia sobre discernimiento a que se refiere el citado precepto procesal; argumentación que en modo alguno puede ser acogida a los efectos formulados, porque una cosa es la edad natural o física de los interesados (de cuarenta y uno y treinta y nueve años de edad a la fecha de dictarse la sentencia impugnada), y otra distinta es la edad mental o coeficiente intelectual, de lo que resulta que siendo los procesados de edad física superior a los dieciséis años, no puede en modo alguno aplicárseles otras disposiciones y otro procedimiento que el de los mayores de edad penal y por la Jurisdicción Ordinaria, pues en otro caso hubieran sido sometidos a la del Tribunal Tutelar de Menores, sin perjuicio de aplicar por aquella Jurisdicción competente la atenuación que pueda deucirse de su estado mental y a tenor del Código penal aplicable, y así lo ha hecho en este caso el Tribunal de instancia reconociendo ser aplicable la causa de atenuación 1.ª del artículo 9 de dicho Cuerpo legal (Considerando 3.º), por lo que no es han infringido los preceptos sustantivos que el motivo señala como tampoco el de carácter procesal dicho antes, sólo aplicable a los casos de edad física o natural entre los nueve y los quince años de edad, y que hoy está condicionado a la primaria aplicación de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido de 11 de junio de 1948). (Sentencia 20 junio 1968.)

B.—*Desarrollo del proceso*: a) *Prueba: Pericial médica improcedente*: Si bien es cierto que la defensa del procesado en su escrito de conclusiones provisionales, propuso entre otros, como medio de prueba, la pericial médica consistente que por el Forense, con base a un dictamen unido al folio 8 del sumario, la ampliase en el sentido de si el procesado es el autor de los hechos y padre del menor, con referencia a los síntomas externos con relación a las leyes de la herencia, oficiándose además a la Escuela de Medicina Legal de M., para que dictaminara sobre la paternidad, previa extracción y remisión a la misma sangre, uñas y pelo del procesado y del niño, prueba denegada por el Tribunal estimándola contraria a lo dispuesto en la Ley, formulándose la oportuna protesta a efectos de interposición de este recurso; denegación de prueba acertadamente acordada, en primer lugar porque el dictamen pericial del folio 8 se circunscribe al estado físico mental de la víctima, sin relación alguna ni con el recién nacido, ni con

el procesado, después porque en todo el Capítulo VII del Título V de la Ley Procesal, no existe precepto alguno que apoye la exigencia de dicha prueba y, fundamentalmente, por ser necesario para su realización, contar con el consentimiento de los representantes legales del niño, al objeto de verificar la extracción de sangre, pelo y uñas, no constando en ningún momento haberse solicitado y obtenido. (Sentencia 15 junio 1968.)

b) *Artículos de previo pronunciamiento: Prescripción*: De acuerdo con lo previsto en los artículos 112 a 114 del Código penal, la responsabilidad criminal se extingue por prescripción del delito, estableciéndose el término de cinco años cuando la Ley señala pena cuya duración no exceda de seis, comenzando a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, interrumpiéndose la prescripción desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que se paralice el procedimiento, preceptos que se citan como infringidos en el único motivo de casación subsistente, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse aplicado por la Audiencia Provincial en la sentencia que dictó, condenatoria por delitos de falsedad en documento oficial cometidos por particular y por faltas de estafa, pese a que el procedimiento estuvo paralizado desde el día 5 de julio de 1955 hasta el 16 de septiembre de 1960, lapso de inactividad procesal en efecto suficiente a los fines pretendidos en este recurso, pese a haberse dictado por la Audiencia Provincial en 22 de noviembre de 1958 determinada providencia, ya que en la fecha primeramente indicada —5 de julio de 1955—, acordó la Sala comunicar por cinco días la causa a los procesados para calificación provisional, entendiéndose con los respectivos Procuradores, sin que se prestara cumplimiento a tal acuerdo, apareciendo luego el proveído de 16 de septiembre de 1960, en el que por igual término de cinco días, e idéntica finalidad de evacuar el trámite de calificación provisional, se decreta la comunicación de la causa al Instituto Nacional de Previsión, en su calidad de acusador particular, esto es, el trámite procesal pertinente —calificación provisional— permaneció en la más absoluta paralización durante un lapso de tiempo superior a los cinco años que en este caso el Código penal demanda, a efectos del instituto de la prescripción extintiva de la responsabilidad criminal, y no puede reputarse interrumpido por la antes aludida providencia de 22 de noviembre de 1958, situada por lo tanto entre aquellas fechas inicial y final del cómputo, en cuanto en ningún sentido vino a impulsar el curso del proceso ni le afectó en forma alguna, por constreñirse su extemporáneo contenido a tener por comparecido a cierto Procurador en representación de otro acusador particular, sin pretensión alguna inmediata en tal sentido, porque esa misma parte se hallaba personada desde el inicio de la causa en el año 1950, habiéndose operado simplemente un cambio de Procurador, por fallecimiento del primitivo, con aprobación de escrito y poder en 1952. (Sentencia 24 junio 1968.)

c) *Juicio oral: Conclusiones definitivas*: En la fase de debate, el acto complejo del juicio oral contiene el momento de establecer en forma decisiva la relación procesal por medio de las conclusiones definitivas de las partes, las cuales someten al enjuiciamiento del Tribunal las cuestiones de hecho y de derecho. (Sentencia 17 mayo 1968.)

C.—*Terminación del proceso: Sentencia: a) Relación de hechos probados:* Toda resolución judicial-penal, como expresión formal de un criterio lógico-jurídico, ha de contener un relato de hechos probados, que conceptual y semánticamente sea inteligible, en sus expresiones gramaticales y en su discurso narrativo, que de la manera más llana y evidente perfile los acacimientos constitutivos de la conducta juzgada, sin que por lo contrario manifieste hipótesis, dudas insalvables, inconexiones lógicas, vacilaciones dubitativas y trascendentales, o relato incomprensible, que impidan conocer a medio de una interpretación común, lo sucedido, con certeza y garantía de ser la verdad real, de la que necesariamente partir para la adecuada calificación delictual y fallo absolutorio o condenatorio, dándose contra esta defectuosa construcción, el recurso de casación por quebrantamiento de forma, que autoriza el artículo 851, número 1.º, inciso 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se estiman probados, pues sobre base tan endeble, no puede juzgarse con garantías de acierto, y el juicio resultaría inseguro por aventurado o imposible. (Sentencia 3 mayo 1968.)

Es doctrina aceptada por esta Sala que aun cuando en el primer Resultando de la sentencia de instancia, en el que se relatan los hechos realizados por el procesado, no conste explícitamente que se declaran probados, es suficiente si por la forma de su redacción y por su contenido mismo se viene en conocimiento de que todos los que se relacionan en aquél los estimó probados el Tribunal *a quo*, lo que se proclama ya de modo expreso en el primer considerando de la resolución recurrida, por lo que, aunque este lugar de la sentencia no sea el adecuado para hacer esta declaración, no puede afirmarse que se dejó de cumplir el requisito que sobre este extremo exige la regla segunda del artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia 31 mayo 1968.)

b) *Pronunciamiento sobre responsabilidad civil:* No debatida más que la cuestión de la responsabilidad penal, entra en juego la reiterada doctrina de esta Sala cuando declaró, glosando el número 3.º del artículo 851 de la Ley, que los puntos que debe resolver la sentencia de instancia «no pueden ser otros que los del contenido de los escritos de calificación» —Sentencia de 27 de octubre de 1960—; como anteriormente interpretando el artículo 742 declaró: a) Que para que la sentencia que ponga fin al proceso penal pueda contener un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil directa o subsidiaria, de una persona no responsable en la esfera punitiva de la infracción sancionada, es requisito indispensable, exigido en el párrafo 2.º del artículo 742 en relación con sus concordantes 650, 652, 734 y 736 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que las cuestiones referentes a la responsabilidad hayan sido objeto del juicio o en otros términos, que en tiempo y forma se haya propuesto el problema al Tribunal y frente a la persona que se estime responsable civil del hecho perseguido —Sentencia de 31 de enero de 1948—; y b) Tanto afecta fundamentalmente al principio de rogación que rige el derecho procesal vigente, omitir la oportuna resolución sobre algún punto que haya sido objeto de acusación y defensa, como adoptar acuerdo acerca de un punto que no haya sido propuesto por las partes, pues en ambos casos, tanto por defecto como por exceso, se quebranta el susodicho

principio —Sentencia de 18 de diciembre de 1956—. No habiéndose, pues, planteado problemas sobre la responsabilidad civil solicitada, no tenía sobre ellos que pronunciarse el Tribunal sentenciador de instancia, ni se pueden traer a colación cuestiones no suscitadas oportunamente. (Sentencia 18 mayo 1968.)

4. *Efectos económicos del proceso: Pronunciamiento sobre costas:* Acusado el procesado de dos delitos, uno de coacción, y otro de escándalo público, se declara de oficio la mitad de las costas procesales pertenecientes al primero, por el que fue absuelto y la otra mitad relativa al de escándalo público han de ser satisfechas por partes proporcionales entre los tres condenados, expresándose todo ello con suficiente claridad en la sentencia de instancia. (Sentencia 21 mayo 1968.)

Como consecuencia de la sumisión del agente a la pena y de haber sido causa del proceso que la determinó, con la secuela importante de gastos, derechos e indemnizaciones, de condición económica, que deben reintegrarse por su causante, el artículo 109 del Código penal, impone *ope legis* las costas procesales a los criminalmente responsables de todo delito o falta; y esta norma sustantiva, completada con las contenidas en los artículos 239 y 240, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conduce a la necesidad de que en toda sentencia penal, cuando exista pluralidad de delincuentes, se determine cuantitativamente la parte de costas de que cada uno de ellos debe responder, fraccionándolas en cuotas ciertas, según su número y delitos castigados y absueltos, que fueren objeto de persecución, y atendiendo en general a las demás circunstancias valorables al fin de una justa distribución. La sentencia de instancia ignoró estas normas acabadas de citar y doctrina de esta Sala, porque habiendo condenado a cuatro personas, dos como autoras y dos como cómplices de delito de aborto, sin embargo, únicamente puso las costas a una de aquéllas, sin vincular a su pago a las demás ni fijar cuotas de participación, lo que determina que deba acogerse al tercer motivo del recurso, entablado a nombre de la agraviada con la condena exclusiva de costas, por haberse infringido los preceptos antes citados. (Sentencia 29 mayo 1968.)

5. *Impugnación del proceso: A.—Recurso de casación:* a) *Casación por infracción de Ley:* a') *Al amparo del artículo 849, número 1.º:* Aun cuando a los artículos 53 a 55 de la Ley de Registro Civil se les atribuya el carácter de normas jurídicas sustantivas que deban ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, que se citan como infringidos en el tercer motivo de este recurso, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede ser estimado, ya que son preceptos referentes al nombre y apellidos con que las personas son designadas, su reflejo en el Registro Civil a través de la cual la Ley los ampara, normas todas ni desconocidas ni vulneradas por la Audiencia Provincial. (Sentencia 3 junio 1968.)

Es evidente que los preceptos contenidos en el Código de Circulación no pueden calificarse como de carácter sustantivo penal ni de otro orden, tratándose simplemente de normas reglamentarias ordenadoras de la circulación, que ni siquiera en el ámbito administrativo o gubernativo que le es típicamente peculiar poseen aquel superior rango de sustantividad, imprescindible para que su pretendido quebranto pueda amparar un recurso de casación

por infracción de Ley previsto en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de lo que se infiere la imposibilidad de admitir a trámite el segundo de los motivos articulados por el recurrente, en cuanto invoca el cauce procesal aludido, pero con denuncia de aplicación indebida tan sólo de ciertos artículos del Código de la circulación. (Auto 5 junio 1968.)

b') *Al amparo del número 2.º del artículo 849: Documento auténtico:* El exigir indeclinablemente el documento auténtico, estar constituido por un fondo de verdad material indudable, manifestando hecho o circunstancias objetivas, acaecidas y apreciadas material o jurídicamente, sin la más ligera sombra de duda, por el efecto importante que estas pruebas preconstituidas tienen en la casación, si son desconocidas por el Tribunal de instancia, de modificar la apreciación soberana de las pruebas realizada por el mismo, a no estar desvirtuados por el conjunto de éstas, es evidente, que el informe de la Guardia Civil de Tráfico, sobre la manera en que los miembros del Instituto, estimen ocurrió un accidente vial originado por vehículos de motor, jamás alcanza tal condición de documento auténtico, pues únicamente refleja una opinión subjetiva, aunque respetable, de personal técnico, que queda sometida en su valoración apreciativa a la Sala de Instancia, pues si le diera condición vinculante e imperativa a su reflejo de la creencia como el accidente se desarrolló, se erigiría a dichos peritos en verdaderos Jueces, sustituyendo la función jurisdiccional de éstos, sin razón alguna que pueda justificar tan trascendente concesión de actividad decisoria indiscreta pero cierta, por lo que únicamente, dichos informes, han de servir como un medio más de prueba, para forjar la convicción psicológica del Tribunal, y no merecen la estimación de documentos auténticos a efectos del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; razones que determinan la inadmisión del segundo motivo del recurso formulado por Manuel A. V., que se apoya exclusivamente en informe técnico de la Guardia Civil de Tráfico, para desvirtuar el resultando de los hechos probados de la sentencia y que por su condición es prevalente al contenido de aquél. (Auto 20 mayo 1968.)

Se atribuye a la sentencia los errores de hecho de afirmar que S. H. realizó maniobras abortivas en M. C., consiguiendo destruir el fruto del embarazo, y que posee una clínica en el X destinada a practicar abortos; y de los documentos utilizados para demostrar esos supuestos errores, las actas de reconocimiento de la casa donde se practicaron esas maniobras, y de la clínica citada, no aparece nada que contradiga tales afirmaciones, antes al contrario las corroboran, ya que en uno y otro sitio se encontraron tallos de laminaria, sondas exploratorias, pinzas vaginales, dilatadores uterinos, posarios o obturadores de útero, espéculos, pinzas de garfio y otros utensilios adecuados a las manipulaciones en los órganos sexuales femeninos; no hay en esos documentos indicio revelador de que el procesado no realizara el hecho que la sentencia declara probado, ni que no fuera el titular de la clínica donde se encontraban esas cosas, pues allí había también unas mil recetas con su nombre y dirección de esa clínica, tres cajas de tarjetas y otros impresos demostrativos de ejercerse allí una actividad médico ginecológica, ya que aparece en esos documentos la palabra «médico», cosa que implícitamente se admite en el recurso al decir que esa clínica era de su hermano,

y que al morir éste hace pocos años el recurrente se propuso continuarla, aunque no hace allí más que estudiar, prepararse y escuchar consultas en sentido amistoso; y en cuanto a la frase del acta del folio de que se destaca en el recurso referente a que el instrumental reseñado «revela no hallarse en uso actualmente», carece de trascendencia, porque se omite que esa frase se refiere a los «útiles de cirugía urológica» encontrados en una vitrina; y en cambio se silencia que respecto a las cosas de ginecología se afirma que «revelan su empleo actual»: (Sentencia 10 mayo 1968.)

En el planteamiento se olvida que cuando un documento puede ser reputado auténtico a fines de la casación penal y que es además posible que los verdaderos documentos auténticos estén desvirtuados por otras pruebas; y también que las normas de veracidad y lealtad procesal deben imperar en el trámite y desenvolvimiento de los juicios criminales, siendo recusable presentar verdades a medias, destacando del documento auténtico sólo las particulares aparentemente favorables y silenciando con indebidos truncamientos el verdadero alcance y contenido de las aseveraciones del funcionario que practicó la imposición ocular aducida por el recurrente. (Sentencia 27 mayo 1968.)

El acta notarial y plano adjunto llevada a cabo sin intervención Judicial y sin posible contradicción de partes, carece en absoluto de las condiciones de verdad incontrovertible, y por consiguiente, de autenticidad material. (Sentencia 27 mayo 1968.)

No es documento auténtico para la casación el dictamen médico de autopsia que, como diligencia sumarial atestigua eficazmente sobre los hechos de haberse verificado, fecha, realidad de la muerte y estado de los órganos examinados, pero el criterio sobre las causas es indicador, pero no verdad inconcusa contra toda prueba. (Sentencia 12 junio 1968.)

b) *Casación por quebrantamiento de forma*: a) *Denegación de diligencias probatorias (art. 850, núm. 1.º)*: El artículo 850, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, autoriza el recurso de casación por quebrantamiento de forma, cuando la Sala de instancia, haya denegado alguna diligencia de prueba, propuesta en tiempo y forma por las partes, y sea pertinente, pues el derecho de estas y concretamente del procesado, a aportar al proceso penal cuantas demostraciones permitan su defensa exculpatoria o atenuatoria de la acusación que sobre él gravita, no puede cohibirse, porque se desconocería un derecho primario, esencial e inviolable de la persona humana, para no aparecer como culpable ante el órgano jurisdiccional encargado de aplicar el derecho público que defiende a la sociedad, pudiendo emplear a tal fin, cuantos medios probatorios, permitidos procesalmente, tiendan a beneficiarse por su contenido, de manera cierta e ilimitada; pero este derecho únicamente tiene su cortapisa, que lo excepciona, por atacar a su mismo contenido constitutivo, y realmente no existir más que aparentemente, pero sin entidad cierta, cuando las pruebas propuestas sean improcedentes, inútiles o innecesarias por superfluas, pues en dichos supuestos falta la razón de su práctica, al no tender a alcanzar efectos favorables, ni determinar indefensión su omisión para la persona acusada, entorpeciendo, por el contrario, el procedimiento, en la rapidez, pureza y sencillez de su contenido investigatorio. (Sentencia 3 mayo 1968.)

Se alega denegación de práctica de prueba documental, consistente en solicitar de la Guardia Civil y Policía informe referente a los lugares en que se practicaron las detenciones de tales procesados y a si fueron debidas a orden superior, y no puede prosperar ante la falta de trascendencia de lo pretendido acreditar, ya que la participación de los procesados en los hechos enjuiciados pudo perfectamente producirse con absoluta independencia, tanto del lugar de su detención, como de que ésta se hubiera producido o no a requerimiento o por orden de los superiores de los agentes que las practicaron. (Sentencia 8 mayo 1968.)

En el auto de 4 de agosto de 1965 se admitieron las pruebas propuestas por la Defensa del procesado, extremo e) del ap. b) en la documentación y la pericial del 3.º, resolución firme que no se cumplió en esta parte por Auto de 2 de noviembre del mismo año resolviendo recurso de súplica, y contra la denegación se formalizó protesta que abre la vía a la casación en la cual se acepta el motivo primero por quebrantamiento de forma, artículo 850, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues se rechazó la prueba pericial antes admitida como pertinente para dictaminar sobre la paternidad del acusado respecto a la niña nacida de la estuprada; y vistos los informes integrantes de la documental propuesta de la Academia de Medicina de V. y del Instituto Anatómico Forense de la misma Capital, acerca de la posible exclusión al 98 por 100 del varón que no hubiese intervenido en la generación, procede acoger el motivo primero por quebrantamiento de forma, casar la sentencia y devolver lo actuado para que, repuesto el procedimiento al auto de 4 de agosto de 1965, se cumpla lo acordado sobre pruebas pertinentes, dentro de las condiciones legales que cada una exija. (Sentencia 16 mayo 1968.)

El artículo 850, número 1.º, exige que la prueba sea propuesta en tiempo y forma y el mismo recurrente como fundamento de su derecho cita el artículo 656 de la citada Ley, que obliga que en la lista de peritos se expresará su nombre, apellidos, apodo si por el fuere conocido y su domicilio y residencia y en su escrito de calificación provisional que es donde propone tal prueba para dictaminar sobre una máquina de escribir, pide que la designación del mismo la haga la Sala, omite por tanto nombre, domicilio y residencia, y dice «Por perito técnico», profesión que en cuanto a resolver sobre la mal conformación de un tipo de letras o alineación de la máquina, no puede precisarse quién sería la persona o personas que reunieran tal carácter de Peritos técnicos, aparte de que tal escrito lleva fecha de 26 de noviembre de 1965, y el escrito sobre el que había de dictaminarse de 1 de octubre de 1962, tiempo transcurrido entre uno y otro, en que la máquina por el uso o reparaciones necesarias pudo sufrir transformaciones en su conformación y alineado. (Sentencia 12 junio 1968.)

Aunque la admisión y denegación de pruebas es facultad discrecional del Tribunal sentenciador a tenor del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el artículo 850 permite, a través del oportuno recurso de casación, examinar el uso que se haya hecho de esa facultad para evitar la posible indefensión de las partes; examen que en el presente caso conduce a estimar bien denegada la prueba documental pública y privada propuesta por el procesado en el escrito de calificación, pues como se reconoce en el mismo re-

curso, toda ella tendía a acreditar la existencia de reclamaciones laborales del encartado y otros empleados de la Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Sevilla contra esta entidad y resoluciones recaídas en alguna de ellas; cuestión como se ve, totalmente extraña al delito perseguido, pues versando ésta exclusivamente sobre el hecho de haberse apropiado el procesado de parte de los fondos que manejaba de la citada Caja como empleado de la misma, todo lo que no se relacionase con este hecho era impertinente a los fines sumariales, como así lo entendió la Sala sentenciadora, porque cualquiera que fuese el estado de esos procedimientos y aun las sentencias condenatorias que pudieran recaer por incumplimiento de obligaciones de tipo laboral si existían, eso en nada afectaba al hecho de que el procesado era empleado de la Caja, sea cual fuese su categoría, que como tal empleado manejaba fondos de esa entidad, y que en esa función se fue apropiando de cantidades; por lo que versando la prueba que se pretendía aportar sobre hechos intrascendentes en este proceso su admisión estuvo bien denegada. (Sentencia 28 junio 1968.)

b') *Falta de claridad de los hechos probados* (art. 851, núm. 1.º, inciso 1.º): La sentencia penal, no cumplirá su cometido de proclamar con claridad los hechos que se estimen probados, incurriendo en el motivo primero, inciso inicial del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que da lugar a la casación por quebrantamiento de forma, cuando las expresiones que constituyan el relato, no sean de fácil comprensión, por su oscuridad para el hombre medio, al faltarles limpieza, pureza y transparencia semántica y lógica, encadenamiento narrativo, que hagan imposible saber su verdadero significado y la verdad formal expresada por el Tribunal, como producto de su convicción psicológica, que necesariamente ha de constituir la premisa de hecho, sobre la que efectuar la necesaria y trascendente calificación delictiva, por la presencia de manifiestas dudas insalvables o de absoluta ininteligibilidad, que imposibiliten la racional valoración del juzgador, con agravio de los derechos de las partes, e imperfección notoria de la resolución judicial, tan delicada como importante; pero este defecto procesal, que afecta al sentido lógico gramatical del acto de razón que es la sentencia, no puede confundirse con la integración de los hechos probados, por petición de las partes tendentes a agregar a su contenido las omisiones que estimen haberse producido, pues la sentencia puede ser clara pero incompleta, y entonces la vía a seguir, para alcanzar toda su extensión, debe ser la del número 2. del artículo 849 de la citada Ley procesal, con apoyo en documentos auténticos, ya que la adición, de ellos debe nacer, porque de otra manera, se sustituiría el criterio objetivo, jurisdiccional y soberano del Tribunal, por el particular e interesado del recurrente, siendo así que aquél no recogió lo que se juzga omitido, por resultar innecesario, o lo que es mucho más frecuente porque no estaba debidamente probado. (Sentencia 17 mayo 1968.)

Leídos los hechos probados desapasionadamente, no es posible negar que son claros y diáfanos, pues después de expresar una conspiración para delinquir, para llevar a cabo repetidamente en cuantas veces se presentara la ocasión y coyuntura un determinado tipo delictivo —cohecho por actos justos o injustos—, utilizando las claras expresiones de ostensible sentido: «Se

concertó con el procesado José M. A., para percibir de los productores, cual quiera que fuesen, sin concretar individuos, sino de manera general, cantidades de dinero a fin de clasificarlos sin motivo o con brevedad en la situación de larga enfermedad», cuyo procesado M. A. «cobraba el dinero que llegaban a convenir y comunicaba al Emilio P. personalmente, por notas o contraseñas en los volantes médicos, los obreros que habían pagado, repartiéndose después entre ambos el dinero percibido»; después, en once apartados se detallan concretas actuaciones del anterior propósito concertado, y una duodécima que no pudo llegar a su fin por la intervención policial. A la vista de lo transcrito y referido hay que insistir en que no puede mantenerse con éxito que no se mostró con claridad la actuación criminosa del recurrente, en su conexión con los que con mayor o menor intensidad colaboraron en los ilícitos penales justamente sancionados. (Sentencia 10 mayo 1968.)

A la sentencia de instancia, desmesuradamente extensa para los hechos debatidos, llevó el juzgador con minuciosos detalles la casi exhaustiva exposición de las pruebas practicadas en su objetiva expresividad, preocupado, al parecer, en dar a conocer todos cuantos elementos de juicio se le ofrecían y que fueran reveladores del acierto de su calificación y fallo, y así vertió en el primer resultando, mediante transcripción, a veces literal, documentos y declaraciones de testigos, no obstante reconocer después, con referencia a alguno de aquéllos, su intrascendencia para el debido enjuiciamiento jurídico penal del hacer del procesado, y con cuyo sistema expositivo fue insuflando confusión al relato; y olvidándose, además, de prestar cumplimiento a la regla 2.ª del artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dejó de significar de manera clara y terminante su propia convicción en orden a lo realmente acaecido, cuando tan sencillo era formar su estado de conciencia, y de tal suerte, una verdadera relación fáctica en la que la claridad expositiva y la concreción brillasen fuera de las sombras u oscuridades que crea la abundante plasmación de actuaciones, documentos y manifestaciones de personas intervinientes en el proceso, y cuyo análisis, si se quiere, tiene más adecuado acomodo en las consideraciones de derecho de la resolución, sin el auxilio de preceptos sustantivos civiles, ni menos de presunciones, que rechaza la fuente de conocimientos a la que el Tribunal ha de acudir por imperativo del artículo 741 de la Ley mencionada en esta jurisdicción, librándose así de incidir en confusionismo y en omisiones tan decisivas de la casación como la que se denuncia en el primer motivo de forma al amparo del número 1.º, inciso 1.º, del artículo 851 del referido Ordenamiento procesal, apoyado en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal, y que procede acoger. (Sentencia 30 mayo 1968.)

