

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXIII  
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.  
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 Adjunto de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

*Consejo de Redacción:*

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

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

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

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO  
Fiscal General del Tribunal Supremo

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

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

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO  
Catedrático de Derecho penal de la Univer-  
sidad Autónoma de Madrid

## INDICE

### Sección Doctrinal

### Páginas

<i>La obra penalista de Jiménez de Asúa</i> , por José Antón Oneca ... ..	547
<i>La atenuante de preterintencionalidad</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo ... ..	555
<i>Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico</i> , por José Cerezo Mir ... ..	581

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

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

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 1970.

---

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**

**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 III**



**SEPBRE.-DICBRE.  
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

## La obra penalista de Jiménez de Asúa

JOSE ANTON ONECA

El 17 de noviembre de 1970 ha fallecido en Buenos Aires don Luis Jiménez de Asúa. Había nacido en Madrid el 17 de junio de 1889. Su padre era procurador de los tribunales y el hijo estudió Derecho en la Universidad que entonces se llamaba Central. El fallecimiento temprano del padre obligó al hijo a apresurar el fin de su carrera y a ganarse la vida como profesor de la Academia Politécnica Matritense, dirigida por don Isidro Naharro. Simultaneó este quehacer con el estudio del doctorado, donde la asignatura de Estudios superiores de Derecho penal y Antropología criminal era explicada por el profesor auxiliar encargado del curso, don Leopoldo Palacios, quien recomendaba a los alumnos el libro «Las nuevas teorías de la criminalidad», del que era autor don Constancio Bernaldo de Quirós. Preparó Asúa su tesis sobre *La Sentencia indeterminada* y, obtenido el grado de doctor, publicó la tesis con un prólogo de Bernaldo de Quirós, el cual, además de hacer el elogio del trabajo y del reciente doctor, hablaba del Proyecto de Código penal que en 1902 preparó por encargo del ministro Montilla, diciendo haber tomado por modelo el Proyecto suizo de Stooss, preferible por su sencillez. Dicha tesis, más extensa y documentada de lo por entonces habitual, debió ser factor decisivo para conceder, en virtud de concurso, a nuestro biografiado una pensión para estudiar Derecho penal en Francia y en Suiza. En París escuchó las explicaciones elocuentes de Garçon y estudió en la biblioteca de la Facultad. De allí pasó a Suiza, donde se ofrecía el espectáculo, fascinante para un joven penalista, de un grupo de profesores que, secundando a Stooss, propugnaban la promulgación de un Código penal único para la federación y moderno, que sustituyera las viejas legislaciones de los cantones. Jiménez de Asúa estudió en Ginebra con Gautier y en Zurich con Hafter. Y, puesto que Stooss se había inspirado para su proyecto en la dirección político-criminal dirigida por Liszt, Asúa, buscando la fuente de la dirección moderna, consiguió la prórroga de su pensión para trasladarse a Berlín a estudiar con Liszt, quien encontraba en el anteproyecto de Stooss la primera encarnación legisladora de las propuestas político-criminales formuladas por la Unión Internacional de Derecho penal (1).

---

(1) LISZT, *Die Forderung der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerische Strafgesetzbuch*, en «Aufsätze und Vorträge» (reimpresión) vo-

Schmidt ha recordado la especial atracción ejercida por las enseñanzas del profesor alemán (2), cuya agilidad y brillantez atribuía Asúa al origen austro-húngaro del maestro, cualidades que se daban en él unidas al sistema y laboriosidad proporcionadas por su educación alemana (3).

Fruto de estos viajes y estudios fueron varias publicaciones: *La recompensa como prevención general* (Madrid, 1915), *La Unificación del Derecho penal en Suiza* (Madrid, 1916), la traducción del *Tratado de Derecho penal* de Listz (sólo la parte general, y habiendo sido los primeros capítulos traducidos por Saldaña) (Madrid, 1