Si el hecho sometido a enjuiciamiento de un Tribunal de orden penal permite el ejercicio de acciones acusatorias en las que se pretende que determinada conducta debe calificarse como integrante de un delito de imprudencia generador de lesiones, además de homicidios y daños, compelido el Órgano jurisdiccional a proclamar en la sentencia la aceptación o rehuso de aquella tesis, con el subsiguiente pronunciamiento condenatorio o absolutorio, respectivamente, es indispensable, por la evidente y palmaria trascendencia que ello entraña, tanto en el orden estrictamente penal, como en el

civil del mismo derivado, que en el relato fáctico se haga expresa y concreta mención de todas y cada una de las personas lesionadas, designándolas nominativamente y con los detalles que importan a los fines antes señalados, cuales son la naturaleza, alcance y consecuencias del quebranto físico padecido por cada sujeto, mutilaciones, impedimentos o deformidades causadas, y tiempo de necesidad de asistencia médica o de incapacidad para el trabajo, incidiéndose, en otro supuesto en aquella omisión de la expresión clara y terminante de los hechos que se consideran probados, prescrita en el número 1.º del artículo 351 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en la que sin duda se incurrió en la sentencia recurrida al afirmarse, pura y simplemente, que la mayoría de viajeros ocupantes de un vehículo, así como varios del otro, resultaron con lesiones de diferente gravedad. (Sentencia 18 junio 1968.)

Ni del hecho probado ni del tercer considerando de la sentencia recurrida, aparece con la claridad necesaria, en todas las sentencias pero precisa con más razón cuando se impone la pena más grave, el concepto que en conciencia formara la Sala sentenciadora en cuanto a la capacidad mental del reo Arturo F. D. y sobre si en el momento de cometer el hecho se encontraba en el pleno uso de sus facultades mentales y volitivas, afirmación que debe hacerse del conjunto de todas las pruebas practicadas con las amplias facultades que para ello les concede la Ley y como conceptualización propia y no como menciones a dictamen pericial. (Sentencia 18 junio 1968.)

Se pretende en el primer motivo que el Juzgador de instancia haga clara y determinante la declaración de los hechos que estimó probados, y de su falta no puede ser tachada la sentencia recurrida por el hecho de significar que el atropello del peatón se produjo por una de las tres causas que indica, por no ser posible exigir a los Tribunales que prescindan de su conciencia, que es guía para sus manifestaciones *de facto*, y precisen la razón o motivo de lo sucedido, aunque las pruebas practicadas no les hayan permitido formar al respecto una determinada convicción, sino que cumplen cabalmente el mandato del párrafo 2.º del artículo 142 y el del párrafo 1.º del 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresando cuáles son los hechos que consideraron probados, como hizo en el caso del recurso la Audiencia respecto al lugar del suceso, vehículo, velocidad, conductor, circunstancias del tráfico y otros extremos, e indicando lo que, a su entender, no se acreditó, sin excluir la posibilidad de concurrencia, como, sobre el atropello, las causas últimas del mismo, pues de esta forma reflejaba más fielmente su estado de conciencia, fuente de expresión de lo acaecido, que no es permitido atacar; así, pues, dicho motivo, amparado en el número 1.º, primer inciso del artículo 851 de la citada Ley, ha de ser desestimado. (Sentencia 22 junio 1968.)

c) *Contradicción entre los hechos probados (art. 851, número 1.º, inciso 2.º)*: A los efectos del artículo 851, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los hechos probados son manifiestamente contradictorios entre sí, cuando las conductas o actos que describen, afirmaciones que contengan, o juicios que emitan, sean lógicas y gramaticalmente excluyentes, por oponerse unas a otras, repeliéndose recíprocamente, por no poder ser al mismo tiempo verdaderas y falsas, resultando imposible su coherencia por su evidente oposición o antiteticismo, producto de contradicción esencial, con la

consecuencia de originarse una destrucción conceptual evidente, que agravia y contradice la claridad precisa y directa, que la resolución judicial exige como juicio lógico para cumplir su función. (Sentencia 27 mayo 1968.)

No es antitético afirmar la honestidad de una mujer y decir, además, que no es posible asegurar que del coito realizado con el procesado derivase su embarazo, porque aparte de ser factible la quiebra del pudor en cualquier momento, es asimismo admisible el embarazo por contacto carnal no querido, siendo de advertir que en la vía de recurrir utilizada no puede operarse sobre presunciones por muy lógicas y fundadas que parezcan y que no excluyen las que el Tribunal apunta al exponer su estado dubitativo de conciencia, sino que sólo deciden los hechos que sean contradictorios entre sí. (Sentencia 25 mayo 1968.)

Las causas del atropello del peatón aparecen señaladas como probables o hipotéticas y disyuntivamente, o sea, cada una como posible generadora del suceso, sin que entre ellas aparezca contradicción, por no afirmadas, y excluir cada una a las demás. (Sentencia 22 junio 1968.)

No existe contradicción alguna en los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, sino un simple error mecanográfico, como reconoce el propio recurrente en su argumentación, consistente en decir que el procesado se apoderó en su propio beneficio de 1.168.828 kgs. de lana, pericialmente tasados en 432.080,64 pesetas, que se fija como valor del perjuicio patrimonial causado, y aunque se haya padecido un error mecanográfico o matemático alterando el lugar de colocación de una coma o signo, estando conforme incluso el recurrente en la suma global objeto de la tasación, que sirve de base en definitiva para el encuadramiento de los hechos en el considerando correspondiente y al fallo para establecer la penalidad apropiada, el fútil pretexto de haber tomado por kilogramos los gramos, cuando lo fundamental, la cifra de su importe, es correcta. (Sentencia 25 junio 1968.)

d') *Predeterminación del fallo* (art. 851, número 1.º, inciso 3.º): Esta Sala tiene declarado que no toda expresión conceptual inserta en la relación de hechos probados puede dar contenido al recurso de casación del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino aquella que se utilice en sustitución del hecho enjuiciado, que es lo que dice el texto legal, «consignar como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo»; cosa que no ocurre en el caso que motiva el recurso, donde el suceso acaecido aparece narrado con todas las circunstancias y detalles precisos para su debida calificación, ya que se dice la clase de vehículo que conducía el procesado, sitio exacto por donde circulaba, maniobra efectuada en el momento del accidente y posición de la víctima; y aunque se añade que esa maniobra fue «torpe» y «descuidada» hecha con «cálculo erróneo», estas palabras, más adecuadas para insertar en los considerandos, son intrascendentes en el relato fáctico, porque sin ellas el mismo queda completo para su enjuiciamiento. (Sentencia 3 mayo 1968.)

Se denuncia el empleo de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo y no puede ser acogido, pues el indicado como tal concepto con relación a los delitos de apropiación indebida: «Sustrayendo en provecho propio y en perjuicio de las entidades bancarias citadas», no es sino expresión del uso que hizo el procesado del dinero de las entidades aludidas mediante vocablos

corrientes y vulgares, de fácil comprensión para cualquier persona de mediana cultura que no posea especiales conocimientos de Derecho, sin que estén comprendidos en el precepto sancionador; y en cuanto a los señalados con referencia a la simulación de delito, tampoco es fundada la protesta, aunque el verbo «simular» forme en el tipo y el Juzgador se sirviera de él incorrectamente, porque se ha de advertir que dicho verbo no implica por sí sólo, en el caso cuestionado, la predeterminación del fallo, ya que si del mismo se hiciera abstracción quedarían en la sentencia declaraciones *de facto*, exentas de matiz jurídico, que conducirían a igual conclusión punitiva, pues por ellas se sabría también que el recurrente mintió un atraco para ocultar la apropiación del dinero y que esa mendacidad determinó la práctica de diligencias sumariales, locución esta diferente a la vertida en el artículo 338 del Código penal, que fue el aplicado. (Sentencia 3 mayo 1968.)

Según reconoce el propio recurrente, el Juzgador por imperio categórico de lo determinado en el número 2.º del artículo 142 de dicho ordenamiento, viene obligado a relatar en el primer resultando de la sentencia con claridad los hechos que estime probados, cuidando en observancia de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 851, de no emplear conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, si bien en aras a la claridad, se ve algunas veces obligado al empleo de frases, ligeramente limitrofes a dicho concepto y de las dos citadas como integrantes del citado contenido por el recurrente, argumentado en tesis «realizó un número no precisado de extracciones dentarias» y «otros actos propios de la profesión de Odontólogo», solamente la última puede revestir algún carácter jurídico, pero aun suprimiéndola, quedan datos y constancia suficiente en el relato, sin sufrir alteración, para llegar a la calificación de la figura delictiva efectuada por la Sala sentenciadora: tratándose además de vocablos de uso común y corriente en el lenguaje, no necesitándose conocimientos técnicos especiales para conocer su alcance, empleados en pro de la claridad, perfilando los actos realizados por el procesado. (Sentencia 6 mayo 1968.)

Se atribuye a la sentencia recurrida, al amparo del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el defecto de consignar como hechos conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, defecto que no existe en la narración de *facto*, pues la frase «manipulaciones abortivas» inserta después de decirse que con instrumental apropiado consiguió destruir el fruto del embarazo, no añade valor alguno al relato, por quedar ya consignado lo que el procesado hizo, y en forma que puede ser calificado penalmente sin necesidad de tal locución; palabra «aborto» que por ser de uso corriente en el lenguaje ordinario no precisa de conocimientos especiales para comprender su significado y no puede reputarse conceptual, a no ser que se utilice aisladamente sin añadir ni explicar la actividad desplegada por el agente, cosa que no acaece en el caso que se examina. (Sentencia 10 mayo 1968.)

Con la finalidad de que no padezca o se elimine la lógica constructiva de la más trascendente resolución judicial-penal, que es la sentencia, y el silogismo que representa, con evidente perjuicio de la motivación complementaria fáctica y jurídica y de los derechos de la persona juzgada, ha-

ciendo que sean una sola aquellas dos funciones separadas, según el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la de relatar el hecho en convicción psicológica por el órgano jurisdiccional y la de tipificar la conducta descrita en el precepto sustantivo, que conduzca a la decisión final condenatoria, el artículo 851, número 1.º, inciso 3.º, de la propia ley, prohíbe bajo el amparo del recurso de casación, que en los hechos probados se empleen conceptos que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo, habiendo interpretado esta Sala en su doctrina, dicha norma, en el reiterado sentido de que, lo que repudia es el uso exclusivo o absoluto de expresiones técnico-jurídicas de matiz sustantivo y peculiares por su estricta juridicidad, que el legislador utilizare para definir la esencia o núcleo del delito, pues en el relato fáctico sólo han de usarse términos vulgares, corrientes de lenguaje usual, como aquellos que en su decir expresivo y comprensivo, usen las personas medias de cultura ordinaria y no sean patrimonio exclusivo, en su aprehensión semántica, de los especialistas del Derecho. (Sentencia 10 mayo 1968.)

Según tiene declarado esta Sala, no toda frase conceptual puesta con más o menos acierto en la relación de hechos probados, puede dar contenido al recurso de casación por quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal invocado por el recurrente, sino aquellas que se utilicen en sustitución de los hechos —«consignar como hechos, conceptos de carácter jurídico» dice la Ley—, y de aquí, que, el motivo que se invoca no pueda ser acogido, porque al decirse en aquella relación que los hechos que relata los llevó a cabo el procesado, «con el sólo propósito de desahogar su resentimiento y enojo» contra el querellante, anticipa desde luego una conceptualización, pero inocua a efectos procesales y de punición, porque sin ella la narración fáctica, queda debidamente circunstanciada para su calificación según se reconoce en el mismo recurso, y por eso tiene también declarado esta Sala que el elemento intencional es revisable en casación, no quedando vinculado este Tribunal a aceptar como hecho probado lo que es mera expresión de un concepto deslizado en lugar inadecuado de la sentencia; y en cuanto a la frase de que existía «animosidad» entre querellante y querellado, que también se tacha en el recurso de expresión jurídica predeterminante del fallo, no reviste tal carácter, en cuanto es la manifestación de un hecho, el estado de relaciones entre esas personas, elemento fáctico necesario para poder valorar penalmente las expresiones que se suponen injuriosas, ya que el alcance y significación de las palabras —el elemento intencional— no puede obtenerse del solo sentido gramatical prescindiendo de la situación de amistad o enemistad y relaciones existentes entre ofensor y ofendido. (Sentencia 10 mayo 1968.)

Los conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, de acuerdo con el citado artículo 851, número 1.º de la Ley procesal penal, como tantas veces ha repetido la doctrina de esta Sala, han de ser aquellas expresiones empleadas en el relato de los hechos de condición técnico-jurídica estricta, que constituyan la esencia de la infracción criminal y que se utilicen en el tipo, y que además resulten sólo aprehensibles en su significación semántica por los juristas. Comparando el concepto del delito de allanamiento de morada empleado en el artículo 490 del Código penal, con las expresiones que se

señalan en el hecho probado «de que pretendieron forzar la puerta del remolque con objeto de entrar en él», y «que no lo lograron por ser incapaces de vencer la resistencia», se comprueba, que ni una sola de las palabras del tipo legal, se utilizan en el relato fáctico, y que resulta por ende totalmente desacertado alegar la causa de quebrantamiento de forma de predeterminación del fallo cuando el juzgador ha sido extremadamente respetuoso en su exposición, al usar palabras enteramente vulgares y ajenas a las legales y jurídicas. (Sentencia 27 de mayo 1968.)

Deben los juzgadores evitar el uso de términos empleados en la Ley para descripción de las figuras penales en la narración de los hechos; mas cuando son de significado ordinario, vulgares no estrictamente jurídicos y no suplen completamente a un hecho, porque va acompañado de otras expresiones de igual significación, no se estima defecto procesal que justifique la presencia del número 1.º en el artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; repite la sentencia el vocablo «apropiarse», verbo esencial en el artículo 535 del Código penal, pero no es término técnico exclusivamente y, además, forma en los hechos con otras palabras sobradas para describir la apropiación indebida, pues la entrega de las mercancías con las papeletas duplicadas, la ocultación de las que eran recibos, la firma en las otras después de cobrar su importe y no entregarla al dueño son actos dolosos integrantes del delito referido, con independencia de aquel verbo que pudo ser sustituido o suprimido, sin alterar los hechos ni predeterminar el fallo. (Sentencia 30 mayo 1968.)

e) *No resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851, número 3.º):* En la fase de debate el acto complejo del juicio oral contiene el momento de establecer en forma decisiva la relación procesal por medio de las conclusiones definitivas de las partes, las cuales someten al enjuiciamiento del Tribunal las cuestiones de hecho y derecho; la omisión de alguna de estas últimas en el fallo autoriza la impugnación de la sentencia por el número 3.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; modificó el Ministerio Fiscal sus conclusiones provisionales y redujo la acusación a un delito de falsedad sin aludir al de malversación, del que tampoco postulaba el acusador privado, y acertadamente la Audiencia, dentro del sistema acusatorio, y sin utilizar el artículo 733 de la dicha Ley, falló sobre el único delito denunciado con sus consecuencias civiles, sin ocasionar el motivo por quebrantamiento de forma. (Sentencia 17 mayo 1968.)

Se alega no haber resuelto la sentencia la petición de nulidad de actuaciones de ducida en el escrito de la defensa de la procesada, y ha de ser desestimado porque dicha petición fue denegada por providencia, y al no estar contenida en el escrito de calificación, el Tribunal no estaba obligado a ocuparse de esa cuestión nuevamente, ya que las que debía decidir en la sentencia eran las propuestas en los escritos de conclusiones, absolviendo o condenando, pero sin declarar la nulidad, no autorizada legalmente, aunque por ella pueda ser procedente el fallo absolutorio, según declara la sentencia de esta Sala a la vista de los artículos 142 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia 22 mayo 1968.)

La no resolución de todos los puntos que fueron objeto de la defensa —número 3.º del artículo 851 de la Ley procesal— se denuncia, argumentando

que en el escrito de calificación dicha parte sostuvo que cierta Jefatura de industria, a más de infringir disposiciones administrativas que cita, cometió los delitos de desacato y desobediencia al más alto Tribunal de la Nación, motivo que no puede prosperar porque haciendo abstracción de que aquellas imputaciones se hicieron en el escrito de la calificación simplemente al relatar hechos, sin deducirse petición concreta alguna, lo que no puede equivaler al planteamiento de los «puntos» a que la Ley procesal alude, es de ver la total improcedencia de que el procesado al calificar formalice una acusación contra terceras personas incluso no intervinientes en la causa, lo que no podría provocar la necesidad de incluir razonamiento alguno en la sentencia, sino más bien al inadmisión del escrito en tales términos formulado. (Sentencia 31 mayo 1968.)

Es innecesario, por carecer esta norma de alcance suficiente para ello, que el juzgador de instancia se pronuncie de modo explícito en su fallo acerca de todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes en apoyo de sus respectivas pretensiones, cual lo es igualmente que razone sobre las causas por las que declara probados determinados hechos y prescinde como tales de otros, bastando en cuanto a este concreto motivo de casación que en la sentencia, se diluciden cuantas pretensiones deban provocar un pronunciamiento, caso distinto cuando la Audiencia Provincial no acoge —silenciándola— la posición de la defensa del acusado según la cual el accidente de circulación fue debido a una avería mecánica, y por contra estima, y sobre tal base discurre, que la causa del siniestro no fue otra que la ejecución por parte del conductor inculpado de una inadecuada maniobra. (Sentencia 1 junio 1968.)

Se denuncia que la sentencia no ha resuelto un punto objeto de discusión, puesto que el Resultando primero dice que el procesado condenado trabajaba para «Corbian» y en el Considerando sexto de la misma se dice que en la fecha de autos tal empresa no estaba legalmente constituida, ya que se constituyó en 6 de agosto de 1962; alegación que tampoco puede ser acogida, porque en la sentencia impugnada se expresa en el encabezamiento a la «Empresa Corbian», en los hechos probados se dice que para ella trabajaba el procesado, en el Considerando quinto se la declara responsable, y en el sexto se resuelve nuevamente el punto en cuestión, acudiéndose por las razones que expresa (que el recurso no combate expresamente) a ser responsable la misma, sino por el Código de Comercio, sí por el Civil en último término, y con todo ello no puede decirse fundadamente que no se ha resuelto tal punto en la sentencia, cuando se ha hecho con amplitud y reiteración en los fundamentos fácticos y en los jurídicos, y ello determina la necesidad de rechazar este medio de impugnación de la sentencia recurrida, incluso en el aspecto que cita el recurso de que después de rechazar no ser responsable la empresa «Corbian», la sentencia condena a «Corbian, S. A.», dándole ésta mayor extensión, siendo así que lo cierto es que el texto del Fallo recurrido se refiere a la «Empresa Corbian», sin otro aditamento, con lo cual es una alegación incidente en mala fe procesal, ello aparte de ciertas expresiones inadecuadas a un previo convenio entre la Sala de instancia y las acusaciones inadecuadamente escritas y sólo atribuibles a un exceso en el celo de la defensa de la parte recurrente. (Sentencia 25 junio 1968.)

f') *Punición por un delito más grave* (art. 851, número 4.º): Calificados los hechos en sus conclusiones definitivas como constitutivos del delito de «presentación en juicio a sabiendas de documento falso» del artículo 304 del Código penal, solicitando para el procesado la pena de tres meses de arresto mayor, la Sala sentenciadora, sin hacer uso del planteamiento de la tesis, facultad que le concede el artículo 733 de dicha Ley de Enjuiciamiento, cuando entienda han sido calificados los hechos con manifiesto error, condenó al procesado como autor de un delito de falsedad en documento privado previsto en el artículo 306, sancionado con pena de presidio menor, conculcando con ello el principio acusatorio que informa nuestra Ley Procesal condenando no solamente a pena más grave de la solicitada, sino por delito más grave, precisamente el caso previsto en el precepto amparador del recurso, provocando la consiguiente indefensión para el reo, puesto que su defensa se circunscribió, como es lógico, al delito objeto de acusación. (Sentencia, 20 junio 1968.)

Lo que contempla este número como materia de casación, es, la discrepancia entre el delito objeto de la acusación y el sancionado, cuando este sea más grave que aquél y el Tribunal no haya hecho uso del artículo 733; caso distinto del que motiva el recurso donde no se atribuye tal defecto a la sentencia, sino el conceder una indemnización superior a la pedida; o sea, que plantea una cuestión de derecho privado, totalmente extraña al problema de orden público a que se refiere el mencionado precepto de la ley procesal. (Sentencia 25 junio 1968.)

c) *Legitimación para recurrir: Defensa de derechos propios*: Asumiendo el procesado la defensa del responsable civil subsidiario, que no recurrió la sentencia, impugnada ésta en el motivo tercero, siguiendo el cauce del número 3.º del artículo 851 de la Ley ritualaria penal, porque, según sostiene, no se resolvió una cuestión que dicho responsable civil había planteado en su escrito de conclusiones definitivas sobre la inaplicación del artículo 22 del Código penal; y este motivo se desestima porque el recurso de casación está establecido para la defensa de derechos propios, y los significados para propugnar la anulación de la resolución de instancia no afectan al recurrente. (Sentencia 6 junio 1968.)

Lo que se plantea en los diferentes motivos del recurso es una cuestión de derecho privado, en cuanto la de derecho público o penal, quedó resuelta y consentida por las partes; y en aquéllas el Ministerio Fiscal, tutelando los derechos privados de los perjudicados por el delito —que no se mostraron parte en el proceso—, actuó como verdadero actor civil; y en esta situación, lo primero que salta a la vista es la falta de acción para impugnar una resolución que acoge su pretensión con más amplitud que la solicitada por ser principio de derecho que nadie recurre de lo que le favorece, y a lo que puede renunciar libremente si quiere; por cuya razón puede hablarse también de un recurso sin contenido, porque la plus petición concedida no es vinculante más que para la parte condenada que no ha recurrido y se ha aquietado con ella, pues la favorecida por esa resolución puede auto-limitarse el exceso concedido en los términos que quiera sin necesidad de impetrar del Tribunal su limitación; razones obstativas para entrar en el examen del artículo 104 del Código penal que se supone infringido en el tercer motivo

del recurso, infracción que no aparece a lser aplicado mediante la concesión de las indemnizaciones correspondientes a los perjudicados por el delito; y aunque por la vía de este recurso del número 1.º del artículo 849 de la Ley procesal se han acogido peticiones análogas resueltas por las sentencias que invoca el Ministerio Fiscal, tales casos se referían a recursos interpuestos por los condenados al pago, nó por los actores civiles. (Sentencia 25 junio 1968.)

d) *Intervención del responsable civil subsidiario*: Si la defensa del responsable civil subsidiario alcanzara la misma amplitud que la del responsable directo y cada cual actuara, como es frecuente, bajo distinta dirección, permitiéndose al primero discutir la responsabilidad penal del segundo y articular prueba sobre ella, quedaría establecida una doble defensa para éste sin el beneficio que acarrea la unidad y con perturbación y daño quizá de la orientación impugnatoria que entendiera conveniente para sus peculiares derechos, en cuanto afectados por hechos solamente imputados a él; por eso, el artículo 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que en el escrito de conclusiones manifieste el responsable civil subsidiario lo que estime procedente en orden a las de la calificación que a él se refieran, o sea, lo concerniente a la responsabilidad civil y su cuantía, limitando su defensa, por consiguiente, a estos extremos, cual lo confirman los artículos 692 y 700 en relación con el 695 de la misma Ley, al prescribir que cuando continúe el juicio por incomparecencia de dicho tercero civil o por no conformarse con las conclusiones relativas a su responsabilidad, se contraiga a ésta la discusión y prueba; y si esto es lo que acontece en la instancia, que es cuando más necesidad de defensa tiene el responsable civil subsidiario, no se descubre fundamento legal ni lógico argumento para que se altere el sistema en la casación, en donde si bien puede la mencionada parte combatir los pronunciamientos de la sentencia para él dictados, porque tal derecho le otorga el artículo 854 del Ordenamiento procesal de que se hace mérito, carece de legitimación, en cambio, para atacar los exclusivamente producidos para el culpable del delito o falta, y menos si éste consintió su condena y adquirió, por tanto, firmeza, como fue significado en la sentencia de esta Sala de 9 de noviembre de 1967 (R. 4223), pues sólo al mismo atañe y sólo por él ha de ser cumplida, sin que baste para que el tercero civil responsable la impugne la consideración de ser ella presupuesto necesario para la declaración de su responsabilidad, por no ser por sí determinante de ésta y requerir la concurrencia de una situación extraña al hecho punible de las definidas en los artículos 20, 21 y 22 del Código sancionador, que es de la que por modo inmediato y directo dimana. (Sentencia 15 junio 1968.)

e) *Adhesión improcedente*: El condenado preparó recurso de casación que, al no interponerlo en tiempo, se declaró desierto por auto de 20 de mayo de 1967, y ahora pretende adherirse al interpuesto por el responsable civil subsidiario, que se limita a combatir el alcance de su responsabilidad civil subsidiaria sin entrar, como es natural y obligado, en la conducta del autor material del delito; adhesión que no puede admitirse, ya que el último párrafo del artículo 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo la permite a las partes que no hayan preparado el recurso, circunstancia que no concurre, pues, como se dice anteriormente, lo que no hizo fue formalizarlo

y, además, el recurso de casación sólo se concede para defender derechos propios y aquí se discute únicamente la responsabilidad civil subsidiaria, cuestión ajena al procesado y condenado. (Auto 6 mayo 1968.)

B.—*Recurso de revisión: Estimación al amparo del número 4.º del artículo 954*: Aunque el procesado y compareciente en juicio fue Angel Alvarez Núñez, en la sentencia figura el nombre de Acracio, correspondiente a un hermano de doble vínculo, porque por error fue aportada al sumario certificación de nacimiento del segundo, lo que originó la reforma del auto de procesamiento en el sentido de tenerle por dictado con el nombre de Acracio, a que con este nombre se acusara por el Ministerio Fiscal y que la sentencia le recogiera también en lugar del de Angel; es decir, que el condenado realmente fue Angel con el nombre de Acracio, pues como procesado compareció en juicio y a su expediente penitenciario se llevó la ejecutoria para que fuera cumplida por él, sin que pudiera serlo su hermano, porque no fue oído; y como atendidos estos hechos se prueba cumplidamente, además, que el Angel no pudo tener intervención en el delito de robo, motivo de la condena, por cuanto que el día de su comisión, se hallaba en prisión, la que sufre sin interrupción desde el año 1955, es procedente, acreditada su inocencia, acoger el recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Fiscal y anular en cuanto se refiere a Acracio Alvarez Núñez la sentencia firme, con las costas de oficio y demás pronunciamientos pertinentes, de conformidad con lo establecido en el número 4.º del artículo 954 y párrafo 4.º del 958 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia 30 mayo 1968.)

### III.—PARTE ESPECIAL

*Procedimiento de urgencia: Denegación de prueba testifical*: Intentó la Sala sentenciadora la citación del testigo propuesto por la defensa del procesado, sin éxito, pues no residía en el domicilio fijado por la parte y se ignoraba su actual paradero; cumplida la misión del Tribunal, el testigo no comparece ni es traído por el inculpado con la facultad de los artículos 798 y 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como tampoco se proponen las preguntas a que debe responder el testigo no sumarial del que se desconoce, por ello, la utilidad de su testimonio; fue acertada la denegación de la prueba conforme al párrafo 3.º del artículo 801, pues aunque no fuera testigo sumarial, la parte no previno esta situación conocida de comparecencia, ya que la citación negativa está fechada en 4 de octubre de 1967 y la Vista del juicio oral señalada para el 13 del siguiente mes; por otra parte, la acción del procesado es independiente de la presentación a la perjudicada o el reparto de cantidades entre C. y G., y la negativa de la Sala no producía indefensión. (Sentencia 20 junio 1968.)

Tratándose de un tipo de proceso al que son de aplicar las normas del procedimiento de urgencia, y concretamente el reformado artículo 801 de la Ley, desestimó con acierto el Tribunal de instancia la suspensión solicitada, pues el testigo en cuestión había declarado en el sumario con resultado enteramente negativo al no poder dar luces de las circunstancias del hecho de

autos por la pérdida de conocimiento aparte que pericialmente se justificó la causa de su falta de comparecencia que, por lo demás, y por tratarse de un súbdito extranjero situado fuera de nuestro ámbito jurisdiccional, no podía imponerse coercitivamente; sin que resulte justificado, tampoco, que de aquella incomparecencia derive indefensión del acusado, pues en la causa hay testimonios, y valiosos elementos de juicio, que han permitido resolver con justicia, por todo lo cual la suspensión era improcedente. (Sentencia 18-mayo 1968.)

## REVISTA DE LIBROS

**ALONSO TEJADA, Luis:** «Ocaso de la Inquisición en los últimos años del reinado de Fernando VII. Juntas de Fe, Juntas Apostólicas, Conspiraciones realistas», Ed. ZYX, Madrid, 1969; 257 págs.

El autor de este interesantísimo libro no pretende, según declaración propia, estudiar la Inquisición en sí misma, sino tan sólo precisar la reacción de los medios político-sociales españoles y, sobre todo, de la Iglesia, al verse privada, después de un ayuntamiento de tres siglos, del apoyo del brazo secular.

Cronológicamente, el estudio de ALONSO TEJADA arranca del 9 de marzo de 1820, fecha de la promulgación por Fernando VII del decreto de supresión de la Inquisición fernandina o estatal, es decir, del Santo Oficio —mas no de la Inquisición medieval, eclesiástica o de los obispos, en cuyas manos permanecía a partir de ese momento la competencia para juzgar de las *causas de fe* (competencia que, de otro lado, les había sido arrebatada, no sin lucha, por el Tribunal del Santo Oficio), e imponer las penas espirituales que estimasen convenientes y pasar luego testimonio de la causa al juez secular, a fin de que éste considerase el delito y señalase el castigo que correspondía al delincuente con arreglo a las antiguas leyes de Partida—. Hasta aquí el autor del libro referido. Creo, sin embargo, conveniente aclarar el confusionismo creado por el decreto de 22 de febrero de 1813, emanado de las Cortes de Cádiz, y que, ciertamente, derogó el Tribunal del Santo Oficio, pero declaró subsistente y con todo su antiguo vigor (art. 3.º) «la ley II, título XXVI, part. VII, en cuanto dexa expeditas las facultades de los obispos y sus vicarios para conocer en las causas de fe con arreglo a sus santos cánones y derecho común, y las de los jueces seculares para declarar e imponer a los herejes las penas que señalan las leyes o que en adelante señalaren». Así mientras de un lado, las Cortes doceañistas declaraban abolida la pena de confiscación de bienes —pena de carácter infamante que fue aplicada durante todo el primer tercio del siglo XIX— y la tortura —cuya aplicación prosiguió también durante ese primer tercio, lo que, a decir verdad, no nos erigía en un modelo aislado en el concierto europeo, puesto que en Baviera se había abolido tan sólo unos años antes (en 1806) (1)—, de otro, en cambio, revivían la Inquisición eclesiástica con su *primitivo vigor* (al que iba unido el tormento).

Pues bien; restablecida de nuevo la Inquisición castellana en virtud de un

---

(1) Aunque en Prusia la tortura fue completamente abolida por unas órdenes del Gabinete de Federico el Grande, fechadas el 27 de junio y el 4 de agosto de 1754, sin embargo, subsistió en Baviera durante unos cincuenta años más, esto es, hasta 1806 (Vide, a este respecto: RÖHRER, *Zur Aufhebung der Tortur in Bayern (1806)*, en *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 23 (1932), págs. 228 y sigs.).

decreto de 21 de julio de 1814 (*Real Decreto de S. M. por el cual se restablece el Consejo de la Inquisición y los demás Tribunales del S. O. al ejercicio de su jurisdicción, guardando el uso y las ordenanzas con que se gobernaban en 1808*), es menester llegar al período constitucional de 1820-1823, para ver cómo el Tribunal del Santo Oficio, aunque agonizante, seguía aún con vida, «si bien —dice ALONSO TEJADA— no se atrevió a proceder en materia de delitos contra la fe, mientras duró el régimen constitucional», ya que los obispos, ahora que ya no existía el Tribunal de la Fe (suprimido por un Decreto de 9 de marzo de 1820), no sabían con exactitud cuáles eran las facultades y derechos que les correspondían, pues, según testimonio del Nuncio, Monseñor Giustiniani, «la Inquisición era tan celosa y deficiente para con la Nunciatura que durante su existencia, los asuntos de la primera fueron siempre un arcano impenetrable para la segunda, mientras que, en cambio, al Gobierno no se le ocultaba nada...»

Subraya ALONSO TEJADA cómo inmediatamente después de la aparición en la *Gaceta de Madrid* del 8 de marzo de 1820 de un Decreto por el que Fernando VII «se había decidido a jurar la constitución...», la gente se echó a la calle en varias ciudades españolas, asaltando las oficinas y cárceles de la Inquisición, que, para nuestro autor, no eran ya sino un remedo de lo que habían sido en el pasado y, además, estaban vacías, opinión, a mi entender, un tanto aventurada, pues de las actuaciones del Santo Oficio durante el período 1814-1820 tenemos noticias, aunque escasas, que demuestran lo contrario (2).

Con la extinción legal del Santo Oficio —que hasta entonces había asumido, no sin reticencias por parte de los monarcas y de los más destacados representantes del «regalismo», las funciones de control y censura de libros y de todo género de publicaciones—, fue establecida, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, la libertad de prensa, pero solamente en lo tocante a materias de carácter político (en la *Gaceta* del 12 de marzo de 1820 aparecía un Decreto que, firmado por Fernando VII, sancionaba la libertad de prensa y establecía las antigua Juntas de Censura de 1814), pues en los asuntos de índole religiosa era preceptiva la censura previa del ordinario eclesiástico, abriéndose de este modo camino la posibilidad de prohibir la circulación de todo escrito atentatorio contra la religión católica, reconocida por la Constitución como religión del Estado. En fin, con el destierro de la corte del Inquisidor General —don Jerónimo Castillán y Salas, uno de los 69 diputados «persas» de 1814, el cual había sido designado para tal cargo en 1818—, y de los «familiares» del Santo Oficio, fue decidida por Real Decreto de 20 de marzo de 1820 la liquidación de los bienes inquisitoriales, que, en su calidad de bienes de la Nación, fueron adjudicados, no sin protestas del clero, al pago de la deuda nacional.

---

(2) Véase, en este sentido: CARO BAROJA, J.: *El Señor Inquisidor y otras vidas por oficio*, Madrid, 1968, págs. 51 y siguientes. Asimismo, del uso de las prisiones inquisitoriales para encerrar a los liberales durante el período absolutista, nos da noticias SARRAHL (en *La Contre-Revolution sous la Regence de Madrid (mai-octobre 1823)*, Ligugé (Viéne), 1930, pág. 90 n. 1), según el cual, en julio de 1823 fueron arrestadas en Zaragoza 1.500 personas y conducidas a las cárceles de la Inquisición.

Prosigue ALONSO TEJADA señalando cómo surge ahora un momento de *debilidades* —que, más tarde, con el advenimiento de la reacción absolutista, serán oportunamente ocultadas—, en el que la opinión nacional y la de los más destacados representantes del clero coinciden en repudiar la Inquisición, destacando que «no hay lugar a lamentarse de la no existencia de la misma en España», a pesar de que el Nuncio, un diplomático «consalviano» se lamentaba de que hubiera sido suprimida sin autorización pontificia, si bien reconocía que «su organización y método no eran demasiado de alabar, ya que no era más que una *Inquisición política del Estado...*»

Más tarde, con el establecimiento en España de las dos Regencias —la de Madrid y la de Cádiz—, y sobre todo con la promulgación de una Orden de 1.º de octubre de 1823, en cuya virtud, la Regencia de Madrid anulaba todas las actuaciones constitucionalistas y declaraba «reos de lesa majestad a todos los individuos de las cortes actuales, a los de la pretendida rejencia nombrada en Sevilla, etc...», se agravaron los problemas de los «negros» —los liberales—; máxime, si tenemos en cuenta que el rey facilitó con su proverbial indecisión las ansias de venganza de los realistas, allanando el camino para que la Regencia de Madrid, actuase a su antojo, al retrasar deliberadamente su entrada en la capital de España hasta después de la ejecución del general don Rafael del Riego.

Dada la falta de noticias que sobre el proceso y la ejecución del héroe de Cabezas de San Juan hemos podido comprobar en la mayoría de los tratados sobre la historia española de aquella época, juzgamos de interés señalar que la acusación imputó a Riego el *crimen de traición*, poniendo el acento en el hecho de que el general del Riego «había votado, en su calidad de diputado, en la sesión de las *llamadas* cortes de 11 de junio, la traslación del Rey nuestro Señor á Cádiz, y también el establecimiento de una *rejencia*, destituyendo a S. M. de la *sombra de autoridad* que se le había dejado por la *llamada Constitución*, habiendo cometido en esto un delito de lesa majestad...» (3). El que la acusación no mentase para nada la sublevación militar llevada a cabo por el general responde, en mi opinión, a una táctica preconcebida por el fiscal y destinada a denegar la petición de la defensa en el sentido de que Riego debía gozar del fuero militar (4), con arreglo a lo dispuesto en el *R. D. de 5 de noviembre de 1817*, por el que se ratificaba por el rey Fernando VII el *R. D. de 9 de febrero de 1793* (5).

(3) *Vide: Proceso seguido contra el General d. Rafael del Riego, en Colección de las causas más célebres, Barcelona, año de 1837, t. I, págs. 211 y siguientes; más importante, por cuanto ha sido redactado por el hijo del defensor del general, don Faustino Julián Santos, es el Proceso orijinal seguido contra el Jeneral don Rafael del Riego, en ibidem, 1838, t. II, págs. 223 y siguientes, redactado por don Vicente Santos. Este es el que hemos utilizado.*

(4) *Vide los argumentos de la defensa en Proceso Orijinal seguido...*, páginas 250 y sigs. Los puntos fundamentales en que la defensa basó sus alegatos fueron: 1.º El de que Riego debía gozar del fuero militar; 2.º El de que Riego no había cometido un delito contra la Constitución —había, pues, actuado constitucionalmente—, ni había pretendido despojar al Rey de su poder, instaurando la *Rejencia*.

(5) Decía el *decreto de 1793*: «En adelante los jueces militares conozcar privativa y exclusivamente de todas las causas civiles y criminales en que

Ciertamente, la concesión de tal derecho no hubiese evitado a Riego la pena capital, pero sí las accesorias de carácter infamante. Sin embargo, el Tribunal, actuando con arreglo a lo dispuesto en la *Orden de la Rejencia de 1823* antes mencionada —que, de otro lado, tampoco podía derogar las leyes precedentes, en virtud de lo establecido en la ley 2.<sup>a</sup>, tit. IV, libro III de la Novísima Recopilación (6)—, atendió la petición del fiscal, el cual solicitaba «contra el reo convicto y confeso de alta traición y lesa majestad (ley 2.<sup>a</sup>, tit. II, Partida VII), don Rafael del Riego la de último suplicio, confiscación de bienes para la cámara del Rey, y demás que señalan las leyes citadas, ejecutándose en el de horca, con la cualidad de que del cadáver se desmembre su cabeza y cuartos (7), colocándose aquélla en las Cabezas de San Juan, y el uno de sus cuartos en la ciudad de Sevilla, otro en la isla de León, otro en la ciudad de Málaga y el otro en esta corte en los parajes acostumbrados, y como principales puntos en que el criminal Riego ha escitado la rebelión y manifestado su traidora conducta, con condenación de costas...» El Decreto de la Sala, dado en Madrid, a 5 de noviembre de 1823, decía: «Procédase a la ejecución de la sentencia de muerte de horca, con la cualidad de arrastrado» (8). Finalmente, «consultada con el Rey esta sentencia, fué puesto en reo en capilla, y pasados los tres días, conducido a la horca con un hábito blanco, sentado sobre un serón (9) que tiraba un jumento». Acompañaban al reo, levantándole algunas pulgadas del suelo, los cofrades de la caridad. Al mediodía del 7 de noviembre de 1823 llegó Riego a la plaza de la Cebada, donde fue ahorcado en un cadalso, cuya altura —en opinión unánime de los cronistas de la época— sobrepasaba la normal para tales casos (quizá, la administración de justicia recordando lo

---

sean demandados los individuos de ejército, ó se les fulminaren de oficio, exceptuándose únicamente las demandas de mayorazgos en posesión y propiedad...» (*Proceso Original seguido...*, págs. 250 y sigs.).

(6) Esta ley decía: «Porque acaece que por importunidad de algunos, ó en otra manera, Nos otorgaremos y libreremos algunas cartas, ó albaláes contra derecho ó contra ley, ó fuero usado; por ende mandamos que las tales cartas ó albaláes que no valan, ni sean complidas, aunque contengan que se cumplan, no embargante cualquier fuero ó ley, ú ordenamiento, ú otras cualquier cláusulas derogativas» (*Proceso Original seguido...*, págs. 250 y sigs.).

(7) GARCÍA GOYENA: *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, 1843, t. I, pág. 151: «Las de mutilación de manos o de lengua, de sacar los ojos, de enterrar vivo al matador bajo el muerto (ley 1.<sup>a</sup>, tit. 13, y ley 3.<sup>a</sup>, tit. 16 Partida II), están desterradas tiempo ha por la civilización.»

(8) BLACKSTONE, en sus *Commentaires on the English Law*, 1823, t. II, afirma que en Inglaterra, en la alta traición, que ataca directamente la persona del Rey o forma del Gobierno, el reo será colgado por el cuello y estando todavía vivo, se le abrirá el vientre, arrancándole las entrañas, y siendo descuartizado; la mujer convicta de traición será quemada. Pero, además, en la pena de traición, prosigue el célebre autor inglés, «el criminal no es llevado en carruaje, ni a pie, sino que se le arrastra; mas para ahorrarle el tormento que experimentaría dando con la cabeza y el cuerpo en el suelo, se le coloca en tejido de mimbres». En España, el reo era colocado en un serón y los hermanos de la *Cofradía de la Caridad o hermanos de la sangre de Cristo* le llevaban suspendido de modo que no tocara el suelo.

(9) Vide: *Procés du General Raphael Riego, en Causes politiques célèbres du dix-neuvième siècle*, París, 1827, t. III, págs. 50 y sigs.

sucedido con el Empecinado, quien, una vez en el cadalso, logró desembarazarse de sus ligaduras y saltó a tierra, donde fue herido a bayonetazos y luego ahorcado en un árbol, quiso evitar sucediera algo semejante) (10). A pesar del dolor que le causaba la inflamación de sus piernas, originada por los grillos que le habían tenido inmovilizado en el Seminario de Nobles de Madrid, durante el tiempo que duró su arresto, Riego mantuvo durante todo el trayecto «una calma y resignación ejemplares» (11). Ejecutado Riego el 7 de noviembre de 1823, Fernando VII entró en Madrid el 13 del mismo mes, «cuando —escribe MENÉNDEZ Y PELAYO (12)— esta obra de reparación había sido llevada a cabo por la Junta de Regencia que habían establecido el Duque de Angulema y los «guerrilleros» realistas».

Sin embargo, afirma ALONSO TEJADA, y a pesar de las presiones del clero y de la reacción realista en favor del restablecimiento del Tribunal del Santo Oficio, Fernando VII, presionado también por las potencias de la Santa Alianza, dio constantemente largas al asunto, que, de este modo, quedó definitivamente aplazado con la caída de don Víctor Sáez —«una verdadera catástrofe para el clero y los realistas netos»—, y el advenimiento de un gobierno, si no más moderado, si menos exaltado, el cual trajo consigo, por medio del Ministro Calomarde, el decreto de indulto de marzo de 1824, decreto que aumentó la furia de los «agraviados», los cuales, en lugar de hablar del *indulto*, lo hacían del *insulto*. Ello no obstante, el rey seguía, a este respecto, indeciso; pero atento al endurecimiento de la represión de los liberales —después del fracaso de la intentona de alzamiento general llevada a cabo por Bessières—, mediante un decreto de 9 de octubre de 1825, en cuyo artículo 11 se disponía que «se castigase con el último suplicio a los que gritasen *viva la Constitución, mueran los serviles, mueran los tiranos, viva la libertad*».

Pues bien, ante la situación de incertidumbre creada por la regia indecisión en lo tocante al Tribunal del Santo Oficio, cada obispo aplicó en su diócesis la solución que mejor le pareció, si bien todos ignoraron las previsiones establecidas para supuestos tales por el decreto de abolición de la Inquisición de 1813. Así, pues, algunos prelatos instituyeron en sus diócesis las llamadas *Juntas de Fe*, encargadas de proceder en las causas de fe con idénticos métodos que la Inquisición. La más famosa, sin duda alguna, fue la *Junta de Fe* de Valencia, creada por iniciativa del canónigo don José María Despujol, gobernador eclesiástico del Arzobispado hasta que, a finales de 1824, fue nombrado Arzobispo don Simón López, el cual, habiendo encontrado a dicha Junta —que se autotitulaba oficialmente *Tribunal de Fe*—, «en plena actividad y sobrecargada de trabajo», confirmó sus activi-

(10) VÁZQUEZ AZPIRI, H.: *El Cura Merino, el Regicida*, Ed. Alfaguara, 1965; y HARDMAN, F.: *El Empecinado visto por un inglés*, trad. y prólogo por Gregorio Marañón, Espasa-Calpe, 1964, pág. 57, nota 1.

(11) Vide: *Notice historique sur le General Raphael Riego*, en *Causes politiques célèbres du dix-neuvième siècle*, t. III, págs. 47 y sigs.

(12) SARRAILH, J.: *La Contre-Revolution sous la Regence de Madrid...*, página 145. Es sorprendente la falta de atención que SARRAILH presta a Riego en este libro; quizá, por el deseo de dejar en un buen lugar al Duque de Angulema y a los Cien mil hijos de San Luis (que no fueron más de 91.000).

dades por un edicto de 16 de octubre de 1825, haciendo además un balance de sus actuaciones. De este modo, la citada Junta había iniciado ya el proceso del maestro Cayetano Ripoll —encerrado el 8 de octubre de 1824— cuando salió la Real Orden de 4 de septiembre de 1825 suprimiendo las Juntas de Fe instituidas en Tarragona —creada en virtud de un edicto dado en Reus el 16 de abril de 1825— y en Orihuela; orden que pasó sin importancia para don Simón López, habida cuenta del apoyo que a éste había prestado Calomarde; apoyo que se había concretado en la confirmación que Calomarde hizo —probablemente a espaldas del Rey y del gobierno—, de una sentencia pronunciada en marzo de 1825 por dicha Junta contra dos presbíteros y curas párrocos, que habían sido condenados «a 10 años de presidios —don Josef Frau fue, además, condenado a hacer abjuración pública de sus errores— con retención al servicio del Real Hospital de la plaza de Ceuta». En este sentido, uno de los méritos mayores del libro de ALONSO TEJADA es haber demostrado suficientemente que esta Real Orden de 27 de mayo de 1825 —cuya existencia fue conocida en 1833—, y que en Valencia consideraron como una especie de *confirmación de la Junta por parte del Gobierno*, fue expedida sin conocimiento alguno, ni del Consejo de Castilla, ni del Consejo de Ministros. Pero, además, don Simón López dirigió el 25 de diciembre de 1825 al Ministro de Gracia y Justicia «una exposición en solicitud de la real aprobación para el Tribunal de fe que había establecido en su diócesis y para la sentencia que éste había pronunciado contra el librero de aquella ciudad (Valencia), don Mariano Cabrerizo, por retención y venta de libros prohibidos y otros excesos»; solicitud que no obtuvo respuesta de Calomarde. «En esta situación de legalidad, por lo menos dudosa. —dice el autor—, tuvo lugar la conclusión del proceso de Cayetano Ripoll»; proceso que ALONSO TEJADA estudia con enorme lujo de detalles. En fin, sin entrar en detalles sobre el proceso de Ripoll, importa, sin embargo destacar cómo el 30 de marzo de 1826 —después de un proceso de casi dos años de duración—, la Junta de Fe afirmó que era «de parecer que sea relajado C. Ripoll, como hereje formal y contumaz, a la justicia ordinaria, para que sea juzgado según las leyes como hay lugar...» Confirmada la resolución por el Arzobispado, el 3 de junio fue comunicada la sentencia a la Real Sala del Crimen de la Audiencia, que, por fin, dictó el 29 de junio sentencia, sin oír al reo, sin nombrarle defensor y sin comunicarle el estado de la causa, atendiendo en todo al dictamen del fiscal, el cual salvó el obstáculo que planteaban las leyes de Partida (las cuales preveían para tales supuestos la pena de muerte por el fuego), señalando que «en el día, en ninguna nación de Europa se quema o materialmente se condena a las llamas a los hombres» (13);

(13) La última ejecución de la *pena de muerte por el fuego en Prusia* tuvo lugar el 28 de mayo de 1813, en la ciudad de Berlín, siendo ejecutados el incendiario *Johann Christoph Peter Horst* y su amante, *Friederike Louise Christiane Delitz*. Información en HERMANN, H. L.: *Kurze Geschichte des Criminal-Prozesses wider den Brandstifter Johann Christoph Peter Horst und dessen Geliebte, die unvereheligte Friederike Louise Christiane Delitz. Mit Genehmigung des Königl. Justiz-Ministeriums nach Lage der Acten herausgeben*, Berlín, 1819, y ROSENFELD, Ernst: *Die letzte Vollstreckung der Feuerstrafe in Preußen zu Berlin am 28. Mai 1813*, en *ZStW*, 29 (1909), páginas 810 y sigs.

lo que no impidió, sin embargo, que C. Ripoll fuese condenado a la pena de horca y a ser quemado, figurando la quema pintando varias llamas en un cubo, que se colocaría por manos del ejecutor bajo el patíbulo, «interin permanezca en él el cuerpo de reo y colocarlo después de sofocado en el mismo, conduciéndose de este modo y enterrándose en lugar profano». Tampoco se observó con Ripoll el plazo de los «tres días en capilla», por considerarlo «fuera de la comunión de la Iglesia católica» y «no ser, por tanto, necesarios los tres días de preparación acostumbrados». Puesto en capilla el 30 de julio murió Ripoll en el cadalso el 31 de julio de 1826. Arrojada la cuba al Turia, «fué extraída inmediatamente del río, se sacó de ella el cadáver y se le dió sepultura allí mismo, en la ribera, fuera del cementerio».

Pese a todo, la *Junta de fe*, como demuestra ALONSO TEJADA, continuó sus actuaciones, ya que el 3 de septiembre de 1827 el rey aprobó una sentencia de dicho Tribunal contra dos presbíteros. En fin, después de estudiar el autor la participación del clero en el movimiento de los «agraviados» y sus intentos de restablecer el Santo Oficio, nos muestra cómo los Tribunales eclesiásticos no sólo ejercieron sus funciones inquisitoriales, sino que lograron un *Breve* de Pío VIII (5 de octubre de 1829), por el que se concedía autorización al Tribunal de la Rota de la Nunciatura española para admitir las apelaciones en las causas de fe. Al fin, después de diversas actuaciones de estos tribunales, el 15 de julio de 1834 fue promulgado un decreto, en cuyo artículo 1.º se declaraba suprimido definitivamente el Tribunal de la Inquisición, si bien quedaba nuevamente en pie el arduo problema que planteaban las actuaciones de los tribunales obispaes, por lo que, el 22 de octubre de 1833 la Audiencia de Valencia elevó consulta al Consejo de Castilla sobre tales abusos, consulta que evacuaron las restantes audiencias durante 1834, hasta que, el Consejo Real de España e Indias dictaminó en forma tal que la Reina gobernadora, en virtud de un decreto de 1.º de julio de 1835 ordenó cesaran inmediatamente todas aquellas Juntas de Fe que procedían del mismo modo que la Inquisición en todas las diócesis donde hubiesen sido establecidas, e impuso, además, a los tribunales eclesiásticos la observancia de las leyes generales del Reino y de la Iglesia.

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN

**BECCARIA, Cesare: «De los delitos y de las penas». Introducción, notas y traducción de Francisco TOMAS Y VALIENTE, Catedrático de la Universidad de Salamanca. Aguilar, Madrid, 1969; 212 págs.**

Reciente aún la conmemoración del bicentenario «Dei delitti e delle pene» (julio de 1964), la editorial Aguilar ha tenido el acierto de reeditarla y de encomendar esta tarea al cuidado de TOMÁS Y VALIENTE, Catedrático de Historia en la Facultad de Derecho de la Universidad Salmanticense. Esta nueva edición de la celeberrima obra del Marqués de Beccaria constituye, salvo error, la número catorce del total de las traducciones y reediciones que en lengua castellana se efectuaron, hasta el momento, en el continente

·europeo (1), y viene a sumarse, de modo indirecto y tardío, a la serie de homenajes que, con ocasión del mismo, se le tributaron en diversos países (2).

Doscientos seis años en la vida de un libro suponen una prueba, que pocas obras pueden afrontar. En tan dilatado lapso de tiempo lo normal es que el libro quede relegado al olvido en los anaqueles de cualquier biblioteca o despierte, cuando más, el interés o la pasión de bibliófilos e historiadores. Nada de esto, sin embargo, ha ocurrido con este opúsculo —«libricino» le llaman los italianos—, de 139 páginas manuscritas (3), aparecido por vez primera en Livorno, julio de 1764, en las prensas de mano de Marco Coltellini (4). Su autor era un joven lombardo de veintiséis años, aun cuando bien pueda afirmarse, como hace VALSECCI (5), que fue «en cierto sentido y en cierta medida obra colectiva» de los hermanos Verri y de aquél. Nacida en la más oscura clandestinidad, sin nombre de autor ni lugar de publicación, y amparadas las sucesivas ediciones en las sombras de lugares ficticios como: Harlem, Lausanna, Philadelphia, etc., pronto habría de concitar las iras de los reaccionarios: Angelo Facchinei, Muyart de Vouglans, el jerónimiano Fr. Fernando de Ceballos y Mier (6), etc, la condena de la Iglesia que lo incluyó en el Index Librorum Prohibitorum por decreto de 3 de febrero de 1766, y el aplauso sin tasa de los enciclopedistas franceses.

(1) Algunas se efectuaron en París. Véase una enumeración de las ediciones castellanas en: AMOR Y NEVEIRO, *Bibliografía de los Estudios penales*, Reus, Madrid, 1909, págs. 55 y 478; ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la ilustración*, en REP, N.º 166, Julio-septiembre 1964, página 421, n. 12; QUINTILIANO SALDAÑA, *El Derecho penal (De los delitos y de las penas)*, Hernando, Madrid, 1930, págs. 19 y sigs.; y en el volumen que se reseña, págs. 57 y sigs. Con carácter general, cuasi exhaustivo, puede verse: GIACINTO MANUPPELLA, *Cesare Beccaria (1738-1794). Panorama bibliográfico*, en Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. XXXIX, 1963, págs. 107 a 375.

(2) En España han tenido este carácter, el citado trabajo de ANTÓN ONECA, y la publicación por Alianza Editorial (Madrid, 1968), de la versión que hiciera Juan Antonio de las Casas en 1774. Su reseña fue hecha por ANTÓN ONECA, ADP, 1968, págs. 589 y sigs.

(3) Cfr. PISAPIA, *Presentazione* a la edición *Dei delitti e delle pene*, Giuffré, Milano, 1964; pág. VI.

(4) Se acostumbra a veces a decir que la obra apareció por vez primera en Mónaco, así, por ejemplo: MELCHOR Y LAMANETTE, *Estudio histórico sobre la penalidad en los pueblos antiguos y modernos*, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1877, pág. 140; AMOR Y NEVEIRO, *ob. cit.*, pág. 55, «probablemente Mónaco». El error es debido a que en el mismo año y con la distancia de un mes escaso (agosto de 1764), apareció la segunda edición en «Monaco Ligure», indicación ficticia que encubre el verdadero lugar de impresión: Livorno o Liorna. Véase al respecto: PISAPIA, *loc. cit.*; y MANUPPELLA, *ob. cit.*, pág. 143.

(5) Cfr. VALSECCI, «*Cesare Beccaria: L'uomo e l'opera*», conferencia pronunciada con ocasión del *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera «Dei delitti e delle pene»*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1965, página 126.

(6) Según refiere MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*, 2.ª ed., T. V., Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963, págs. 369, 370 y 381 n. 1, Ceballos escribió un *Examen del libro de Beccaria sobre los delitos y las penas*, que motivó la condenación inquisitorial del mismo por edicto de 20 de junio de 1777.

De octubre a diciembre de 1765 las Gacetas de las principales naciones de Europa insertaron el anuncio de que una Compañía de Ciudadanos de Suiza (7), ofrecía «una medalla de 20 ducados al Autor anónimo de un tratado que se publicó en *Italiano sobre los delitos y las penas*», y convidaba a su «Autor a que se dé a conocer y admita una señal de estimación, debida a un buen Ciudadano, que se atreve a levantar la voz en favor de la humanidad, contra las preocupaciones más envejecidas» (8). Un año más tarde, aproximadamente, el antiguo discípulo de los jesuitas de Parma era aclamado entusiastamente por los ilustrados franceses, que al aplaudir sin reservas a aquel «pequeño filósofo de la época de las luces», como le llamará ANTÓN ONECA (9), se prodigaron una especie de autoaplausos muy carol al chauvinismo francés (10). Es el momento culminante de su vida; París lo recibió con júbilo; Voltaire, otro ex discípulo de jesuitas, con la ayuda de Cristin, abogado de Saint Claude (11), le dedica un comentario que se ha hecho famoso; y su obra es editada y reeditada ininterrumpidamente por todas partes. Después se encierra en un hermético mutismo que sólo se verá alterado al final de sus días.

Beccaria fue un hombre bonachón y taciturno, con un carácter que en apariencia «rassomigliava alla stupidità» (12); su natural indolente y tímido contrasta con la ardiente pasión que sintió por Teresa de Blasco, ésta hija de «un oscuro coronel español» (13), que pronto habría de convertirse en su primera esposa. El gran acierto de su vida fue ese pequeño libro, que «flameó como una bandera» e hizo de él «un hombre símbolo» (14). Escrito en un momento de arrebato juvenil, fue, diríamos con la terminología de hoy, un «libro protesta», que encerraba en sí la destrucción del viejo sistema. Su pensamiento, en parte actual (15), tiene para las nuevas genera-

(7) Sobre esta Sociedad de Ciudadanos, que era secreta, véase: SCHAZMANN, *Le Traité des délits et des peines en Suisse*, en *Revue Penale Suisse*, 1943, fasc. I, págs. 59 y sigs.

(8) Se insertó en la Gaceta de Madrid del martes 3 de diciembre de 1765, N.º 49, pág. 391.

(9) Cfr. ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en REP, núm. 174, julio-septiembre 1966, pág. 621.

(10) Como ha puesto de relieve CÉSAR CANTU, *Beccaria et le droit pénal*, traducción francesa, París, 1885, pág. 55, los enciclopedistas franceses prodigaron sus elogios a Beccaria «con el aire protector de quienes aplauden en otros las ideas que ellos creen haberles inspirado». En este sentido ha dicho VILLEMMAIN, hablando de Beccaria, «Nous avons, vous le savez une sorte d'égoïsme d'admiration pour les idées semblables aux nôtres; c'est nous-mêmes que nous flattons en applaudissant nos interprètes» (Apud. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, 2.ª edición, Fratelli Bocca, Torino, 1932, pág. 30, n. 2).

(11) Cfr. SCHAZMANN, *ob. cit.*, pág. 64.

(12) Cfr. la edición «*Dei delitti e delle pene*», Dai Torchj di Glauco-Masi, Livorno, 1828, pág. 3. PAOLA LOMBROSO escribió un artículo sobre: *La psicosi di Beccaria*, Nell'Archivio di Psichiatria, Scienze Penali ed Antropologia Criminale, Vol. XVIII, Fasc. II-III, págs. 233-245, Torino, 1897.

(13) Cfr. VALSECCHI, *ob. cit.*, pág. 125.

(14) Cfr. ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal en la Ilustración...*, pág. 623.

(15) Véase: JACOMELLA, *L'actualité de la pensée de Cesare Beccaria*, en *Revue internationale de Criminologie et de Police Technique*, abril-junio, 1964, páginas 84 a 97. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, en *Studi*

ciones el aliciente y el mérito de haber abierto un camino en la vieja lucha que el hombre viene sosteniendo desde siempre en pro de la Justicia.

Antecede al texto de Beccaria una sustanciosa Introducción de TOMÁS Y VALIENTE dividida en cinco partes, que se cierran con una sucinta, pero interesante, nota bibliográfica.

### I.—El hombre y su libro.

Se inicia esta parte de la introducción con tres interrogantes que se despejan cumplidamente: «¿Quién fue Beccaria? ¿Cuál fue la génesis de su importantísimo libro? ¿Qué más hizo su autor después de publicarlo a sus veintiséis años de edad? De la mano de TOMÁS Y VALIENTE la figura de Beccaria, enmarcada en el contexto socio-político de su Milán natal, surge a nuestros ojos como «un ser quietista, poco ambicioso y con poca curiosidad vital». Destaca la decisiva participación que los Verri tuvieron en su libro, pero rechaza la calificación de impostor que aquéllos con tanta frecuencia prodigaron. También rechaza por inexacto el calificativo de «fundador de la ciencia penal», puesto que ciencia jurídicopenal ya la había, y cree que su mérito fue haber dado tratamiento coherente a los problemas penales y procesales de la época, abriendo, de este modo, una nueva etapa en la historia de la ciencia penal. De cara a la Historia, todo lo que hizo Beccaria se encierra en ese pequeño folleto. Después, prácticamente, nada o casi nada. Pero la semilla ya había sido lanzada y germinará. Su lectura influirá grandemente en Catalina II de Rusia, María Teresa de Austria, Leopoldo de Toscana, etc.

### II.—El Derecho penal del tiempo de Beccaria.

De manera certera, en breves páginas, TOMÁS Y VALIENTE nos introduce en el Derecho penal de la época, de raíz romana y bajomedieval, que las Monarquías de aquel entonces ampararon con ahínco porque favorecía eficazmente su autoridad. Resalta el uso y abuso de la pena y afirma que «la Monarquía incurrió siempre en un exceso de leyes penales», de modo análogo —podríamos añadir nosotros— a lo que acontece en nuestros días. El carácter secreto del proceso, la enorme discrecionalidad judicial, la ausencia de tipificación, el uso profuso e indiscriminado de la pena de muerte, que en algunos territorios italianos estaba establecida «contra quien alojara forasteros sin declararlo a las autoridades (año 1639)... contra quien besara a una mujer sin consentimiento de ésta (año 1536)», etc., son otros tantos males que aquejaban a la justicia penal de aquellos tiempos. Y todo ello unido a la consideración del delincuente como un pecador, permite comprender el carácter de prueba reina que ostenta la confesión cuando afirma la culpabilidad del reo.

### III.—Valoración del libro.

El decálogo de Beccaria, a juicio de TOMÁS Y VALIENTE, se esquematiza en los siguientes principios: 1.º Racionalidad, 2.º Legalidad, 3.º Publicidad,

4.º) Igualdad, 5.º) Objetividad, 6.º) Certeza y moderación de la pena, 7.º) Prevención general, 8.º) Proporcionalidad, 9.º) Supresión, casi total de la pena de muerte, 10.º) Utilización *in extremis* de la pena. Cree, siguiendo a Calamandrei, que el pensamiento de Beccaria sigue vigente en nuestros días, como han puesto de relieve los totalitarismos deshumanizantes que, por desgracia, no son privativos de los regímenes fascistas; y además, porque mientras la tortura y la pena de muerte no desaparezcan «el libro de Beccaria no será una reliquia, sino una condenación viva de tales realidades». Su vigencia cobra aún mayor relieve al considerarlo precursor de la «nouvelle défense social».

#### IV.—Repercusión de Beccaria en España.

En su opinión, la acogida que se le dispensó a Beccaria en España fue muy desigual y tardía. Entre los detractores destaca al P. Ceballos; y entre los penalistas ilustrados estima que el «más coincidente con el modo de pensar y de sentir de Beccaria fue Meléndez Valdés», ya que Manuel de Lardizábal se separaba de aquél en lo tocante a la pena de muerte. Su influencia en el terreno de la práctica judicial fue más eficaz y se dejaría también sentir en los redactores del Código del 22.

#### V.—La presente edición.

De estilo cuidado y agradable lectura, a pesar de las dificultades que el modo de escribir de Beccaria entraña, ha sido realizada directamente del italiano a la vista de las ediciones de Romagnoli (Florencia, 1958) y Pisapia (Milán, 1964), y presenta una estructura análoga a la que le diera el abate Morellet. Tanto la Introducción como el texto de Beccaria están salpicadas de abundantes notas, muy ilustrativas, destinadas a facilitar el encuadre y la comprensión de este alegato, en ocasiones oscuro pero siempre valioso. Su autor, que cuenta en su haber obras de tanto interés para un penalista como *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta* (Tecnos, Madrid, 1969), ha realizado una labor meritoria digna de encomio. Y otro tanto ha de decirse de la Editorial Aguilar que, al ofrecernos esta edición de bolsillo, ha puesto la obra al alcance de todos para desvirtuar el aserto de César Cantú de que: «bien poca gente lee el libro de Beccaria, pero todo el mundo habla de él» (16).

M. GURDIEL SIERRA

**BIBLIOTHEQUE DE LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN. IV. «Le Jury face au Droit pénal moderne». Travaux de la troisième Journée d'études juridiques Jean DABIN (19.20 mayo 1967), Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1967; 273 págs.**

Se trata de una nueva publicación de esta Biblioteca universitaria, dentro de la serie llevada a cabo, a partir de 1965, con motivo de la celebración de las Jornadas de Estudios Jurídicos J. DABIN. En este volumen —IV de

(16) Cfr. CÉSAR CANTU, *ob. cit.*, pág. 47.

la serie—, se nos ofrece un tema de interés jurídico-penal. El presente libro constituye una obra bien realizada, fruto de la contemplación y estudio de un tema de especial relieve desde el punto de vista del Derecho comparado. Tal vez sea de lamentar la falta de participación por parte de Profesores españoles en estas Jornadas que en mayo de 1967 tuvieron por objeto un tema relevante en materia de Política criminal y de Organización de tribunales.

Principia el libro con una *Introducción* del Decano de la Facultad, DE VISSCHER, y se compone de los siguientes principales apartados: *Ponencias*, presentadas por P. BONDUE, R. CHARLES, P. E. TROUSSE, J. GRAVEN, R. VOUIN y H.-H. JESCHECK; *Discusiones*, estando las intervenciones a cargo de P. CORNIL, R. LEGROS, P. DE CANT, A. FETTWEIS, S. C. VERSELE, J. Y. DAUTRICOURT, L. DECLERCK y J. GRAVEN; *Documentos*, con dos Secciones, la primera sobre Notas de Derecho extranjero presentadas por R. LANGE (Alemania Federal), C. D. AAVOLD (Inglaterra), R. FLORIOT (Francia), A. HUSS (Luxemburgo), N. RESTIVO y G. GALLI (Italia) y G. E. LANGEMEYER y W. P. J. POMPE (Países Bajos), y la segunda sobre Estadística; y un *Apéndice*, de Fr. BERNARD-TULKENS, sobre «El Jurado y los delitos políticos y de prensa».

El Jurado es una institución que, desde su origen, no ha dejado de alimentar controversias. Sobre un tema que ya ha hecho correr mucha tinta y que fue examinado bajo todos sus aspectos —escribe TROUSSE—, se podría dudar que fuera posible añadir algo. Se puede resumir la controversia sobre el Jurado en dos afirmaciones antitéticas: una, que reposa en el substrato de naturaleza sentimental y tradicional, enuncia que el pueblo debe participar directamente en el enjuiciamiento de los delitos de mayor gravedad para conocer de ellos sobre la base de criterios de equidad y humanidad, e incluso *extra, praeter o contra legem*; otra, que responde más a las exigencias de la Justicia, pone de relieve que, en todo juicio en materia criminal, la percepción lógica y el examen minucioso de los hechos no son suficientes, sino que es precisa una preparación jurídica y el auxilio de las Ciencias complementarias del Derecho.

El tema del Jurado es uno de los más discutidos en materia de organización y procedimientos judiciales, como indica GRAVEN, quien cifra su remoto precedente en la instauración en Inglaterra, en el siglo XII, del «Jurado de acusación», en el que aún prevalecía la idea del «juicio de Dios», y la prueba y el juicio «por el pueblo». En Francia, antes de la Revolución, el secreto y el tormento eran las características del procedimiento criminal —inquisitorial— del antiguo régimen. Se dirige entonces la mirada hacia el «asilo de la libertad» y otras instituciones inglesas. Se ha afirmado que el Jurado nació en el continente europeo de la «anglomanía del siglo anterior», cultivada por escritores, filósofos y publicistas.

Se plantea, al final de su ponencia, GRAVEN la cuestión de si, en definitiva, sería preferible recurrir a Tribunales profesionales integrados por Jueces especializados que conozcan a fondo los problemas penales y que se hallen preocupados por la misión social educadora, preventiva y represiva, que están destinados a desarrollar. La cualificación profesional es indispensable hoy, si no se quiere correr el riesgo de que ningún jurista pueda dominar la totalidad de las disciplinas jurídicas, dada la progresiva extensión

y ramificación de las mismas, frente a los que frecuentemente cree la opinión común. Es preciso un sistema que sea capaz de conocer «las causas externas e internas del acto del delincuente, la naturaleza de las taras, las debilidades morales, físicas o psíquicas y el carácter de estas últimas, para prevenir, corregir o curar, readaptar y —si es posible— resocializar, sin odio y sin desprecio por el hombre, sino con una serenidad absolutamente científica animada de caridad y comprensión, según las particularidades de cada caso y la individualidad de cada inculpado». Y este sistema sólo puede conseguirse a través de una Judicatura especializada. Se operará el cambio, efectiva y decididamente, en el preciso instante en que se instauren los «verdaderos Jueces penales». La última palabra, en orden a esta trascendental innovación, la tiene la opinión pública y, en definitiva, el Legislador.

Frente a la tónica general de los diversos Ponentes en estas Jornadas —a excepción de Trousse, respecto del sistema vigente en Bélgica—, abiertamente contraria por lo común al sistema del Jurado, Vouin se pronuncia en favor del mismo, emprendiendo, en primer lugar, la defensa de una ley francesa —de 25 de noviembre de 1941—, a la que califica como producto de una larga y minuciosa elaboración y, a continuación, la defensa del Jurado, tal y como le conoce actualmente la «Cour d'assises» francesa, en el seno de la Jurisdicción criminal. Además de la ley de 28 de abril de 1832, que instauró en Francia el Jurado integrado por doce miembros, somete a análisis crítico la ley de 5 de marzo de 1932, que limita en parte las funciones del Jurado —en orden a la aplicación de la pena— vinculándole al Tribunal —tres magistrados— propiamente dicho, y Vouin apunta la inevitable oposición, tarde o temprano, entre ambos estamentos («doce jurados contra tres magistrados»). Revisa, a continuación, entre otras disposiciones, la citada ley de 1941, que introduce en el procedimiento criminal francés el sistema híbrido de «échevinage» o de «assessorat» y reduce el número de jurados a seis, cifra que será elevada, por una ordenanza de 1945, a siete y, por el Código de procedimiento criminal de 1958, a nueve, además de los tres magistrados de carrera.

La Ponencia de H.-H. JESCHECK versa sobre consideraciones de Derecho comparado. Hace objeto de su consideración, en primer lugar, a aquellos países que aún hoy conservan verdaderos Tribunales de Jurado (Bélgica, Austria, Suiza, Noruega, Inglaterra, Estados Unidos de América); a continuación, a los que han abandonado tal sistema en beneficio de otras instituciones (Alemania, Francia, Italia, España, Portugal); y, finalmente, a aquellos países que jamás han conocido el Tribunal de Jurado, habiendo seguido siempre otro sistema (Países Bajos, Suecia). Inglaterra y Estados Unidos son los países clásicos del Jurado; en ellos éste goza de una particular posición, porque allí está vinculado a un puro proceso entre partes y debe desempeñar un papel procesal propio, que difícilmente puede ser asumido por otro procedimiento. Pero la introducción de tal sistema en Europa continental adolece, sin embargo, de serias dificultades y, por ello, puede augurarse que los países de Europa continental que conocen aún los Tribunales de Jurado propiamente dichos seguirán, antes o después, el ejemplo de los países que definitivamente los han abandonado.

Pues no ha de olvidarse en ningún momento que, en tanto que el Tribunal

de Jurado obedece fundamentalmente a unos principios emotivos, el Tribunal de Jueces profesionales lo hace a unos principios más técnicos; mientras que aquél es más «pathos», éste es más «logos». Y, si el Derecho penal es Ciencia, forzosamente ha de ser en todas sus manifestaciones cada vez más técnico y racionalista.

Miguel POLAINO NAVARRETE,

Profesor Adjunto de Derecho penal  
de la Universidad de Sevilla.

**BLAUTH, Peter:** «Handeln für einen anderen nach geltendem und kommenden Strafrecht», Heidelberg, 1968; 177 págs.

El problema, que tanto preocupó a los juristas alemanes de principio de siglo, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha trasladado en la actualidad, en Alemania, a otro terreno: el problema de la responsabilidad penal de las personas individuales, gerentes, administradores, etc., que actúan por dichas personas jurídicas, representándolas.

En la actualización de esta cuestión ha tenido decisivo influjo el Proyecto de 1962, que en su parágrafo 14 castigaba «a los Organos de las personas jurídicas, o a los miembros de aquéllos, y al representante legal de alguna otra, cuando los elementos personales especiales que fundamentan la punibilidad no se dan en ellos, pero sí en sus representados». Precepto que con algunos retoques se ha convertido en Derecho vigente por obra de una Ley de reforma del Código penal de 26 de mayo de 1968, pasando a ser el parágrafo 50 a) del vigente Código penal alemán.

El presente libro apareció precisamente antes de que el precepto se convirtiese en Derecho vigente, pero esto no amengua en nada su valor, sino que incluso lo aumenta para los juristas no alemanes, pues en el trabajo se contienen sugerencias de *lege ferenda*, no vinculadas por tanto a un férreo texto legal, que imponga limitaciones, y que pueden ser aplicadas *mutatis-mutandi* para la reforma de cualquier otro Ordenamiento.

El problema antes de la reforma legal, se formulaba de la siguiente manera: ¿Cómo puede castigarse a aquellas personas que actuando como representantes de otros lesionan normas jurídicopenales? Como bien dice BLAUTH en la primera parte de su exposición, dedicada al Derecho vigente, la solución era problemática de *lege data*, ya que en ciertos delitos, que se cometían frecuentemente por esta actuación, apropiación indebida, frustración de un embargo, etc., se exigen determinados elementos personales, deudor, depositario, etc., que no se dan en los representantes, pero sí en los representados. Los ensayos de lograr una solución de *lege data*, realizados por Nagler y algunas sentencias del Reichsgericht, son estudiados con especial detenimiento. Nagler intenta, partiendo de la consideración de que toda norma es un imperativo que se dirige a un destinatario, ampliar el círculo de dichos destinatarios en los delitos especiales, ya que las normas especiales se dirigen también al representante legal como sujeto idóneo. Una idea semejante defiende el Reichsgericht. Ambas son rechazadas por Blauth,

tanto en su fundamentación, la norma como imperativo, como en sus consecuencias prácticas, respecto a la punibilidad del órgano de la persona jurídica. Lo mismo ocurre con la teoría llamada de la consideración realista, que partiendo de una concepción del Derecho penal como accesorio frente al Derecho civil, intenta aplicar las normas de éste sobre esta materia a aquél. Pero se olvida que el Derecho penal «se dirige a la protección de bienes jurídicos con sus propios medios», y que por lo tanto, no es accesorio de ninguna otra rama del Ordenamiento jurídico.

Independientemente de lo que en el libro se dice, debe señalarse aquí, que el problema fue ya planteado por Binding, anteriormente a Nagler, y con bastante originalidad (Lehrbuch, parte especial, 2.<sup>a</sup> ed., 1902, pág. 417), con respecto al parágrafo 288 del Código penal alemán (frustración de un embargo, equivalente a nuestro alzamiento de bienes), alegando que este delito puede ser cometido también por el representante del deudor contra quien se dirige el embargo, ya que dicho embargo, no la norma se dirige también contra aquél. Es curioso cómo este problema, y también respecto al parágrafo 288, ha sido tratado recientemente en polémica por Rimmelpacher y Schmitt (en JZ, 1967, págs. 472 y 698, y en la misma revista, 1968, página 123), lo que no se cita en este trabajo, quizá por haberse terminado antes de estas fechas, aunque no publicado.

Lo poco satisfactorio de las doctrinas formuladas para encontrar una solución de *lege lata*, le llevan a dedicar su atención al problema de *lege ferenda*, especialmente a la consideración de la cuestión en el Proyecto de 1962, a lo que se dedica toda la segunda parte. Así, estudia el ámbito de aplicación real del parágrafo 14 del Proyecto, los delitos a los que se aplica y el concepto de elementos personales especiales en estos delitos. Con respecto al ámbito de aplicación personal distingue entre los distintos grupos de representantes, el Órgano de la persona jurídica y el representante legal de la persona natural (tutor, por ejemplo) en este último grupo quiere incluir también los representantes de determinados entes sin personalidad jurídica, o por lo menos discutida, el síndico concursal, el ejecutor testamentario, etcétera. Difícil ve la aplicación del parágrafo 14 al grupo de delitos que él llama «delimitados egoístamente», pues los concretos elementos personales que se exigen en estos delitos, el ánimo de lucro por ejemplo, sólo pueden darse en el representado, sin consideración a si también se dan en el representante.

Las reformas y objeciones que opone al Proyecto llevan al autor a una tercera parte, donde hace algunas «proposiciones propias para la regulación de la responsabilidad jurídico-penal del representante». Según él, la solución del problema se dificulta por ser esta una cuestión que está a caballo de la parte general y de la especial, sin encontrar un sitio definido entre ninguna de las dos. Por otra parte, también dificultan una solución las dos ideas que presiden el tema: la concepción personal del delito, que se opone, como es lógico, a toda ampliación de los tipos bajo la idea de la responsabilidad del representante, y la meta de una protección más fuerte de los bienes jurídicos, que exige dicha ampliación de los tipos.

Un buen libro, por tanto, en el que una vez más la ciencia se adelanta a la práctica allanando caminos y abriendo horizontes, que deben ser tenidos

en cuenta en toda reforma para lograr así un mejoramiento, siempre tan deseado, de las leyes penales.

Francisco MUÑOZ CONDE

Profesor Adjunto de Derecho penal de Sevilla

**COBO, Manuel:** «Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español»; Separata de la «Revista de Derecho Judicial», número 41, enero-marzo, 1970, Madrid, 1970; pags. 78 a 106.

Nos hallamos ante la interpretación de una norma de nuestro Código penal, quizá de las más olvidadas, tanto en el campo científico como en el de su aplicación práctica por los Tribunales de Justicia que no parecen haber tomado conciencia todavía, después de casi veintiséis años, de la facultad que les confiere el artículo 65 para *sustituir* la pena impuesta al menor de dieciocho años por una medida de seguridad (internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable), y de los problemas que tal sustitución lleva consigo.

A tal fin, comienza el autor por el estudio de la circunstancia tercera del artículo 9.º del Código penal, deteniéndose especialmente en la cuestión de su naturaleza jurídica, objetiva o subjetiva. Su opinión a este respecto es tan clara como exacta: «No es, simplemente, una circunstancia cuya «naturaleza» sea objetiva y nada más, puesto que si bien es cierto que se comprobará, para su entrada en vigor, o mejor, para su aplicación, un simple dato *objetivo* radicado en la edad, no obstante, su fundamento y esencia, debe verse —como asimismo reconocen los autores que le confieren naturaleza objetiva—, en una dimensión eminentemente subjetiva *implícita*, que, sin duda, comporta. En suma: sería un claro supuesto de redacción legal objetiva, que llevan dentro de sí un contenido subjetivo que, en definitiva, da sentido a tal atenuación aunque expresamente el legislador sólo haya hecho alusión a un mero dato cronológico (edad), y silencie toda referencia a consideraciones y extremos subjetivos, que *siempre* el mismo implica» (pág. 80).

Hace a continuación un examen comparativo entre la fórmula legal vigente y la precedente del *discernimiento*, poniendo luego de manifiesto la posibilidad de que, en determinados casos de estados psicológicos o fisiológicos comparables a la situación volitiva e intelectual del menor de dieciocho años, puedan los Tribunales de Justicia aplicar a los mayores de edad penal esta causa de atenuación, a través de la atenuante por analogía.

Concluye esta primera parte, después de referirse a los inconvenientes que lleva consigo el establecimiento de un límite fijo de edad, diciendo que «si bien es cierto que para la aplicación de la atenuante tercera del artículo 9.º, será suficiente con la simple comprobación de la edad, no se agota con ello la eficacia jurídica de ese extremo fáctico (edad), ni tampoco despliega su total virtualidad, porque la misma sea afirmada» (pág. 84), planteando luego algunas cuestiones que engarzan el tema de la atenuante tratada con el del artículo 65, cuyo estudio comienza a renglón seguido.

Ya dentro de esta segunda parte, analiza el proceso de instauración del artículo 65, tal como actualmente está redactado, y la favorable acogida de la nueva norma por la doctrina científica. Los problemas que plantea su aplicación, sin embargo, surgen de inmediato, teniendo el primero de ellos relación con el *arbitrio judicial* o, si se prefiere, con la *discrecionalidad* que a los Tribunales confiere tal artículo, ya que, si esta facultad se interpreta como pura facultad discrecional, entonces no es susceptible de impugnación a través del recurso de casación pertinente, lo que desemboca en una *inseguridad* jurídica tanto mayor cuanto las expresiones que utiliza la fórmula legal: «internamiento... por tiempo indeterminado», «conseguir la corrección del culpable», y hasta «circunstancias del menor y del hecho», son pasajes que proporcionan un amplísimo margen en el que crece la incerteza, impropia, naturalmente, de las decisivas consecuencias que se derivan de la aplicación de dicho artículo» (pág. 91).

El siguiente problema plantea una cuestión eminentemente práctica cual es la falta de aplicación de tal facultad por parte de los Tribunales de Justicia, incurriéndose aquí en un círculo vicioso —no se aplica por la inexistencia de establecimientos adecuados, y no se realizan tales instituciones debido a la falta de aplicación del precepto mencionado—, únicamente roto por la creación del Instituto Penitenciario para Jóvenes de Liria (Valencia).

Interesante es al tratar de este precepto, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, la clara diferenciación entre los conceptos de *pena* y *medida de seguridad*, cuya confusión podría convertir el internamiento en institución especial de que nos habla el artículo 65, informado en cuanto a la sustitución en el principio de *prevención especial*, en un instrumento represivo, en una verdadera «*causa de agravación*, que, además, quedaría a la discrecionalidad del Tribunal» (pág. 97).

Vuelve nuevamente Cobo al tema apuntado del arbitrio judicial y de los problemas que plantea siendo quizá este uno de los puntos más interesantes de su trabajo, por cuanto presenta una interpretación del precepto en su mayor parte de nuevo cuño, y pone de manifiesto las situaciones extremas que se ocasionarían con la simple aplicación de la medida de seguridad, tal como aparece redactada.

Así, mantiene que no se trata aquí de una pura facultad discrecional, sino de un «arbitrio judicial *reglado*, sujeto y sometido al Derecho y, además, *razonado*» (pág. 99), desde el momento en que el artículo 65 faculta a los Tribunales de Justicia para aplicar, bien la atenuante, o bien la medida de internamiento, pero tal *facultad* alcanza únicamente a la decisión que tomen, y al *tener o no en cuenta*, en cada caso las circunstancias del menor y del hecho. Esto último no es discrecional, sino preceptivo —los Tribunales habrán de tomar tal decisión, sea en un sentido, sea en otro, razonándola a través del estudio de aquellas circunstancias—, lo que lleva como lógica consecuencia la posibilidad de admitir, por la inobservancia de esta norma, el correspondiente recurso de casación por infracción de Ley.

En cuanto a las situaciones extremas a que habíamos hecho referencia, trata el autor del problema que se presentaría si el «culpable» se demostrase *incorregible* después de su internamiento en la institución especial —si con anterioridad «se pronostica su incorregibilidad jamás podría aplicarse la sus-

titución desde el punto y hora que falta su supuesto más importante, cual es la capacidad de corrección del autor» (págs. 100 y sigs.)—, caso en que, ateniéndonos a la letra de la Ley (el menor debería permanecer en esta institución *hasta conseguir su corrección*), llegaríamos a situaciones insostenibles por su injusticia. Pone asimismo de manifiesto un nuevo círculo vicioso «únicamente cuando el delincuente se haya corregido, finalizará su internamiento, y sólo sabremos en realidad que total y plenamente se ha corregido, cuando haya finalizado su tratamiento (internamiento)» (pág. 103).

La solución que Cobo nos ofrece para estos casos es la de operar con una *apariencia objetiva de corrección*, considerando ésta suficiente para que se produzca el efecto de cesación del internamiento.

En suma, si bien admite que la norma estudiada por cuanto significa una nueva mentalidad, pudo significar en su día un paso hacia adelante, «desde otras vertientes no menos importantes... puede suponer cien pasos atrás» (pág. 105), especialmente por cuanto se refiere a la *incerteza* jurídico-penal que su aplicación estricta comporta. Finaliza su trabajo con una llamada de atención sobre lo que esta norma significa, por cuanto abre el camino hacia «un mundo jurídico-penal de contornos específicos, y que constituye, al menos en su dimensión sustantiva —al margen, claro está, de la legislación de menores, que es cosa distinta, ya que aquí se trata de jóvenes—, una zona olvidada, no atendida, con todos los riesgos que encierra el olvido» (pág. 106).

En consecuencia, podemos observar que se trata de un trabajo, no de teoría general, sino de examen de normas muy concretas del Código penal, dirigido especialmente al planteamiento y solución de los problemas que la aplicación práctica de aquellas normas comporta, conteniendo asimismo no pocas críticas y numerosos comentarios que, si son negativos teniendo en cuenta la redacción legal vigente, se podrían convertir en razonamientos positivos de *lege ferenda*.

Luis C. RAMOS RODRÍGUEZ

**GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Autor y cómplice en Derecho penal», Madrid, 1966, Servicio de publicaciones e intercambio de la Facultad de Derecho; 349 págs.**

En la obra de la que nos ocupamos, se trata de un intento para interpretar la problemática que plantean los artículos 14 y 16 de nuestro Código penal y de las cuestiones anejas a ellos que se suscitan. Para su estudio la divide su autor en tres partes.

En la primera parte se estudia el contenido del número 1.º del artículo 14, del que tradicionalmente la doctrina dominante española estima que es el que define la autoría en sentido estricto. Por ello, examina en este lugar las doctrinas extranjeras formuladas sobre el concepto de autor en sentido estricto. En primer lugar se ocupa de la teoría objetivo-formal —autor es el que realiza un acto de ejecución, cómplice el que realiza una acción preparatoria o accesoria de otro ejecutiva—, con sus diversas fundamentaciones

—mayor reprochabilidad del ejecutante, subsumibilidad de la acción ejecutiva en el tipo legal, etc.—. El fracaso de esta teoría en Alemania se debe, según GIMBERNAT, sobre todo a que no puede explicar los casos de autoría mediata. La teoría subjetiva, sin embargo, puede explicar perfectamente este caso. Su fundamentación —la equivalencia causal de todas las contribuciones al resultado— y su contenido —dada esa equivalencia objetiva, la diferencia entre autor y cómplice radica en el ámbito subjetivo: *animus auctoris*, *animus socii*—, son, en cambio, falsos y responden a una ficción.

Pasa después al estudio de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el número 1.º del artículo 14, analizando detenidamente la tesis subjetiva de este Tribunal: la teoría del acuerdo previo. Según esta teoría mantenida durante más de medio siglo por dicho Tribunal, cuando existe un acuerdo previo entre varias personas para cometer un delito, todas ellas son autoras de ese delito, aun cuando los actos realizados por algunos no sean de ejecución directa del delito, sino preparatorios o accesorios de la acción de ejecución principal. GIMBERNAT examina exhaustivamente las sentencias donde se acoge tal tesis con sus variantes, analiza su contenido, origen y fundamentación, así como sus resultados. La crítica es implacable, pocas veces se habrá realizado una crítica tan a fondo y tan fundamentada de las decisiones jurisprudenciales. El Tribunal Supremo opina que, si existe concierto, el acto de cada delincuente es un mero accidente de la acción conjunta, su acción puede estar muy alejada del resultado, pero ello es algo casual. Por el contrario, afirma el autor que, precisamente, esa casualidad, azar o accidente, es la que salva a la persona que, puesta de acuerdo con otras para realizar un delito, no llega a realizar acciones ejecutivas del tipo de ese delito. La fundamentación de tal tesis descansa en la filosofía del existencialismo —Sartre, *L'existencialisme est un humanisme*—, de que a la persona hay que juzgarla, no por lo que pudo hacer, sino por lo que efectivamente hizo, no por los actos que hipotéticamente pudo realizar, sino por los que efectivamente realizó.

El artículo 14, número 1.º, pues, no define al autor en sentido estricto, sino sólo a aquellos que realizan actos ejecutivos, «tomando parte» en el hecho de otro, a diferencia del cómplice que no realiza dichos actos. Así, pues el vigilante o el que coopera con la entrega de instrumentos a la realización del delito no caen bajo el número 1.º del artículo 14, aun cuando sus conductas pueden estar incluidas en los otros números del mencionado artículo.

La segunda parte está dedicada al estudio de la cooperación necesaria y de la complicidad. La distinción entre el cooperador necesario y el cómplice se ha visto, por cierto sector de la doctrina patria, en que el cooperador necesario es causa del resultado, mientras que el cómplice es sólo una condición de él. Esta interpretación se debe a un malentendido de la teoría causales individualizadoras, pretendida distinción entre causa y condición, por lo que cae por su base. También se ha pretendido interpretar la *necesidad* del número 3.º del artículo 14 de una manera abstracta, averiguando qué es lo que hubiera sucedido hipotéticamente suprimiendo *in mente* la actividad cuya necesidad se pretende determinar, lo que conduce a una imposibilidad práctica. La interpretación concreta, que tiene en cuenta el

delito tal como se ha desarrollado en todos sus extremos, borra toda diferenciación material entre el autor y el cómplice. Tampoco resuelve el problema la teoría del dominio del hecho.

Ante el fracaso de todas estas teorías GIMBERNAT ofrece la suya propia: la teoría de los bienes escasos. La escasez es la que determina, si un acto cooperador puede ser subsumido o no en el número 3.º del artículo 14. Si la cooperación consiste en la entrega de una cosa, ésta deberá ser escasa conforme a un criterio general y en atención después al caso concreto. Sobre la escasez del objeto entregado pueden darse casos de error, que el autor estudia detenidamente. Si la contribución consiste en un mero hacer, éste ha de ser una conducta inequívocamente criminal causal para el resultado y debe ser, además, la remoción de un obstáculo serio, criterio este último que si falta convierte la cooperación necesaria en complicidad, como ocurre en el caso de Eichmann, ya que no puede considerarse un obstáculo serio para el Estado nazi encontrar personas, como Eichmann, que pudieran ser inordinados en la máquina de exterminio del pueblo judío. Con ayuda de este criterio se determina en qué consiste la complicidad, que es la aportación de un objeto o actividad no escasos. La originalidad y profundidad del autor quedan patentes en esta parte de la obra, en la que con criterios de justicia material, intenta interpretar uno de los problemas de más difícil solución en nuestro Derecho, no arbitrando sólo soluciones teóricas, sino aplicándolas también a algunos supuestos de hecho característicos.

En la tercera parte se ocupa el autor, en sentido estricto, del autor mediato y de otros problemas de participación delictiva.

Por autor, en sentido estricto, entiende que es «el definido en el tipo», «el que» o «quien», usado por el legislador en la descripción del tipo legal. El problema del autor en sentido estricto se convierte, con ello en un problema de la parte especial. Por el que se refiere a la autoría mediata, muchas veces los supuestos clásicos podrán ser directamente subsumidos en el tipo, otras veces podrán ser castigados como inducción o cooperación necesaria, aun en los delitos especiales o en los de propia mano.

En la cuestión de la participación del *intra-neus* y del *extra-neus*, en supuestos que no son de autoría mediata, la responsabilidad de todos los delincuentes se determina conforme al hecho cometido por el autor en sentido estricto. Si éste es un *intra-neus*, todo, incluso los *extra-nei*, responderán por el delito especial. Y viceversa: Si el autor en sentido estricto es un *extra-neus*, los *intra-nei* responderán en base al delito común. La dureza de la pena que a veces esto pueda ocasionar, puede ser remediada por el juego de las atenuantes, y viceversa, por el de las agravantes cuando la pena del *intra-neus* no sea todo lo grave que debe ser. Termina la obra con referencias a otros problemas de participación: concurso de leyes, participación en el robo con homicidio y participación en cadena.

No es fácil de leer este libro, tampoco son fáciles los problemas de que trata, por eso, quizá no ha tenido la acogida que merece. Aquí nos hemos limitado a una exposición sumaria de su contenido, sin tomar postura crítica, aun cuando no estemos conformes con todas las conclusiones a las que llega su autor. Consideramos, sin embargo, este libro una de las más

importantes aportaciones de la ciencia jurídico-penal española de los últimos tiempos. Dar cuenta de él es, pues, un deber de justicia.

Francisco MUÑOZ CONDE,

Profesor Adjunto de Derecho penal  
en la Universidad de Sevilla

**LANDROVE DIAZ, Gerardo:** «Las quiebras punibles», Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1970; 310 págs.

Comienza el autor estudiando la institución desde una perspectiva histórica, desde el Derecho romano y pasando por el estatutario italiano, al que dedica especial atención por cuanto el comercio desarrollado en las ciudades de este país en el Medievo fue el mejor vehículo de expansión de los medios coercitivos empleados contra la insolvencia del deudor, hasta la desaparición de la prisión por deudas a fines del siglo XIX. Pone así de relieve la evolución que se efectúa en el campo mismo de la naturaleza jurídica de la sanción debida por el incumplimiento de obligaciones, desde su inicio por la ejecución sobre la persona del deudor, hasta la ejecución sobre los bienes del mismo exclusivamente, apuntando asimismo los caracteres de la regulación de esta sanción en los ordenamientos contemplados, como la inexistencia de una distinción clara entre responsabilidad civil y criminal, o el tratamiento indiferenciado entre el deudor comerciante y el no comerciante.

Dentro aún de esta exposición histórica, estudia la evolución, con caracteres muy similares, de la quiebra en nuestro Derecho, para finalizar con su regulación en los diversos Códigos penales españoles, haciendo a continuación un detenido examen comparativo.

Problema sin duda interesante es el de la eficacia jurídico-penal de la declaración mercantil de quiebra, en donde se muestra palpablemente la doble vertiente del instituto estudiado, penal y mercantil, o, en palabras de Landrove, su «naturaleza híbrida, esto es, regulada específicamente por diversas ramas del ordenamiento jurídico» (pág. 89).

Se plantea este problema por el reenvío que los artículos 520 y 521 del Código penal hacen al ordenamiento mercantil, lo cual lleva consigo el establecer los presupuestos esenciales del estado jurídico de quiebra señalados por el autor, a nuestro entender, acertadamente, como: la condición legal de comerciante en el deudor, el sobreseimiento en el pago de las obligaciones cuando éste es permanente o definitivo y, por último, la declaración judicial de quiebra; añadiendo a continuación que la quiebra «equivale a la insolvencia del comerciante jurídicamente declarada» (pág. 94).

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de esa declaración judicial de quiebra, y después de examinar las diversas posibilidades (condición objetiva de punibilidad, condición de procedibilidad o mixta), desde el punto de vista de la doctrina científica y jurisprudencial, se inclina por la solución de considerarla condición de procedibilidad, pasando a examinar seguidamente su vigencia en el ámbito penal, y aquí se muestra partidario:

de la absoluta autonomía jurídico-penal por cuanto, siendo jurisdicciones diversas, tienen también campos distintos de actuación, siendo el de la jurisdicción civil la calificación de la quiebra como fraudulenta o culpable (únicos casos en que tal declaración puede abrir un procedimiento criminal), mientras que la jurisdicción penal lo que debe determinar es si una actuación concreta reviste o no caracteres de delito, e imponer, en su caso, la pena correspondiente.

El resto del trabajo se dedica únicamente al estudio de la quiebra en su vertiente jurídico-penal, y las soluciones que se adoptan son, en síntesis, las que siguen: respecto al *bien jurídico* protegido, y luego de enumerar las distintas soluciones dadas (fe pública, economía pública, administración de justicia, patrimonio), establece como objeto jurídico *prevalente* de la quiebra el patrimonio privado de los acreedores del quebrado y, «matizando más, se llega a la conclusión de que la quiebra lesiona las legítimas pretensiones crediticias de los acreedores sobre el patrimonio del deudor comerciante» (págs. 145 y sigs.).

Califica al *sujeto pasivo* de este delito como *colaborador* en la aparición de los presupuestos del delito, siendo además *diferenciado* y *colectivo*. Es, en definitiva, la masa de acreedores.

Por cuanto se refiere al *sujeto activo*, reúne los caracteres de *diferenciado*, ya que ha de ser necesariamente comerciante, y aquí se plantean diversos problemas, así, la consideración, como tal, del que ha abandonado toda actividad mercantil o las *fricciones* entre las normas penales y mercantiles en este punto: diferencia existente entre la minoría de edad penal y mercantil o, prescripción de las obligaciones personales civiles y la de más amplio plazo de la acción penal, la punición del «pequeño comerciante», que en nuestro Derecho tiene una posición idéntica e indiscriminada en relación con el «gran comerciante», finalizando este apartado con el estudio de las quiebras de sociedades mercantiles y el problema de la individualización, en estos casos, de la responsabilidad penal.

En cuanto a la *conducta típica*, comienza por precisar que en caso de quiebra fortuita no podrá llegarse nunca a un procedimiento criminal por faltar aquella condición de procedibilidad en que la declaración judicial de quiebra consiste, siempre que se califique ésta de culpable o fraudulenta, a tenor del artículo 896 del Código de comercio, y sin que se oponga a ello el artículo 897 del mismo cuerpo legal, por cuanto hace referencia, no a la quiebra, sino a otros posibles delitos, de los que resulten indicios suficientes. Nuevamente vuelve a recalcar la desvinculación de la jurisdicción penal respecto la declaración mercantil de quiebra cuando ésta se haya calificado la quiebra de culpable o fraudulenta, lo que «no impide que, ya en el terreno de su propia soberanía, la jurisdicción criminal aprecie el carácter fortuito de al misma en congruencia con sus principios básicos y, en consecuencia, se pronuncie por la irresponsabilidad penal» (pág. 179).

Ya dentro de las quiebras punibles, y después de una referencia breve a las cuestiones terminológicas, comienza por determinar las conductas típicas en la quiebra fraudulenta en sus diversas especies (fraudulencias documentales y patrimoniales), finalizando con el estudio de las presunciones de fraudulencia de los artículos 891 y 892 del Código de Comercio, tratando

a continuación de las quiebras culpables en que dedica especial atención a la contenida en el artículo 889 del mismo ordenamiento mercantil, y finalizando el capítulo con el estudio del momento consumativo en las quiebras culpable y fraudulenta, así como las formas imperfectas de acción.

Dedica las páginas siguientes al *elemento subjetivo* en las quiebras punibles para tratar a continuación de los problemas que suscita la participación y el concurso dentro de las formas de autoría y acaba con un estudio penológico.

Resumiendo, nos hallamos ante un trabajo detenido y profundo en el que se unen a las opiniones del autor sobre los diversos problemas que plantea numerosas citas jurisprudenciales así como de diversos autores, por lo que no sólo presenta un indudable interés teórico, sino también práctico.

Luis C. RAMOS RODRÍGUEZ

**LE CLERE, Marcel:** «Manuel de Police Technique», Editions Police-Revue, 132, rue de Rivoli, Paris I, 1967 (1 vol. 246 págs).

El autor, conocida autoridad en la materia, se decidió al fin a dar a las prensas el fruto de sus experiencias, conocimientos y trabajos como profesor del Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho de París, al que fue llamado, hace largos años, por el profesor DONNEDIEU DE VABRES. Pero con una condición, para que fuera útil sólo a profesionales del Derecho o de la Policía, y no a los delincuentes, que el libro no se venda en librerías, sino por correspondencia, en virtud de pedido con justificación y domiciliación en profesionales.

LE CLERE publicó ya, entre otras obras y múltiples artículos en revistas especializadas, «La Police Metropolitaine et d'Outremer» (1955), «Histoire de la Police (P. U. F., París, 3.ª ed., 1964), Dictionnaire de Paris, Larousse, 1964.

Según nos dice en su presentación el Director Fernet, de la Policía Judicial, nos encontramos ante «un trabajo original y en todos aspectos notable».

La obra está dividida en tres partes. La primera, con el título Aspectos generales del Crimen y de la policía técnica, trata de ésta y de sus agentes, de la etiología criminal (factores individuales, sociales, económicos y políticos) del mundo criminal y de las estadísticas criminales. Destaca plausiblemente la importancia del factor humano en el funcionario de policía, más importante aún que la universalidad de conocimientos que exigen las técnicas policíacas, y el espíritu «necesariamente jurídico» de la policía técnica. Por esto, insiste desde el final del primer capítulo, en la absoluta necesidad de que jueces y policías observen escrupulosamente las normas procesales, y no sólo como previa condición para la admisión de toda prueba, sino como medio puesto por la ley a su disposición para alcanzar esa imparcialidad que es «prenda de una verdadera ciencia y testimonio de una segura conciencia». Aquí ya, como a lo largo de todo el libro, se nota lo que bien nos consta: el autor es también un jurista, doctor en Derecho y profesor universitario, además de veterano Comisario de Policía.

Los fenómenos criminales es la materia de la parte segunda, donde trata de los crímenes de sangre, homicidios y lesiones involuntarias, hurtos y robos, estafas, moneda falsa, falsedades, fraudes, incendios y explosiones, delitos sexuales, toxicomanía, delitos políticos y los menores como víctimas o autores de infracciones. Son páginas especialmente interesantes y documentadas, donde magistralmente trata LE CLERE desde la definición y *modus operandi* en cada delito, hasta las pesquisas e investigación, con ilustraciones tomadas de casos célebres de la historia criminal, algunos bien recientes, cual el rapto de Peugeot. Una bibliografía especial al final de cada capítulo, además de la general, dada al fin de la obra, la hace aún más útil e interesante.

La tercera y última parte está dedicada a la investigación criminal, sus reglas lógicas, técnicas y prácticas, ilustradas con alguna fórmula de identificación empleada por la Interpol. Termina con un capítulo dedicado a la prevención (profilaxis, terapéutica, política criminal). El dedicado al interrogatorio, merece toda suerte de plácemes, en cuanto condena el narcoanálisis, incluso a petición del inculpado, «a la luz del estado actual y pertinente de nuestras concepciones liberales», máxime cuando «la confesión bajo barbitúricos es científicamente discutible»; y condena también ciertos procedimientos que tienden a la confesión, cual el llamado «tercer grado», recordando que constituyen infracciones penadas por el artículo 186 del Código penal francés. «Si hay... funcionarios que prefieren el interrogatorio intelectual, deben ser persuadidos de que además del delito que cometen y la mala fama que adjudican a su persona poco simpática, y más, por desgracia, a su función, consiguen el fin contrario a sus esfuerzos, sea por la debilidad del jurado, abrumado por las sevicias..., sea por la imprevista admisión de circunstancias atenuantes a sus «pacientes», a causa de las mismas sevicias».

Obra muy actual y documentada, cuya riqueza y valor científico es incuestionable, se compartan o no algunas de las afirmaciones que con devoción, con convencimiento y sólida motivación hace generalmente el autor.

Pascual MENÉU

**MILLE MILLE, Gerardo: «Delitos contra la economía nacional», Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Caracas, 1968; 322 páginas.**

El presente libro es producto de las tareas de investigación que se llevan a cabo, bajo la dirección del Profesor Tulio CHIOSONE, en el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Caracas. Investigación que se realiza gracias a la generosa ayuda del Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela.

Se divide el libro en tres partes, a las que precede una Introducción. En ésta se intenta dar las bases para el estudio de estos delitos. Estas bases descansan en las relaciones existentes entre Economía y Derecho. De esta relación surge el Derecho económico, que no es más que «la reglamentación jurídica de los pilares estructurales del régimen económico na-

cional», entendiéndolo en un sentido amplio que comprende tres grandes partes: El Derecho agrario, el Derecho industrial y el Derecho comercial. (afectando también en ciertos puntos al Derecho laboral). Dentro de este Ordenamiento jurídico económico se plantea la cuestión de la existencia de un Derecho penal económico, afirmando que, en definitiva, éste no es más que «un recuadro especial del Derecho penal común». Al hablar del delito económico hace, ante todo, unas precisiones económicas, para después estudiar las características de éste. Rechaza la expresión «delito económico», y también, aunque parezca paradójico, la que encabeza el libro de «Delitos contra la Economía nacional», que no son, según él, mas que una clase de la genérica denominada por él «Delitos contra el Orden económico». Bajo esta expresión de Orden económico, se comprende tanto el público como el privado. Es este orden, en definitiva, lo que se lesiona en este tipo de delitos es, por tanto, el bien jurídico protegido en ellos. Este bien jurídico sirve además como criterio para la clasificación de los delitos que lo afectan, rechazándose otros criterios como el de móvil, que sólo puede tener aplicación para la concreción de determinados tipos a través de los llamados «elementos subjetivos del injusto». Esta amplitud que da al concepto de orden económico le obliga a hacer determinadas correcciones, quizás no muy concordes con lo que dice anteriormente, excluyendo de tal concepto a los Delitos contra la propiedad o contra el patrimonio, que en puridad terminológica, afectan también al orden económico. Termina el capítulo con unas breves consideraciones criminológicas de estos delitos. En el otro capítulo que integra la Introducción estudia las bases jurídicas del sistema económico, y más concretamente las del sistema económico venezolano.

La Primera Parte es un estudio informativo de la realidad económica y sociológica de Venezuela. Para este estudio se utilizan diversas fuentes informativas, tanto oficiales como extraoficiales, sobre las principales fuentes de producción del país y de los hechos, naturales o humanos, que las destruyen, deteniéndose especialmente en los hechos de tipo criminal. En esta parte se manejan con profusión cuadros y datos estadísticos.

La Segunda y Tercera Partes no son más que una aplicación de *legiferenda* de las cuestiones expuestas en la Introducción, sobre la clasificación de los delitos y el estudio, más o menos concretamente, de los distintos tipos delictivos. Divide los «Delitos contra el Orden económico» en dos grandes grupos: «Delitos contra la economía nacional» y «Delitos contra la Industria y el Comercio». En realidad, se sigue el sistema del Código penal italiano. De todas formas, esta clasificación es acertada. Lo que ya no lo es tanto, es la inclusión de algunos delitos, que, sin duda, afectan al orden económico, pero no de tal forma que sea éste su bien jurídico protegido, dentro de estos grupos. Tal inclusión es discutible, sobre todo, en lo que afecta a determinados fraudes, que aunque cometidos en la actividad comercial las más de las veces, no siempre, afectan principalmente a los intereses y derechos de crédito de los acreedores, aun cuando éstos son de carácter económico, pero lo mismo puede decirse de todos los delitos contra el patrimonio y no por eso se incluyen dentro de esta categoría, a no ser que pensemos en una economía de tipo socialista, en la que el pa-

trimonio y economía queden confundidos. Lo mismo puede decirse con respecto a la usura y aún con respecto al delito de bancarrota mismo, que aunque afecten a los intereses de la Industria y del Comercio, son otros los más directamente protegidos. De todas formas, estas consideraciones se hacen teniendo en cuenta la Legislación positiva de la mayoría de los países, pero esto no afecta al presente libro, en el que se hace esta clasificación desde un punto de vista puramente futuro, y precisamente con miras a la reforma de la legislación venezolana. Este Proyecto se materializa en la Tercera Parte en un Proyecto de Legislación, en el que se desarrollan los principios anteriormente señalados en la tipificación de los delitos.

En resumen, se puede decir que estamos ante un buen trabajo, quizás demasiado ambicioso para hacerlo solamente una persona, pero esto no empequeñece el mérito y los aciertos, y sí disculpa los errores.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Profesor Adjunto de Derecho penal  
en la Universidad de Sevilla

**NACIONES UNIDAS: «Tendencias y necesidades de la investigación criminológica en América Latina», preparado por F. FERRACUTI y R. BERGALLI, Roma, 1969: 60 págs.**

Se tratan en la obra seis aspectos, a saber:

*El problema de la investigación en Criminología.*—Se estima que los estudios sobre los problemas criminológicos tienen gran importancia en todas las sociedades, tanto en las desarrolladas como en las de vías de desarrollo. La Criminología se encuentra ya en situación de poder caminar por sí sola siendo tal vez el método mejor el inductivo-deductivo. Sin embargo, si bien hay unión entre la teoría y la práctica, tampoco se ha de olvidar que hay supuestos teóricos que no se pueden aplicar de forma general a la práctica, así como resultados prácticos que todavía no son lo suficientemente sólidos como para sostener una doctrina general.

La Criminología se puede agrupar en tres grandes directrices: la sociología, propia de los países anglosajones y algunos socialistas; la biológica, de algunos países de cultura alemana e italiana, y la jurídica en algunos otros. No obstante, Asia y Africa no tienen todavía escuelas autónomas, por lo que sus trabajos se basan en los norteamericanos y los europeos.

Esta división hace difícil la concepción de una Criminología unitaria, no existiendo, por tanto, una metodología específica de la criminología.

*La integración en Criminología.*—Debido a su juventud, la Criminología se encuentra cabalgando sobre otras disciplinas nomativas, como son las sociales y las naturales, lo cual crea graves problemas de interrelación con todas estas otras disciplinas; por todo ello, se precisa una directriz para conseguir una investigación interdisciplinaria e integrada.

Se establecen varios tipos de integración que podrían servir como punto de partida para conseguir esa integración. Se estiman como tales: 1) Integración de disciplinas en el comienzo y conducción de la investigación; 2) Integración de teorías y datos científicos en y entre las disciplinas, y 3) Integración de teoría y práctica científica en la política social de la acción terapéutica y preventiva.

Se establecen unos esquemas de colaboración y la conveniencia de la fusión entre los investigadores para conseguir un resultado general, procurando que los datos de cada disciplina no sean independientes.

*Realización de la investigación en Criminología.*—La relación entre el objeto de la criminología y el contexto social hace muy difícil su comparación internacional; el trasplante de la fenomenología criminal prácticamente no se puede hacer de un país a otro; la comparación criminológica entre los pueblos apenas si puede tener valor, siendo su punto más agudo el de la investigación teórica y la aplicada. La habitual transfertilización e intercambio entre una y otra esfera en criminología, se encuentran dificultadas por la intensidad jurídica de la acción o por el aspecto aplicativo de un lado, y del otro, por la dificultad que la teoría criminológica encuentra para adecuarse a una teoría general del Derecho penal cuyos parámetros y fines son, por lo menos, controvertidos.

*El panorama de la investigación en Latinoamérica.*—América Latina representa una gran variedad sociológica; todavía en algunos sectores se aprecia el pasado colonial y hay notables diferencias entre las capitales y la zona rural, así como entre las zonas industriales y agrícolas. Es en la parte andina y algunas de la América Central donde la herencia colonial se aprecia más, contrastan aquí la clase elevada con otra muy inferior. En muchos países, la clase media está en período de formación. La parte del cono sur representa tres compartimentos sociales: grandes concentraciones urbanas —son objeto de una gran migración—, desarrollo económico y crecimiento de la clase media. Los movimientos migratorios llevan a la ciudad a personas procedentes de la zona rural, que ocupan puestos de trabajo infimos, lo cual puede llevar a una situación marginal. En suma, su desarrollo económico y evolución social son los aspectos más importantes en el estudio criminológico.

*La investigación actual en América Latina.*—Para conocer el estado actual de la investigación criminológica, se hizo un examen previo de los Centros públicos o privados existentes y que se relacionen con las investigaciones sociológicas o criminológicas. En total son 86; se envió un cuestionario sobre los proyectos de investigación ejecutados en los últimos cinco años y los que se llevaban a cabo en los momentos presentes. De esos organismos, solamente respondieron algo más de la cuarta parte, de éstos, el 25 por 100 informaron que no se dedicaban a la investigación del tipo de las requeridas o que carecen de recursos financieros para ello. Los países que más se dedican a los problemas criminológicos o similares son: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Méjico y Venezuela.

Se llegó a las conclusiones siguientes: En América Latina existen muy pocos institutos de investigación dedicados principalmente al estudio de problemas criminológicos; los que existen no realizan la investigación que

sería necesaria, generalmente, sus trabajos son parciales y abarcan áreas geográficas reducidas.

Por tanto, si en el plano nacional no hay unidad, todavía hay más distancia en lo internacional, pues Latino América no constituye una unidad, aún cuando posea muchos puntos comunes.

*Recomendaciones para una política de investigación en defensa social para América Latina.*—Falta investigación comparada entre los países, cuando ésta se hace suele ir dirigida a Europa o Estados Unidos; se suelen interesar más por los trabajos extranjeros que por los propios latinoamericanos, lo cual dificulta la labor al investigador. Hay que tener presentes los constantes cambios políticos, el desarrollo de las grandes urbes y la industrialización. Estos desarrollos sociales alternativos constituyen un importante campo de investigación utilizable, pero sólo utilizado de forma parcial por los criminólogos latinoamericanos.

Falta también allí un intercambio de información como el que existe en los países europeos gracias al Consejo de Europa. En el campo penitenciario, sin embargo, sí se han conseguido frutos para toda sudamérica, gracias a las recomendaciones del «Seminario Latinoamericano sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente».

Pese a todo, ha habido varios intentos para una unión en materia criminológica, culminadas con las «Jornadas Internacionales de Criminología», celebrado en junio de 1969, parece que va a terminar con resultados satisfactorios. No obstante, hay múltiples problemas que atajar en el campo penal, delincuencia juvenil, prevención, la policía a veces se la dedica a otras actividades ajenas a su misión, la literatura existente relacionada con el delincuente debe ser objeto de revisión, etc.

Es esta una de las primeras publicaciones del nuevo Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social (UNSDRJ), que fue inaugurado en abril de 1969. Supone este rápido y muy superficial examen la iniciación de una preocupación por los problemas criminológicos de América Latina.

En realidad, los estudios criminológicos todavía no tienen mucha importancia; los penalistas prefieren encerrarse en el campo de la teoría, sin pasar a la realidad; a los jueces tampoco preocupa demasiado todo esto, ya que en muchos países solamente se considera el delito y la pena, es un proceso matemático —a tal cantidad de delito, tal cantidad de pena—, en donde para muy poco cuenta la personalidad del autor.

Si pensamos en nuestra situación nacional, cabe preguntarse: ¿Es mejor o peor que la de América Latina? Nosotros diríamos que apenas si hay diferencias, ya que tampoco España dispone de estudios criminológicos de garantía, a lo sumo, algún trabajo aislado y parcial. De todas formas, con la creación de tres Institutos de Criminología —Madrid, Barcelona y Valencia—, hay que esperar que los estudios criminológicos tomen cierto auge e independencia.

En cuanto al futuro de nuestra criminología, no lo vemos muy alagüeño; han de pasar todavía algunos años para poder encontrarnos con algo positivo. De todas formas, es una ciencia compleja para la que todavía no estamos preparados.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

**SCHWANDER, Vital:** «Das Schweizerische Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,» (El Código penal suizo, con especial consideración de la Praxis del Tribunal Federal). 2.<sup>a</sup> edición, Zürich, 1964; 594 págs.

A pesar de lo que su título parece indicar, el presente libro no se trata de unos comentarios al Código penal suizo, sino de una exposición sistemática de éste, sobre todo, en lo que se refiere al contenido de la Parte General.

Esta exposición se presenta en una forma clara y sencilla, dejando a un lado las cuestiones doctrinales que la Ciencia del Derecho penal tiene planteadas hoy o tocándolas sólo de paso. Su interés es, sobre todo, práctico.

La Parte General viene tratada en la forma clásica, más afín a la sistemática de Von Listz y Mezger, que a las más modernas de Maurach o Welzel. Comienza con una Introducción sobre las Fuentes del Derecho, el Derecho penal y sobre la naturaleza y fin de la pena. Estudia la tipicidad en esta parte, no como un elemento del delito, sino como el conjunto de los elementos del delito contenidos en la definición legal. A esta Introducción sigue un Capítulo sobre la Ley penal, destacando sobre todo la parte dedicada al estudio de la interpretación de ésta.

En el Capítulo II estudia el delito, dividiéndolo en dos partes. En la primera examina los elementos de éste. Dedicó poca atención a la teoría de la acción, a la que califica de «madre que ha sido privada de sus hijos». Dentro de la misma Sección, dedicada al estudio de la conducta humana, examina también la relación de causalidad. En la segunda Sección estudia la Antijuridicidad, distinguiendo entre antijuridicidad formal y material. También estudia aquí la tradicional distinción entre delitos de acción y omisión. Al estudiar la Culpabilidad, la estructura al modo clásico más afín al psicologismo que al normativismo, aunque sin rechazar expresamente a éste. Termina esta parte con un estudio sobre la punibilidad como elemento del delito.

La segunda parte de este Capítulo está dedicada al estudio de las formas del Delito: Tentativa, participación y concurso, examinando además las especialidades que tienen los delitos de prensa.

El tercero y cuarto Capítulos tratan de la Pena y de las Medidas de Seguridad y el Derecho penal de menores. Estas materias, por su valor eminentemente práctico, son estudiadas con mayor detenimiento que la teoría del delito.

La Parte Especial viene estructurada más en forma de comentario, siguiendo casi sin variar la sistemática del Código. Destacan en ella el equilibrio y la sencillez y claridad. Especial mención merece la parte dedicada al estudio de los «Delitos contra el patrimonio», a la que dedica gran extensión. Siguiendo la sistemática del Código penal suizo, los divide en: Delitos contra la propiedad, delitos contra el patrimonio en general, delitos contra bienes jurídicos inmateriales y delitos concursales. Estudia con especial atención los dos últimos grupos, incorporando incluso figuras delictivas no recogidas en el Código sino en Leyes especiales, como sucede, por ejemplo, con el delito de competencia desleal (unlauterer Wettbewerb), al

que incluye dentro del tercer grupo, haciendo un detallado examen de su problemática.

El libro viene acompañado de un abundante y seleccionado material bibliográfico, cuidadosamente clasificado por materias, con referencias también a la bibliografía extranjera.

En definitiva, un buen libro, de especial valor para el práctico, y cuyo contenido no desmerece su magnífica impresión y presentación.

Francisco MUÑOZ CONDE

Profesor Adjunto de Derecho penal  
en la Universidad de Sevilla

**TOMAS Y VALIENTE, Francisco: «El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII». Editorial Teenos, Madrid, 1969; 570 páginas.**

Decía el sabio profesor D. Laureano Díaz Canseco (aunque con otras palabras mejor dichas), que así como el geólogo aprende en el corte de un terreno su formación, el jurista estudiando la formación de las instituciones a través de la historia, llega a comprender su composición actual. Esto es particularmente cierto respecto a nuestro Código penal, nacido en 1848, cuyos principios procedían de la Ilustración, como en general, todo el Derecho penal contemporáneo. Mas para comprender lo que significa éste y aquélla es indispensable contemplar el cuadro del antiguo régimen, pues sólo así conoceremos la importancia de la reacción operada, los elementos conservados y aquellos atávicos que a veces nos sorprenden con su salto hacia atrás. Pero el interés del jurista por la historia no le autoriza a redactarla por sí mismo; si acaso, puede aventurarse como aficionado en lo contemporáneo, cuyas fuentes están a la mano del no especialista; pero más allá, únicamente pueden penetrar quienes manejen los medios técnicos necesarios para estudiar las fuentes.

Sobre temas penalistas de lo que se ha llamado el antiguo régimen, han sido publicadas en España algunas monografías. Eran, desde luego, muy incompletas y faltaba la presentación del conjunto. Estas deficiencias son remediadas por TOMÁS Y VALIENTE con sus extensas investigaciones, con su poderosa intuición para relacionar los hechos investigados y averiguar a través de los síntomas los caracteres de la época.

En la introducción justifica el tratado conjunto de los tres siglos por ser idéntica la legislación y los conceptos fundamentales. Nos declara también las limitaciones: se detiene en 1808 no obstante los períodos absolutistas posteriores a esa fecha; se concreta al derecho castellano; y, sin perjuicio de ocasionales alusiones, deja a un lado el Santo Oficio. Es mucho el contenido del libro en proporción a su volumen para exigir más. Por otra parte, el autor nos compensa al decir emprendidos ya estudios sobre el Derecho valenciano.

En el capítulo sobre «La Ley penal real», hace el elogio de los Reyes

Católicos, que legislaron mucho y coherentemente; se enfrentaron, mediante campaña semijudicial, semimilitar, con nobles sospechosos de cobijar melhehores; enviaron visitadores para vigilar el comportamiento de los corregidores, y se esforzaron para lograr la general obediencia a todo oficial de la Justicia real. E incluso, los muy católicos Reyes «expulsaron de Castilla a clérigos enemigos del poder y de la Justicia real» (pág. 30). El último aspecto de la política penal de este reinado es el relativo a la Hermandad nueva de 1496, creada a petición de las Cortes de Madrigal, para evitar delitos que se cometen en yermos y despoblados. Institución que, a la vez de su eficacia policial y jurisdiccional, tenía una vertiente militar; por lo que después de la conquista de Granada su decadencia fue inmediata. La represión que siguió a la guerra de las Comunidades y los decenios de relativa prosperidad económica a mediados del siglo, creó un justificado temor al poder real, y, por ello, en las Relaciones topográficas de Felipe II se observa escasa delincuencia (pág. 43); pero la situación de mayor delincuencia, más abusos en los encargados de combatirla y menos respeto a la legislación real se acentuó claramente hacia 1530 y, desde entonces, hasta la segunda mitad del siglo XVIII todo fue de mal en peor. El período coincide con la «trágica crisis de la economía castellana». La venganza privada y su forma de manifestación en el duelo es extensamente relatada (págs. 40 y sigs.). Y se termina el capítulo sobre la Ley penal real con el estudio sobre el perdón del ofendido, ya tratado por T. Y VALIENTE en un artículo publicado en el «Anuario de Historia del Derecho», que fue reseñado en esta revista (1967, fasc. III).

El capítulo sobre la Jurisprudencia penal y sus supuestos ideológicos es, a mi modo de ver, el más meritorio por la extensión de conocimientos en la literatura jurídica nacional y extranjera, señalando las influencias de ésta en aquélla. Carácter fundamental de la época es en España el teologismo, o sea, el tenso clima religioso y el control del mismo por los teólogos. La influencia de éstos fue más allá del ambiente jurisdiccional de la Inquisición; todo el pensamiento filosófico jurídico español de los siglos XVI y XVII parte de unos supuestos teológicos que le dan coherencia y unidad. Era doctrina general entre nuestros teólogos y filósofos la afirmación de la obligatoriedad en conciencia de la ley penal justa, doctrina con que los teólogos prestaban un señalado servicio al poder real (pág. 87). Uno de los elementos integrantes de la noción de delito durante los siglos XVI, XVII y parte del XVIII es la idea de pecado, y los juristas no fueron ajenos a la doctrina de los moralistas. Pero éstos no hicieron Jurisprudencia propiamente dicha. A TOMÁS Y VALIENTE le parece exagerado y carente de sentido histórico la calificación frecuentemente otorgada a Alfonso de Castro de fundador de la ciencia del Derecho penal (pág. 91). Tal presencia de los teólogos en lugar preferente quiebra en el siglo XVIII con la Ilustración.

Pasando concretamente a la Ciencia jurídico-penal propiamente dicha se acusa en la Jurisprudencia castellana, la mayor influencia del *mos italicus* o bartolismo, caracterizado por la llamada Jurisprudencia consiliar, elaborada del problema real, concreto e inmediato (método que permite la comparación con la moderna Jurisprudencia de intereses o como ciencia de problemas y saber elaborado inductivamente (al modo de Viehweg). Por el contrario,

las más destacadas figuras del *mos gallicus* se caracterizan por la meditada sistematización interna de la materia estudiada. En Tiberio Deciano culmina la jurisprudencia penal del humanismo; pero el humanismo entre los juristas castellanos del siglo xvi fue escaso. Hubo sólo dos juristas humanistas españoles: Antonio Agustín y Diego Covarrubias. El último, hombre de foro y de gobierno, se ocupó con cierta frecuencia de la esfera penal; pero nunca con una visión general ni preocupación sistematizadora (página 123).

El período de mayor florecimiento de la Jurisprudencia en Castilla (más concretamente localizado en Salamanca), se produce entre 1550 y 1570, aproximadamente. En 1552 publica Antonio Gómez «acaso el mayor penalista castellano durante varios siglos», sus *Variarum resolutionum juris civilis, communis et regie libri III*; el último de los cuales está dedicado por entero a la materia penal. «A mi modo de ver —dice T. Y VALENTE— el libro III de las *Variae resolutionum* es la obra más completa de la literatura castellana de lo que podríamos llamar *mos italicum* español. Se convirtió en una autoridad por nadie superada y sólo igualada por Gregorio López y Covarrubias probablemente». En 1554 escribió Covarrubias su Comentario a la Constitución *Si furiosus* de Clemente V, quizás su más importante estudio penal. «Una vez más, y en esta ocasión de modo muy directo, se pone de manifiesto la personalidad de este jurista castellano a media distancia entre el estilo italiano y del humanismo jurídico. Cronológicamente después de los autores castellanos comentados (y otros de que prescindimos en razón a la brevedad), aparecieron en Italia dos notables penalistas, también fieles a la técnica del *mos italicus*: Claro y Farinacio, citados por los autores castellanos, corriendo pareja la fama de ambos. Ahora bien, ¿qué valor o fuerza para obligar tenía la doctrina de los autores? Los doctores del *mos italicus* estudiaban el *jus commune romanorum*. Pero estas leyes romanas no tenían vigencia en Castilla; el orden de prelación de fuentes del Ordenamiento de Alcalá no las mencionaba. Sin embargo, desde la creación de las Universidades en el siglo xiii quedó abierta una puerta por la que penetró el Derecho romano canónico. La abusiva alegación en juicio obligó a Juan II y a los Reyes Católicos a limitar tales alegaciones, pero con poco éxito. Contra esta situación se reaccionó en el siglo xvii y, quizá, ya desde finales del xvi. Desde principios del xvii todos los libros prácticos en materia procesal se escriben en castellano y reducen las citas de los autores. Dentro de esta línea, es de gran interés la *Política de Corregidores* de Castillo de Bovadilla, corregidor que fue durante más de veinte años. En la realidad jurídica castellana se daban tres planos: el del Derecho común, seguido cada vez con menos vitalidad por los juristas letrados; el de la práctica judicial, abandonado en muchos lugares a la práctica local; y el del Derecho real. Desde los años centrales del siglo xviii, los juristas teóricos y prácticos castellanos radicalizan esta posición. Sentimos no poder ser más explícitos, pero sirva este apretado e incompleto resumen de recomendación a los lectores para recomendar la lectura de un capítulo esclarecedor de lo que antes aparecía a nuestros ojos como una situación embrollada.

El capítulo tercero, dedicado a «El proceso penal», nos da un cuadro

desconsolador sobre el estado de la Administración de Justicia en aquella época. El capítulo es extenso y debelador de tópicos optimistas. Concluye el capítulo con las siguientes notas, que aquí publicamos, claro está, en forma resumida. He aquí los defectos: falta de imparcialidad del juez, no sólo por ser instructor y juzgador él mismo, sino por su participación en el reparto de las penas pecuniarias; orientación de las pruebas en pos de la condenación, no hay presunción de inocencia sino más bien de culpabilidad del sospechoso; inferioridad procesal del reo, pues la confesión es prueba decisiva, pero no la protesta de inocencia del reo antes confeso en la tortura; reducción de las garantías probatorias para ciertos delitos graves; excesivo arbitrio de los jueces, quienes podían aplicar las llamadas penas arbitrarias; falta de justificación en las sentencias; libertad de aplicación e interpretación del Derecho real, la cual se traducía en aplicar las doctrinas de los autores o de la práctica local; confusa estructuración de la Justicia penal entorpeciendo mutuamente las diversas Jurisdicciones.

En el capítulo relativo al delito, se nos muestra la falta de teoría general, la indeterminación de los tipos, la confusión entre lo penal y lo gubernativo por falta de división de poderes, ejerciendo los Corregidores las funciones de juez ordinario y de autoridad administrativa.

La identificación entre pecado y delito se observaba, claro está, en el Santo Oficio, pero también en la jurisdicción ordinaria, donde se acostumbra a identificar delito grave y pecado mortal. A este respecto, es curiosa la pragmática de Felipe II, llamada del pan; donde el rey declaraba «nuestra intención y voluntad de que esta ley obligue en conciencia» (página 222). Delito y pecado —dice TOMÁS Y VALIENTE— eran realidades más que paralelas, convergentes (pág. 331). El pecado delito que más horrorizaba, era la sodomía castigada con la muerte en el fuego por ser transgresión terrible del orden natural impuesto por Dios. Como contraste, en el homicidio no se daba siempre la concordancia entre la ley moral y la jurídica, y lo mismo puede decirse del hurto, pues los delitos contra la moral sexual eran los únicos llamados pecados porque en ellos predominaba la ofensa a Dios. Por el contrario, en el siglo XVIII hay una menor sensibilidad al aspecto moral de los delitos y se cuenta en primer término el daño común y la vindicta pública.

De gran importancia criminológica es el apartado tercero del capítulo sobre el delito, apartado consagrado a las formas más frecuentes. El autor cree conveniente subrayar el fenómeno «poco aireado por los historiadores, más atentos a contar las glorias del imperio y las literarias del siglo de oro». «Entre gloria y gloria han quedado en la penumbra las miserias, crímenes y violencias que nos han transmitido los cronistas del barroco». Estos testimonios y el examen por el autor de multitud de procesos, le permiten anotar que «el homicidio fue delito corrientísimo... y que la delincuencia contra la propiedad corriera paralela o concurrentemente». Siempre es difícil combatir la delincuencia cuando no se distinguen las causas sociales y económicas que la producen. Por otra parte, desde la decadencia de la Santa Hermandad nueva, la Corona careció de instrumento eficaz para reprimir el bandidaje rural (pág. 249). Numerosas son las citas recogidas sobre robos y cuadrillas de ladrones que infestaban Madrid y también sobre

el bandolerismo. Pero el bandolerismo amparado por la aristocracia rural había sido combatido por los Reyes Católicos, y el campo castellano no volvió a sufrir esta plaga durante el siglo xvi. No así en Cataluña, a juzgar por una pragmática de Carlos I. Más adelante, otra famosa de Felipe IV con penas durísimas muestra la generalización de la plaga en sus Reinos. En tiempos posteriores en el siglo xviii, parece que las intenciones reales para el establecimiento de las nuevas poblaciones de Sierra Morena fueron proteger la carretera general de Andalucía.

En cuanto al sujeto del delito, se encontraron en España (como en otros países), atribuciones de responsabilidad en procesos contra animales. Generalmente respondían los hombres por hechos propios (aunque también se señalan ejemplos de responsabilidad colectiva). En algún caso se dan lo que los italianos llaman infracciones de sospecha; en los tiempos a que el libro se refiere tenemos ejemplo tan notable como el de hacer responsable de homicidio al dueño de una casa si en ella se encontraba la víctima de un homicidio y el dueño no podía probar quién había sido el autor.

Las Partidas distinguieron las formas y límites de la culpabilidad empleando para designar lo hoy llamado dolo con los términos «de grado», «maliciosamente», «a sabiendas», como también los de «imprudencia» y «por ocasión», para aludir —según parece— a los hoy designado como culpa y caso fortuito. Adoptados luego por nuestro Código de 1848 (que evitaba el término hoy usual de dolo y sólo en ocasiones utilizó los de intención y culpa), ha dado pretexto al ingenio de nuestros dogmáticos para ver especies de culpabilidad en lo que sólo era imprecisión técnica y abundancia de vocabulario.

La condición vil o hidalga del delincuente era elemento esencial para aplicar o no la tortura, influyendo también en la aplicación y ejecución de las penas; salvo en casos excepcionales como la conocida pragmática de Felipe V para los hurtos en Madrid; que debió contribuir a los movimientos emigratorios de la delincuencia.

Bajo el epígrafe «Principio de graduación de la responsabilidad y de la pena por la valoración de calidades personales, modos de ejecución o accidentes concurrentes a la misma», trata de varias materias como ya hace suponer tan dilatado epígrafe. Entresacamos la legítima defensa, referida al homicidio hasta el punto de llamar al realizado en legítima defensa homicidio justo. También se admitió la legítima defensa para protegerse contra el ladrón nocturno. En cuanto al diurno, se debe —según Gregorio López— intentar la captura pidiendo ayuda a voces, pero si nadie acude y el ladrón va armado, es lícito matarlo. Es curioso el salto atrás dado por nuestro Código penal vigente, pues mientras el del 48 y el del 70 admitían la legítima defensa de la persona o bienes sin distinción en las circunstancias, el actual impone restricciones análogas a las del antiguo régimen. De las agarvantes importa anotar que la reincidencia era enfocada siempre en relación con el mismo delito, y la pena impuesta a quien delinquiera por tercera vez en el mismo delito era incomparablemente más grave que la asignada al delito. Para conseguir la identificación se acudía a la marca.

La alevosía (de origen germánico, y subsistente en los Fueros), también aparece en los procesos examinados por TOMÁS Y VALIENTE.

No son abundantes tampoco ni interesantes los conceptos abstractos de la pena. El fin correccional aparece desde Alfonso de Castro hasta Larizábal y Jovellanos, si bien era —al decir acertado del autor cuyo libro comentamos—, «un piadoso deseo o un proyecto a largo plazo». Menguadas realizaciones fueron la Galera de mujeres en el siglo XVII y los Hospicios del XVIII. Las penas significaron escarmiento y ejemplo. «Gobernar atemorizando» podía ser empresa o emblema de la monarquía absoluta; «pero el miedo no es freno suficiente —añade T. y V.— cuando las causas sociales no se corregían» (pág. 357). Glosemos que la razón principal quizás del rigor fuera la impunidad de la mayor parte de los delitos —en mayor proporción todavía que ahora— por la insuficiencia de la organización policiaca y judicial; de donde la ejemplaridad no conseguida por la frecuencia de los castigos, se buscaba mediante el espectáculo de la crueldad. La utilidad obró como elemento moderador: así, al sustituir las penas corporales por la de galeras o de obras públicas. Y también se puede mencionar como fin utilitario obtener dinero para la Hacienda real.

Muy curiosa es la campaña sostenida por la Sala de Alcaldes contra las penas acostumbradas en el estupro, que se resumen así: el estuprador podía casarse, o dotar o ser preso, a su elección. La Sala afirma que deben evitarse las seducciones de las jóvenes astutas que atraen a los incautos jóvenes. Y el criterio de la Sala fue abriéndose paso aunque no llegara a obtener un triunfo completo.

En la época de la Ilustración invadió a todos los altos funcionarios de la Monarquía el afán por la moderación de las penas. Meléndez Valdés aconsejaba al juez que mirase a los delincuentes con respeto y humanidad, «que castigue llorando y como a pesar suyo». Finalmente, se señala la confusión de poderes en la cúspide siendo los reyes capaces de utilizar a los jueces como instrumentos políticos. Y el desmesurado arbitrio judicial: había leyes que dejaban la pena indeterminada, siendo el juez quien a su arbitrio la había de imponer en cada caso. Un pasaje del antiguo corregidor Castillo de Bobadilla reconoce explícitamente cómo el exceso del arbitrio judicial iba en contra del monopolio real para la creación del Derecho.

En la reflexión final del catedrático de Salamanca, muestra su fina sensibilidad al decirnos como impresión dominante que se desprende del libro: «demasiada violencia. Y quién desata esta violencia: ¿el criminal, la sociedad, el legislador? El problema es viejo y nuevo, pasado y actual».

Dada la insuficiencia de las leyes y el arbitrio judicial desmedido, sólo se puede tener imagen verdadera de la Justicia penal en aquellos tiempos mediante el estudio de los documentos. Por ello, en los Apéndices se nos dan algunos de los muchos, sin duda, consultados.

La obra reseñada ha iluminado una zona, antes oscura, en la historia del Derecho penal español. Si por ser la época antecedente a la de las luces en que se engendraron la mayor parte de los principios del Derecho penal actual (en el cual se dan, además, supervivencias y retrocesos), debe ser leída y meditada por los penalistas. También los militantes en la historia general han de aprender en ella. Estos no deben olvidar que la crimina-

lidad y la legislación represiva son características de un régimen, de una época. Y termino agradeciendo al catedrático TOMÁS Y VALIENTE los buenos ratos proporcionados por la lectura de una obra que tanto nos enseña, y en la cual brillan facultades de escritor ameno, raras veces compaginadas con las de eruditos investigadores.

JOSÉ ANTÓN ONECA

**ZAMPETTI, Pier Luigi:** «*Il finalismo nel Diritto. Verso una concezione personalistica dell'ordinamento giuridico*». Giuffrè, Milano, 1969; 147 págs.

El amplio elenco de recientes publicaciones que, de una u otra forma, abordan con sentido crítico la doctrina del finalismo en el ámbito del Derecho penal —cuyo más puro representante tal vez sea su introductor HANS WELZEL—, en que se inordinan las conocidas aportaciones de ARMIN KAUFMANN (1), SUÁREZ MONTES (2), STRATENWERTH (3), CEREZO (4), MAIHOFFER (5), EMGISCH (6), ROXIN (7), HARDWIG (8) y LAMPE (9), entre las más relevantes, se ve enriquecido con el presente estudio monográfico debido al actualmente Profesor ordinario de la Universidad de Trieste, quien ahora nos presenta una de sus obras más acabadas (10), sobre el tema quizá de mayor relieve en la dogmática jurídico-penal actual.

El planteamiento de la cuestión del finalismo —en orden a una concepción personalista del ordenamiento jurídico— y la toma de posición adopta-

(1) KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954.

*Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

(2) SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, 1963.

(3) STRATENWERTH, Günter, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957.

*Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, Schw. ZSt., 1963, págs. 233 y sigs.

(4) CEREZO MIR, José, Versión castellana y Notas a *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 1964.

(5) MAIHOFFER, Werner, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit. Die sog. vier Masstäbe der Fahrlässigkeit als Grundelemente einer personalen Zurechnungslehre*, en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 70, 1958. *Der soziale Handlungsbegriff*, Fest. für Eberhard SCHMIDT, Göttingen, 1961, págs. 156 y sigs.

(6) ENGISCH, Karl, *Zur «Natur der Sache» im Strafrecht*, Fest. für Eb. SCHMIDT, Göttingen, 1961, págs. 90 y sigs.

(7) ROXIN, Claus, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en la *ZStW.* 74, 1962, págs. 515 y sigs.

(8) HARDWIG, Werner, *Vorsatz bei Unterlassungsdelikte*, *ZStW.* 76, 1964. *Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, *ZStW.* 78, 1966.

(9) LAMPE, *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967.

(10) Entre las últimas publicaciones de ZAMPETTI se encuentran *Il problema della conoscenza giuridica*, Milano, 1953; *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*, Milano, 1956; *Il problema della giustizia nel protestantismo tedesco contemporaneo*, Milano, 1962; *Dello Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, Milano, 1965.

da ante tal enfrentamiento, son tareas llevadas a cabo por el autor en esta obra con un rigor técnico y honestidad científica notorios, sobre la base de sólidas fundamentaciones filosófico-culturales, y con una proyección orientada hacia planos que trascienden más allá del ámbito estrictamente propio del Derecho y, en concreto, del Derecho penal en sus dimensiones normativa, cultural y científica.

Pretende el autor fundamentar, a través de la presente monografía, toda una nueva teoría del método: una teoría que conecte íntimamente la norma jurídica y el sujeto agente, que delimite con mayor precisión las atribuciones y las interrelaciones de Estado e individuo.

Parte de la superación del normativismo, toda vez que éste, profunda, vitalmente afectado tanto por la radical transformación experimentada por la sociedad en los últimos decenios (y que, por determinadas razones políticas, ha sufrido en ocasiones trágicos efectos), así como por la progresiva articulación pluralista de la misma, en la actualidad adolece irremisiblemente de crisis. Pues el normativismo manifiesta plenamente su incapacidad de dar una interpretación racional del devenir de la experiencia misma. De la crisis del Derecho a la crisis del Estado sólo hay un paso. La renovación de las estructuras políticas debe ir pareja con una radical renovación de la forma de entender el Derecho, no sólo en función de la norma, sino también de todo el mundo de los individuos o destinatarios de ésta, que son los verdaderos y auténticos actores de la vida del Derecho.

El camino seguido por el autor, el método de que se sirve en esta tarea, no es otro que el método analítico de la acción final, manifestada primordialmente en el ámbito del Derecho penal, pero a la que asimismo reconoce efectos en otras ramas del ordenamiento jurídico.

La presente monografía se compone de una introducción, seis capítulos, las conclusiones y un apéndice. El primer capítulo trata de la «valoración e imperatividad de la norma jurídica». En él se destaca que la norma jurídica plantea dos órdenes distintos de problemas: una referente al contenido, por el cual implica un criterio de valoración, y otro relativo a los destinatarios, a través de cuyo comportamiento las normas adquieren su validez. Los dos problemas, siendo afines, son distintos. Son afines en cuanto la norma, en general, no deviene jurídica si no es observada; son diversos porque una cosa es el contenido de un comportamiento (en relación al contenido de la norma que el comportamiento hace propio o rechaza), y otra es el ser de los comportamientos, independientemente de su cualificación, a los cuales las normas hacen necesaria referencia.

Si objeto de la valoración de la norma es un comportamiento atribuible a un sujeto en cuanto ha sido objeto de su regulación por él mismo, ello incluye sólo la relación conducta-objeto y no también la de sujeto-norma, la cual se dirige al sujeto mismo a fin de orientar su comportamiento.

Problema esencial, pues, es el relativo al objeto de la valoración de la norma, esto es, el comportamiento humano, entendiendo por comportamiento o acción *stricto sensu* la causa del efecto mismo. Precisamente contra el concepto tradicional de acción, objetivamente considerada, esto es, de la acción en su aspecto exterior, en cuanto descrita en un tipo, es como deben señalarse las agudas críticas de las más modernas concepciones, que dan entrada

en el concepto de acción a una serie de elementos subjetivos e internos que antes venían siendo sistemáticamente remitidos a una esfera distinta, la de la culpabilidad. Del análisis del objeto de la valoración de la norma se deriva que no pueda hablarse de imperatividad independientemente de la valoración de la norma.

En el segundo capítulo contempla la «valoración de la acción dolosa». Para ZAMPETTI, no cabe desconectar la consideración normativa de la acción de una concepción naturalista de la misma, que deviene esencial y determinante para la interpretación misma de las normas que se refieren a la estructura de la acción. Y no otro significado posee la afirmación de WELZEL de que «al legislador preexisten las estructuras ontológicas del ser». A continuación se hacen objeto de consideración, en el mismo capítulo, los conceptos de *dolus malus*, de *cattiva intenzione*, en el sentido de aquella intención «que no debe ser» que dijera PETROCELLI.

Pone de relieve la existencia, en muchos tipos de injusto, de determinados elementos psicológico-emocionales necesarios para su constitución, dado que no pueden entenderse de manera puramente objetiva. Y objeto de especial atención hace, en este punto, a la tentativa. La acción no constituye sino el equivalente ontológico de la representación, entendida ésta como elemento gnoseológico o cognoscitivo. De este modo, para ZAMPETTI, los elementos subjetivos del injusto, en un principio excepcionales, devienen regulares. El dolo o elemento intencional, en cuanto parte integrante de la acción, está siempre presente en la misma sin excepción: constituye un concepto genérico que se extiende igualmente, a dos clases de tipos de delito diversas (los tipos con y sin elementos subjetivos).

El propósito no puede ser considerado aisladamente, sino que implica dos elementos: la representación del fin a realizar y sus realización a través de la acción voluntaria. Sin la realización el propósito se disiparía en una mera representación; sin la representación la acción cesaría de ser voluntaria. La finalidad y la causalidad no constituyen dos categorías distintas, si se considera a la finalidad como la causalidad humana, en contraposición a la causalidad de la naturaleza. Mientras en la primera el efecto (evento) se debe a una causa humana o voluntaria, en la segunda, a una causa natural independientemente de la voluntad. De modo que causalidad humana y natural están en relación de género a especie.

El tercer capítulo está dedicado a la «valoración de la acción culposa». Partiendo de que el concepto de acción es esencialmente unitario, se hace extensivo tanto a la acción dolosa como a la culposa. Entre ambas existe un factor común: el elemento intencional. Sólo varía la relevancia jurídica del mismo: mientras que es relevante en la acción dolosa, resulta irrelevante en la culposa. Plantea, a continuación, el autor la cuestión, de extraordinario interés, de si el elemento intencional acaba, aunque sea en forma indirecta, por ser relevante también en las acciones culposas en el sentido de que precisamente con referencia a él sea como se constata la ausencia del elemento accidental, o sea, la ausencia de la diligencia objetiva.

Analiza el carácter de la voluntariedad de la acción, partiendo de la opinión mantenida por ANTOLISEI —*suità dell'atto*— y destacando el valor

sintomático, respecto a la personalidad del autor, de la manifestación de su voluntad que le es atribuible.

Por último, contempla la concepción unitaria de la acción (dolosa-culposa), fundamentada sobre la base de un finalismo objetivo, al modo de MAIHOFER, y no ya subjetivo; esto es, un finalismo apreciado desde el punto de vista social de terceros, y no ya desde la perspectiva del sujeto agente.

En el cuarto capítulo de su obra se enfrenta ZAMPETTI con el problema de la «valoración del querer». En el quinto, de la «teoría del dolo y de la culpa». Y, finalmente, en el sexto, de la «valoración y valor». En todos ellos, del mismo modo que en los que le preceden —y que acabamos de revisar sucintamente—, se plantea ZAMPETTI una problemática extraordinariamente rica en facetas, en perspectivas, en sugerencias, en proposiciones y precisiones... de elevado interés para el jurista, toda vez que se enfrenta con esta tarea partiendo de un profundo conocimiento del finalismo, en la línea de pensamiento de Hans WELZEL, así como de la regulación jurídico-positiva italiana y, además, de todo el proceso político-cultural europeo. Aun considerando que sea discutible la validez de algunas de las tesis propuestas, en su desarrollo, por el profesor de Trieste, entendemos que su obra —realmente meritoria— no puede en modo alguno pasar inadvertida entre los cultivadores de la investigación en el ámbito de la dogmática jurídico-penal.

Miguel POLAINO NAVARRETE

Profesor Adjunto de Derecho penal  
en la Universidad de Sevilla

# REVISTA DE REVISTAS

## ALEMANIA

### Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 78 (1966), fascículo 3

**VON HENTIG, Hans:** «Das Mitopfer» (La co-víctima); págs. 407-419.

En su artículo, el profesor von Hentig estudia, dentro del sector de la llamada Victimología, un caso especial de pluralidad de víctimas en el doble asesinato. Se trata de aquellos supuestos en que el autor tiene sólo el propósito de matar a una persona; pero, repentinamente, se introduce en el "campo de tiro" un segundo sujeto, y el asesino, preocupado sólo de escapar, ante la amenaza de ser reconocido y descubierto, mata a una segunda víctima; a esta ulterior persona asesinada la llama von Hentig la "co-víctima".

El trabajo recensionado tiene un carácter casuístico, ilustrando von Hentig con ejemplos estos supuestos de "co-víctima". Hijos que entran de improviso en la habitación donde el asesino acaba de matar a los padres; muerte de un niño de pocos meses después de que el marido celoso mata a la esposa, ante el temor de que el llanto del pequeño pueda alarmar a los vecinos, etc.

Von Hentig señala que hasta hace poco muchas de las "co-víctimas" eran empleados domésticos de la víctima (amas de llaves, criados, cocineros, etc.) que sorprendían inesperadamente al asesino de la persona a cuyo servicio estaban; actualmente, sin embargo, al irse sustituyendo el servicio por los aparatos electrodomésticos, estos casos no se producen ya con tanta frecuencia.

Desde que Ferri se ocupó del doble asesinato, concluye von Hentig, ha ido surgiendo, vacilantemente, una teoría de la víctima. El articulista espera que la «co-víctima» sea acogida dentro de esta teoría para que sirva a su ulterior desarrollo.

**FREDE, Lothar:** «Kindesmord und Kirchenbusse bei Goethe» (Infanticidio y penitencia canónica en Goethe); págs. 420-431.

Frede afirma que a menudo ha sido malentendida la actitud de Goethe ante el infanticidio y la penitencia canónica, actitud que estudia en referencia, especialmente, a la actividad de Goethe como Miembro del Consejo Secreto de Sajonia-Weimar.

En referencia al infanticidio, Goethe fue partidario de mantener en principio la pena de muerte para ese delito, si bien prescindiendo de las torturas

que se prevenían en la Carolina para el infanticidio y recomendando en varios casos la no aplicación de la pena capital.

La penitencia canónica era una pena eclesiástica consistente en el reconocimiento por parte del pecador-delincuente de su falta ante la comunidad religiosa congregada, recibiendo entonces la absolución. Goethe, en un extenso dictamen de 1780, se declaró a favor de la supresión de esa pena, que fue finalmente abolida en 1786.

**ANDROULAKIS, Nikolaos K.: «Zur Frage der Zuhältereie» (Sobre la cuestión del rufianismo); págs. 432-489.**

Entre otros problemas del rufianismo, Androulakis estudia, por una parte, la posición de los que afirman que ese fenómeno se caracteriza por un amor no correspondido de la prostituta hacia el rufián, y que de esa unilateralidad amorosa es de la que abusa el rufián para explotar y tiranizar a la mujer. Una segunda posición mantiene que la relación amorosa entre la ramera y el rufián no es unilateral, sino recíproca, y que a menudo es el hombre el que se halla en una relación de dependencia frente a la mujer: es ésta la que explota a aquél—"el rufián es una víctima de la prostituta" (von Hentig)—: de su primitiva cualidad de cliente que paga, la prostituta lleva al hombre a la existencia parásita del rufián.

Androulakis rechaza cualquier generalización y afirma que en las relaciones entre rufián y prostituta son posibles todas las variantes y transiciones que se dan en la vida de las demás parejas.

En su propuesta de *lege ferenda* Anároulakis sugiere que sea punible, no la explotación "de cualquier modo" de la prostituta, sino sólo la explotación que constituye, total o parcialmente, el "medio de vida" del rufián.

::: ::: :::

La sección bibliográfica está a cargo de Engisch (Filosofía del Derecho) y de Weider (Derecho penal canónico).

::: ::: :::

En el apartado de Derecho extranjero figura un artículo de Marcus sobre una Ley de reforma del Derecho penal danés, y otro de Brongersma sobre el desarrollo del Derecho penal en los Países Bajos. Moos informa sobre las últimas novedades bibliográficas de la literatura penal austriaca y Jescheck recensiona una obra de metodología del jurista suizo Germann.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

## BELGICA

## Revue de Droit Penal et de Criminologie

Número 4, enero de 1970

DE GEEST, André: «La Confiscation» (La confiscación); págs. 279-323.

El autor, abogado general del Tribunal de Apelación de Gand, trata de un modo exhaustivo toda la problemática que en el derecho belga actual plantea la confiscación. En primer término, apunta cómo en la actualidad subsiste únicamente la *confiscación especial*, de cuyas diversas clases se ocupa, puesto que la *confiscación general*—que llevaba consigo la privación total de los bienes del inculpado y se hacía extensiva a la familia del mismo—desapareció en 1790 por la Asamblea constituyente; más tarde fue restablecida bajo la vigencia del Código francés de 1810, para, finalmente, ser abolida por el artículo 171 de la Ley fundamental del Reino de los Países Bajos de 24 de agosto de 1815 y por el artículo 12 de la Constitución belga (Decreto de 7 de febrero de 1831). En segundo, examina el autor la legislación vigente (la contenida en el Código penal de 1867 y la especial) y los órganos competentes para aplicar las confiscaciones; competencia que, primeramente, fue ampliada por la Ley de Defensa Social de 9 de abril de 1930 y, luego, por la de 1.º de julio de 1964 (relativa a los delincuentes anormales y a los habituales), así como por el artículo 6 de la de 29 de junio de 1964, concerniente al *sursis*, etc... Estudia también De Geest los diversos objetos que pueden ser blanco de la confiscación, los cuales se distinguen según la calidad y gravedad del delito y el propietario. Acto seguido, subraya el autor belga la diversa naturaleza jurídica de la confiscación. Así, distingue en la actualidad tres clases de confiscación: Una *confiscación-penal*, que recae sobre objetos, cuya posesión es lícita, pero que han sido utilizados para fines penalmente ilícitos; esta categoría de confiscación reviste el carácter de pena, y puede, por tanto, ser objeto de una condena con *sursis* simple o con *sursis* probatorio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley de 29 de junio de 1964 y según reiterada jurisprudencia; una *confiscación-medida de seguridad*, la cual recae sobre objetos peligrosos o nocivos (por ejemplo, estupefacientes), y que, al no poseer la naturaleza de sanción penal, no puede ser objeto del beneficio del *sursis*, como tampoco verse afectada por una amnistía; finalmente, una *confiscación-medida de reparación* del daño que ha sufrido la víctima; reviste esta última carácter civil por lo general, aunque, a veces, presenta un carácter mixto (penal y civil). Concluye el artículo refiriéndose a la ejecución de la confiscación y al destino que, en cada caso, ha de darse a los objetos confiscados.

:: :: ::

En la sección de "Estudios y Documentos" se inserta un *Rapport* de Coiette Somerhausen sobre "*Les facteurs socio-culturels de l'expansion de*

la *drogue. Approche du problème dans les sociétés industrialisées*" (Los factores socio-culturales de la expansión de la droga. Acercamiento al problema en las sociedades industrializadas), presentado al *Symposium* sobre Estupefacientes y toxicomanía, organizado en Rüsçhlikon Zurich durante los días 15 y 16 de enero del año en curso por el Instituto Gottlieb Duttweiler para el estudio de las cuestiones económico-sociales.

Número 5, febrero de 1970

**WALCZAK, S.:** «Les traits caractéristiques de la nouvelle codification du droit pénal en Pologne» (Los rasgos característicos de la nueva codificación del derecho penal en Polonia); págs. 403-414.

Este artículo, de enorme interés informativo, nos da noticia de la nueva legislación penal que ha entrado en vigor el 1.º de enero de 1970 en Polonia, a saber: el Código penal, el Código de procedimiento criminal y el Código de ejecución de las sanciones penales.

Mientras el código penal contiene las líneas directrices generales de la política criminal y la política penitenciaria, el Código de procedimiento criminal extiende, en su nueva versión, la competencia de los tribunales, al atribuirles el control del procedimiento de ejecución de las penas; pero, sin lugar a dudas, la novedad principal estriba en la formación del Código de ejecución de las sanciones penales, por cuanto, según Walczak, presupone una mayor garantía de los administrados frente a la administración penitenciaria el que los principios como los relativos a la ejecución de las penas hayan sido elevados por el legislador al rango de ley.

Entre las nuevas medidas penales aparecidas en enero de 1970, figuran:

a) La suspensión de la persecución criminal (o de las diligencias procesales penales), que el Tribunal puede decretar—sin que desaparezca la responsabilidad civil— por un periodo de prueba de uno a dos años, en aquellos supuestos en que una pena acarrearía consecuencias desastrosas para el inculcado, siempre que el delito cometido por éste no merezca una pena superior a los tres años, y el delincuente no revista peligro de reincidencia, aunque deberá prestar caución sobre la conducta del prevenido una organización pública o privada, o simplemente un hombre de confianza.

b) En la lista de las penas principales figuran:

- La pena privativa de libertad, cuya duración va desde un minimum de tres meses a un maximum de veinticinco años.
- La pena limitativa o restrictiva de libertad (1), que constituye una

---

(1) El firme deseo de eliminar de la legislación polaca las penas cortas privativas de libertad se puso ya de manifiesto en el Proyecto de Código penal polaco de 1967, entre cuyas novedades figuraban las ahora conocidas con el nombre de *penas limitativas de libertad*, como la orden condicional de suspensión de las diligencias criminales, que puede otorgarse antes de la condena condicional propiamente dicha, y la pena limitativa de libertad en su actual regulación (*Vide.*: SWIDA, W., *L'evolution moderne de la peine*

novedad importante en la legislación penal polaca, en cuanto implica la sumisión del condenado a un régimen de vigilancia durante un periodo de tres meses a dos años, cuando haya sido condenado a penas privativas de libertad no superiores a seis meses, pudiendo, además, el Tribunal imponer una serie de medidas u obligaciones complementarias que la asemejan a un régimen de prueba.

— La pena de multa.

— Y, finalmente, la pena capital, si bien muy restringida.

c) Las penas complementarias comprenden los supuestos de interdicción profesional, privación del permiso de conducir, etc....

d) Lugar destacado merece la regulación de la condena y de la libertad condicionales; pero sobre todo la primera, que figura entre las penas que restringen la libertad, y suele imponerse en supuestos de condenas a pena de prisión que no excedan de los tres años, y se complementan con un régimen de vigilancia y medidas complementarias, dirigido por un oficial de prueba denominado *curador*. El legislador polaco ha tenido el buen sentido de instaurar la obligatoriedad de la sumisión a vigilancia probatoria de los delincuentes adultos sometidos a la condena condicional.

e) Finalmente, figuran en los nuevos textos legales la denominada vigilancia protectora, obligatoria para los casos de reincidencia, y los centros de readaptación social para reincidentes.

La nueva legislación penal polaca tiende, pues, a los fines de individualización de la pena, resocialización de los penados y está caracterizada por un matiz de despenalización en las medidas a imponer a los infractores de las normas penales.

Por último, incluye este número de la revista belga, en su sección "Estudios y Documentos", un artículo de J. M. Piret acerca de "*La protection de la moralité publique*", donde se abordan problemas concernientes a la censura de la libertad de expresión, libertad sexual, y sus interferencias con el Derecho penal belga; y concluye el número y la sección un estudio de Mendlewick y otros en torno a "*Les determinants génétiques de la delinquance*" (*Problèmes de l'anomalie XYY*).

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMÁN

---

*privative de liberté. L'élimination de la courte peine dans le projet de code pénal polonais de 1967*, en *Revue internationale de Criminologie et de Police technique*, vol. XXII (1968), abril-junio, 89 y ss.). La legislación polaca actual ha recogido así las conclusiones del "*Coloquio de los países de derecho socialista*", celebrado del 2 al 7 de octubre de 1967 en Varna (Bulgaria).

## ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

## The Journal of Criminal law, Criminology and Police Science

Vol. 60, núm. 4, diciembre 1969

**HADDAD, James B.:** «Retroactivity should be rethought»: A call for the end of the Linkletter doctrine» (La retroactividad debe ser revisada: Una petición para poner término a la doctrina «Linkletter»); págs. 417-441.

En base al criterio enunciado por el "Justice" Harlan, para el que el principio de la "no-retroactividad", en los supuestos de procesos criminales constitucionales, debería ser planteado de nuevo, el autor examina la doctrina judicial norteamericana en esta materia, especialmente la doctrina *Linkletter*, y marca las diversas etapas de un nuevo concepto, con arreglo al cual, la "no-retroactividad" debe desterrarse del ámbito procesal criminal constitucional.

**HIGGINS, George V.:** «Warrants upon Warrants: The pen register and probable cause under Omnibus Crime Control» (Más garantías: El registro de conversaciones por medio de ingenios electrónicos y las causas posibles del Omnibus Crime Control); págs. 455-463.

El autor trata de dar respuesta a la diversa problemática que plantea el presente *status* legal—regulado por el *Omnibus Crime Control Act*, aprobado por el Congreso en 1968—, del uso de la vigilancia policíaca llevada a cabo mediante los más diversos ingenios electrónicos—como el llamado "pen register"—, y que antes estaba prohibida por el párrafo 605 del *Federal Communications Act* de 1934.

**MORROW, William R.:** «Escapes of psychiatric offenders» (Evasiones de delinquentes internos en establecimientos psiquiátricos); págs. 464-471.

Morrow estudia el índice, muy elevado por cierto, de evasiones llevadas a cabo por delinquentes enfermos mentales reclusos en establecimientos para delinquentes psiquiátricos, relacionando dichos índices con los de huidas realizadas en establecimientos, según tengan o no garantías de seguridad; seguidamente, compara numéricamente las evasiones producidas en hospitales psiquiátricos y las sucedidas en las prisiones o instituciones correccionales no psiquiátricas. Finalmente, estudia la personalidad y las propensiones, diversas también, a evadirse, según se trate de uno u otro tipo de enfermos mentales, preguntándose, en suma, si existen características personales que puedan establecer diferencias entre los individuos delinquentes que lo gran evadirse y aquellos que no lo intentan siquiera.

**WILSON, John M., y SNODGRASS, John D.:** «The Prison Code in a therapeutic Community» (El Código penitenciario en una comunidad terapéutica); págs. 472-478.

Este estudio investiga —con referencia a los métodos de trabajo empleados en una institución penitenciaria de Maryland— el contraste evidente entre dos conceptos: el de un Código penitenciario y sus normas o directrices en orden a su aplicación a la población reclusa, que chocan, por cierto, con los modernos objetivos de tratamiento perseguidos por la administración, y un segundo concepto: el de una comunidad terapéutica, idea relativamente reciente que conduce a una aproximación o acercamiento con las instituciones correccionales.

**BASSETT, Joel:** «Discretionary power and procedural rights in the granting and revoking of probation; (Poder discrecional y derechos procesales en la concesión y revocación de la «probation»); págs. 479-493.

Después de una brevísima introducción en la que el autor esboza los fines perseguidos por el "probation system" y sus ventajas en orden a la resocialización y rehabilitación de los delincuentes, frente a las penas privativas de libertad, Bassett estudia con bastante detalle los requisitos procesales exigidos para su concesión, así como la selección de prevenidos que suele llevarse a cabo en orden a tal concesión, al igual que las condiciones o medidas complementarias al *probation system* que imponen los tribunales, para, finalmente, detenerse en las facultades discrecionales del juez para la revocación de tal medida; característica que se manifiesta como más necesaria cada vez para la puesta en práctica del "probation system".

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMÁN

## ITALIA

### Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

Año 1969, fascículos 3-4 (julio a diciembre)

**CONSO, G.:** «Patti internazionali in materia penale ed interventi della Commissione Europea»; págs. 657 y sigs.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio Europeo no han alcanzado, en el transcurso del tiempo, la eficacia que podía esperarse. Las colecciones de la Comisión Europea revelan las escasas decisiones en que se ha reconocido la presencia de infracciones de la justicia penal, un hecho que puede atribuirse a la protección recíproca de los Estados

miembros para la negación de violaciones del Convenio, apoyado frecuentemente en argumentos procesales e interpretaciones contrarias al contenido material de cada declaración.

El artículo 57 del Convenio permite al secretario general solicitar de cada Estado información sobre la forma en que se aplica. Tal petición no se efectuó hasta 1964. Las respuestas han sido excesivamente breves y dogmáticas, y en ciertos casos, evasivas.

Al respecto, observa Conso varias direcciones: la remisión formal a las Cartas constitucionales; la advertencia lacónica de que la Convención se halla vigente como derecho interno (así Grecia, cuyo destino reciente en el Consejo de Europa es conocido), o, por el contrario, una contemplación concreta del tratamiento real de los derechos humanos. En este grupo minoritario destaca la postura alemana: los Tribunales de la República Federal han basado en el Convenio diversas decisiones; el Gobierno examina la concordancia de los proyectos legislativos con sus declaraciones, e incluso recuerda mediante circulares a las Autoridades administrativas, la necesidad de garantizar los derechos humanos. Ese juicio favorable lo merece también Inglaterra al proporcionar datos reales al respecto.

La respuesta de Italia—"todo va bien..., porque los principios del Convenio son actuados por la Constitución"—es considerada por Conso como excesivamente abreviada. El autor controla ulteriormente la posición italiana, justificable con algunos reparos jurisdiccionales, en lo relativo a la protección de la vida y en lo concerniente a la eliminación de la tortura, y más discutible en lo que afecta al tratamiento de la libertad personal, el principio de legalidad de las medidas de seguridad, el respeto a la vida privada, familiar, domicilio y correspondencia.

**PEDRAZZI, G.:** «Aspetti penalistici del diritto d'autore in Italia»; páginas 683 y sigs.

La protección civil del derecho de autor posee prioridad sobre los preceptos penales, que despliegan en este campo una función sancionatoria. Hasta 1925, fue la pena el medio principal al servicio del derecho de autor. A partir de esa fecha, la disciplina civil ha pasado al puesto de vanguardia. Frente a las opiniones favorables a la derogación de los preceptos penales, objeto de particular estudio por el autor, es destacada su virtualidad pedagógica y el peligro que supondría su derogación para el derecho civil, aun reconociendo su infrecuente aplicación por los Tribunales.

**PAGLIARO:** «Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale»; páginas 695 y sigs.

La indeterminación de los tipos constituye una preocupación constante de la literatura contemporánea, hasta el punto de que se haya considerado necesaria la justificación expresa de sus elementos normativos y de las leyes

penales en blanco. La contribución de Pagliaro afirma la compatibilidad de unos y otras con el principio de legalidad.

**ZAGREBLESKY, V.:** «Disciplina penale dell'omissione di apparecchiature dirette a prevenire infortuni sul lavoro»; págs. 749 y sigs.

Es una aportación orientada a coordinar las normas concernientes a la protección de la actividad laboral, cuya infracción se tipifica como contravención en la legislación especial, y como delito en los artículos 437 y 451 del Código penal.

**PADOVANI, T.:** «Il grado della colpa»; págs. 819 y sigs.

El ejercicio de las facultades discrecionales del Juez en la aplicación de la pena ha de basarse en "el grado de la culpa", entre otras pautas fijadas por el artículo 133 del Código penal italiano. La evolución histórica del tema se conecta a la tripartición tradicional del delito culposo y a concepciones privatistas rechazadas hoy por la ciencia del Derecho civil, que atribuye al comportamiento culposo, predeterminante del deber de indemnizar, un carácter unitario. La insuficiencia de los criterios civiles se hizo patente durante la vigencia del Código Zanardelli. La eliminación de la *culpa levissima* del derecho penal constituyó el punto de partida de quienes atribuyeron al delito culposo un contenido fijo o lo caracterizaron totalizadamente como una infracción del deber. Sin embargo, el artículo 133 ha hecho emerger de nuevo el problema del grado, planteándolo como verdadera tarea interpretativa. Frente a la posición de Gallo, que remite su decisión a la intuición emocional del Juez, Padovani pretende proporcionar un módulo de valoración, que supere los criterios de la previsibilidad objetiva y subjetiva, de la proporcionalidad del grado a la intensidad de la voluntad o la consciencia de la acción y del defecto de atención. El autor menciona, con detalle no exento de leves reparos, la situación española, en la que, a su juicio, se observa una acentuación de los puntos de vista objetivadores—la omisión de cautelas generalmente exigibles—y un cierto sacrificio de las posibilidades personales del autor (y en definitiva del juicio de culpabilidad como tal).

Padovani orienta el problema del grado de la imprudencia por la vía de la teoría normativa de la culpabilidad, afirmando que el mismo se halla en función de los factores que inciden, positiva o negativamente, sobre el *quantum* de la exigibilidad, como juicio concreto sobre el autor y la situación en que su acción fue realizada. El carácter individualizador de dicho juicio sería incompatible con el esquema abstracto característico de los puntos de vista romanistas.

## La scuola positiva

Año 1969, fascículo 2

**GIANNITI, Francesco:** «Il problema della corruzione del pubblico ufficiale dotato di potere discrezionale»; págs. 173 y sigs.

El ejercicio de las facultades discrecionales plantea el problema de su tratamiento como cohecho propio o impropio, previa la existencia de la dádiva o promesa. En tales casos, la resolución correspondiente aparece externamente como adecuada al ordenamiento jurídico: siguiendo valoraciones apropiadas, otros funcionarios pueden llegar a resultados idénticos que el funcionario corrompido.

La solución de dicho problema ha discurrido por varias fases en la teoría y práctica alemana. El Reichsgericht, en sus primeras formulaciones, apreciaba cohecho propio cuando el proceso formativo de la voluntad apareciese influido por la dádiva; impropio, cuando correspondiese a la convicción interna del funcionario. A partir de 1940, el Reichsgericht, seguido posteriormente por el Bundesgerichtshof, estimó la existencia de cohecho propio sobre la base de que la dádiva aproxima al funcionario a la resolución de forma parcial, con una carga interior apta para ofuscar su juicio, con lo que venía a crearse una verdadera presunción en contra del autor. La contribución de Schmidt sobre el tratamiento del cohecho en la jurisprudencia, determinó, a partir de 1960, cambios importantes en la práctica, afirmándose que el cohecho propio no radica solamente en la aceptación de una cierta ventaja por el funcionario, sino en el hecho de dar a entender que la decisión discrecional sucesiva puede estar mediatizada por ella, con el consiguiente peligro de la confianza de la comunidad en el ejercicio objetivo de su función.

La Casación italiana ha seguido una línea semejante a la del Reichsgericht en sus primeras formulaciones. Respecto al derecho italiano, el problema aparece proyectado por Gianniti en la dirección del bien jurídico: en el cohecho impropio, el interés del Estado a la probidad del funcionario, como "no venalidad" de los órganos estatales; en el propio, el interés a la probidad e imparcialidad del órgano. Aunque en las dos formas de cohecho el interés del Estado a que la actividad del funcionario no venga mediatizada por consideraciones económicas contrarias a Derecho constituye una característica del delito, la lesión de la imparcialidad se eleva a criterio rector para delimitar la propia corrupción.

**CIVIDALI, I.:** «La giustizia minorile in Italia»; págs. 199 y sigs.

Se destacan en el artículo las deficiencias del sistema italiano en el ámbito de la jurisdicción de menores y la necesidad de crear en Italia un centro de investigación de los problemas de la juventud inadaptada. El autor

informa ampliamente de las particularidades del Centro de formación e investigación de la educación vaucresson y del curso para jueces de menores, organizado en París, durante septiembre-octubre de 1969, por el Centro Internacional de la Infancia.

Finalmente, comprende el fascículo otro trabajo de Binetti, V., *Sulla legittimità costituzionale delle norme che conferiscono al pretore funzioni di pubblico ministero e di giudice nel corso del medesimo procedimento.*

ANGEL TORIO

# NOTICIARIO

## CONVOCATORIA «PREMIOS CENTENARIO DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL»

El Consejo de Ministros, en reunión celebrada el 22 de noviembre de 1968, acordó conmemorar oficialmente el Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, encomendando al Ministerio de Justicia la programación y organización de los actos que habrán de tener carácter hispanoamericano.

Entre las actividades conmemorativas organizadas en colaboración con la Presidencia del Tribunal Supremo, figura la convocatoria de dos premios, destinado uno a trabajos de investigación, y otro para artículos de divulgación de la efemérides. Ambos premios serán otorgados en concurso que se ajustará a las siguientes bases:

### *Premio para trabajos de investigación*

PRIMERA.—Pueden aspirar al premio para trabajos de investigación, “Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, los de esta naturaleza publicados con firma, desde el primero de enero de 1970 hasta el día 15 de agosto del mismo año, ambos inclusive, en idioma español, por autores españoles, hispanoamericanos o filipinos, en libros o revistas especializadas, con un mínimo, en todo caso, de 30 páginas impresas.

SEGUNDA.—El contenido de los trabajos versará sobre los principios básicos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 o cualquier otro aspecto de investigación sobre la misma, sea cual fuere su proyección o punto de vista.

### *Premio para artículos de divulgación*

PRIMERA.—Pueden aspirar al premio para artículos de divulgación, “Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, los trabajos de esta naturaleza publicados por vez primera, con firma o seudónimo, desde la fecha de publicación de esta convocatoria hasta el 15 de agosto de 1970, ambos inclusive, en idioma español, por autores españoles, hispanoamericanos o filipinos, y en periódicos o revistas de cualquier localidad de España, América o Filipinas.

SEGUNDA.—Los artículos deberán tratar de lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 ha significado en la vida de la sociedad, en cualquiera de sus aspectos: jurídico, político, filosófico, histórico o sociológico.

### CONDICIONES GENERALES

Son condiciones generales de ambas convocatorias las siguientes:

PRIMERA.—Los trabajos se enviarán hasta el día 31 de agosto al Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica), San Bernardo, 47, indicando en el

sobre o plica que los contenga: "Premios Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Para optar al premio de investigación se remitirán cinco ejemplares del libro o revista de que se trate.

Los artículos de divulgación se remitirán recortados y fijados en hojas de 27 centímetros de largo por 21 de ancho y acompañados de otra hoja en que conste el domicilio del autor y el título y fecha del periódico o revista en que hayan aparecido, así como el nombre cuando se hubiere publicado utilizando seudónimo.

SEGUNDA.—El presidente del Tribunal Supremo o persona en quien delegue, lo será de la Comisión encargada de discernir los premios, que estará integrada por el director de la Escuela Judicial, un magistrado del Tribunal Supremo, un vocal de la Comisión General de Codificación y un representante del Ministerio de Justicia, que actuará como secretario. La decisión se hará pública el día 15 de septiembre del corriente año.

El premio de investigación está dotado con 150.000 pesetas indivisibles, y podrá ser declarado desierto si la Comisión considera que ninguno de los trabajos presentados reúne los méritos suficientes para ser premiado. En este último caso, podrá abrirse una nueva convocatoria para la adjudicación del premio.

El premio para trabajos de divulgación está dotado con 50.000 pesetas. Este premio no se declarará desierto, salvo falta de concursantes.

No se admitirá recurso alguno sobre las decisiones tomadas por la Comisión.

TERCERA.—Los autores a quienes se adjudique los premios, justificarán debidamente su personalidad si la Comisión lo considera necesario.

Madrid, 20 de enero de 1970

**Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la defensa social. Tendencias y necesidades de la investigación criminológica en América Latina. Preparado por el profesor Franco Ferracuti con la colaboración del doctor Roberto Bergalli. Prólogo del director del Instituto, doctor Edward Galway. Roma, 1969.**

Este análisis y comentario sobre la investigación criminológica en América Latina es una de las primeras publicaciones del nuevo Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social, inaugurado el 29 de abril de 1969.

El problema de la investigación en criminología se plantea hoy como un problema de organización de métodos y de adhesión a reglas rígidas administrativas y sustantivas para organismos gubernativos y grupos de presión estatales y particulares desde un punto de vista de investigación interdisciplinario e integrado y estos fines como línea de conducta para seleccionar los problemas, planificar los proyectos y dirigir la investigación se ha señalado como punto de vista el del mismo problema de la investigación, el de la teoría, el de la metodología y el de funcionamiento del grupo.

La creación del Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la defensa social en Roma dio nuevo impulso a las investigaciones en los países en vía de desarrollo y especialmente se inició la recolección de datos informativos de los últimos cinco años en la región latinoamericana, entendiéndose por investigación criminológica la definición del Consejo de Europa en 1965 al decir que un proyecto de tal tipo implica una sistemática búsqueda dirigida al ulterior conocimiento de las acciones y personas a las cuales o a quienes se relacionan reglas jurídicas de carácter penal respaldadas por el análisis de datos y, cuando sea el caso, suplementada por experimentos y estadísticas. Ello excluye toda investigación puramente legal, pero no histórica.

El panorama de la investigación latinoamericana en la heterogeneidad de América Latina encuentra desniveles de desarrollo entre las capitales, las demás ciudades y las regiones rurales, o más bien entre las zonas industriales y las agrícolas. Además, la herencia de los tiempos coloniales se advierte en las distinciones sociales, singularmente en los países andinos y otros de América Central, y en las áreas de desarrollo el proceso de desenvolvimiento económico ha ido acompañado de cambios sociales, como el crecimiento de la industria petrolera en Venezuela, que ocasiona desigualdad creciente de rentas y condiciones de vida entre la ciudad y el campo, y en el Brasil, en que el sur, principalmente el Estado de San Pablo, que localizó la gran industria, contrasta con el norte, rural y económicamente subdesarrollado.

En suma, las condiciones de vida económicas y sociales de los principales grupos culturales de la sociedad latinoamericana y las secuelas del cambio social pueden constituir uno de los objetivos de la futura investigación criminológica latinoamericana, y por ello la literatura relevante a este efecto es de interés directo para todos los criminólogos.

La investigación actual en América Latina se ha dirigido a formar una lista de 86 organismos e investigadores privados de países latinoamericanos y dos extraños a ellos, con el envío de un cuestionario, que fue contestado por poco más de la cuarta parte de tales organismos, y el resultado de los mismos, aparte de la necesidad de crear organismos autónomos para la investigación criminológica, tiene la dificultad de no existir o existir con escasez la investigación comparada, que el estudio que examinamos denomina intra-latinoamericana, y en el amplio campo de la prevención general trabajo alude al excelente estudio de los hermanos Alfonso y Raúl Quiroz Cuarón, que, con la utilización de un método matemático, han construido una teoría económica de los disturbios, así como hace relación el modelo teórico de estudios de la agresión política, propuesto por Douglas Bwy, que explica la variación de la inestabilidad política en este campo, la industrialización en países rurales, los cambios de niveles y tipos de delincuencia que constituyen estos fenómenos sociales alternativos y la necesidad de coordinar la investigación en criminología, y la planificación socio-económica y la defensa social como parte del contexto social más amplio, formando parte de la planificación social. A ello se unen numerosos problemas como la relación de la teoría en criminología con la planificación de la defensa social, la desaparición de

linderos entre los programas contra la "delincuencia y la acción social colectiva, como el esquema de referencia delincuencia y oportunidad", la expansión del interés desde los objetivos criminológicos clásicos hacia nuevas cuestiones de importancia, como la implicación criminológica de la inclinación a las drogas, la actuación de la víctima, la formación de la sentencia, etcétera, la elección de temas específicos e investigación, la tasa creciente de la delincuencia juvenil, y en las naciones en vía de desarrollo, las modificaciones del concepto de desviación y de la transformación del concepto social de la desviación comparado con la definición jurídica de la conducta criminal, la participación de la policía en el proceso criminológico, el procedimiento de las sanciones penales, el análisis sistemático de los sectores de la defensa social, la abundante literatura sobre las características diferenciales del encuentro y, en este examen de las tendencias de la investigación en América Latina, que el importante estudio que resumimos y que recomendamos al estudio de nuestros lectores, denomina rápido e incompleto, resalta la urgencia de amplios esfuerzos para el desarrollo coordinado de la región, y termina con que el "tempo" del cambio social en América Latina no permite mucha demora para planificar la acción preventiva en el campo de la defensa social. A este estudio acompaña una selecta bibliografía y un anexo con el título y dirección de los 86 Institutos latinoamericanos cuya colaboración se solicitó, así como el Instituto Latino Americano de Investigaciones Sociales, de Alemania, y el Instituto Latino Americano para las Ciencias Económicas y Sociales, de Suiza.

Aplaudimos el interesante propósito y el acertado enfoque del estado del problema y de sus perspectivas futuras.

Profesor FEDERICO CASTEJÓN,

Experto Gubernamental español cerca de la Sección  
de Defensa Social de las Naciones Unidas

### **NUEVOS PROFESORES AGREGADOS DE DERECHO PENAL**

Han sido nombrados, en virtud de concurso oposición, profesores agregados de Derecho penal don Enrique Gimbernat Ordeix y don Antonio Beristain, S. J. El primero ha sido destinado a la Universidad de Madrid y el segundo a la de Oviedo. Ambos han sido asiduos colaboradores de este ANUARIO, en el cual se ha dado cuenta también de sus numerosas publicaciones de libros y artículos en España y en el extranjero.

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXIII

## FASCICULO I

Enero - abril MCMLXX

### Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>¿Condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena?</i> , por Ruperto Núñez Barbero ... .. .	5
<i>Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal</i> , por Enrique Bacigalupo ... .. .	35
<i>Tipología del delincuente español</i> , por Alfonso Serrano Gómez ...	49

### Sección Legislativa

<i>Ley de Caza de 4 de abril de 1970</i> ... .. .	67
---	----

### Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al segundo semestre de 1967</i> , por Francisco Bueno Arús ... .. .	93
<i>Jurisprudencia procesal penal, segundo cuatrimestre de 1968</i> , por Fernando Gisbert Calabuig ... .. .	142

### Revista de libros

ALONSO TEJADA, Luis: <i>Ocaso de la Inquisición en los últimos años del reinado de Fernando VII. Juntas de Fe, Juntas Apostólicas, Conspiraciones realistas</i> , por P. L. Yáñez Román ... .. .	175
BECCARIA, Cesare: <i>De los delitos y de las penas</i> , por M. Gurdíel Sierra ... .. .	176
BIBLIOTHEQUE DE LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE CATHO- LIQUE DE LOUVAIN: <i>La Jury face au Droit pénal moderne</i> , por M. Polaino Navarrete ... .. .	180
BLAUGH, Peter: <i>Handel für einen anderen nach geltendem und kom- mendem Strafrecht</i> , por F. Muñoz Conde ... .. .	183

	<u>Páginas</u>
COBO, Manuel: <i>Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por media en el artículo 65 del Código penal español</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez ... ..	185
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: <i>Autor y cómplice en Derecho penal</i> , por F. Muñoz Conde ... ..	187
LANDROVE DÍAZ, Gerardo: <i>Las quiebras punibles</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez ... ..	190
LE CLERE, Marcel: <i>Manuel de Police Technique</i> , por P. Maneu ...	192
MILLE MILLE, Gerardo: <i>Delitos contra la economía nacional</i> , por F. Muñoz Conde ... ..	193
NACIONES UNIDAS: <i>Tendencias y necesidades de la investigación criminológica en América Latina</i> , por A. Serrano Gómez ... ..	195
SCHWANDER, Vital: <i>Das Schweizerische Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis</i> , por F. Muñoz Conde ... ..	198
TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: <i>El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII</i> , por José Antón Oneca ...	199
ZAMPETTI, Pier Luigi: <i>Il finalismo nel Diritto. Verso una concezione personalistica dell'ordinamento giuridico</i> , por M. Polaino Navarrete ... ..	205

### Revista de Revistas

#### Alemania

<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (fasc. 3, 1966), por Enrique Gimbernat ... ..	200
--	-----

#### Bélgica

<i>Recue de Droit Pénal et de Criminologie</i> (enero-febrero 1970), por P. L. Yáñez Román ... ..	211
---	-----

#### Estados Unidos

<i>The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science</i> (diciembre 1969), por P. L. Yáñez Román ... ..	214
---	-----

#### Italia

<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i> (fasc. 3-4, 1969), y <i>La Scuola positiva</i> (fasc. 2, 1969), por A. Torio ... ..	215
---	-----

NOTICARIO ... ..	220
------------------	-----

## Sección Legislativa

<i>Ley de Caza de 4 de abril de 1970</i> .....	67
--	----

## Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al segundo semestre de 1967</i> , por Francisco Bueno Arús .....	93
<i>jurisprudencia procesal penal, segundo cuatrimestre de 1968</i> , por Fernando Gisbert Calabuig .....	142

## Revista de Libros ..... 170

ALONSO TEJADA, LUIS: *Ocaso de la Inquisición en los últimos años del reinado de Fernando VII Juntas de Fe, Juntas Apostólicas, Conspiraciones realistas*, por P. L. Yáñez Román; BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*, por M. Gurdíel Sierra; BIBLIOTHEQUE DE LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN: *La Jury face au Droit pénal moderne*, por M. Polaino Navarrete; BLAUTH, Peter: *Handel für einen anderen nach geltendem und kommen dem Strafrecht*, por F. Muñoz Conde; COBO, Manuel: *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por media en el artículo 65 del Código penal español*, por Luis C. Ramos Rodríguez; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho penal*, por F. Muñoz Conde; LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Las quiebras punibles*, por Luis C. Ramos Rodríguez; LE CLERE, Marcel: *Manuel de Police Technique*, por P. Menéu; MILLE MILLE, Gerardo: *Delitos contra la economía nacional*, por F. Muñoz Conde; NACIONES UNIDAS: *Tendencias y necesidades de la investigación criminológica en América Latina*, por A. Serrano Gómez; SCHWANDER, Vital: *Das Schweizerische Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis*, por F. Muñoz Conde; TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO: *El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII*, por José Antón Oneca; ZAMPETTI, Pier Luigi: *Il finalismo nel Diritto. Verso una concezione personalistica dell'ordinamento giuridico*, por M. Polaino Navarrete.

## Revista de Revistas ..... 209

ALEMANIA: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, fasc. 3, 1966, por Enrique Gimbernat Ordeig; BÉLGICA: *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, enero y febrero 1970, por P. L. Yáñez Román; ESTADOS UNIDOS: *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, diciembre 1969, por P. L. Yáñez Román; ITALIA: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascículos 3-4, 1969, y *La scuola positiva*, fasc. 2, 1969, por A. Torio.

## Noticario ..... 220

**Suscripción anual:** España, 300,— pesetas  
Extranjero, 400,— pesetas  
**Numero suelto:** España, 125,— pesetas  
Extranjero, 150,— pesetas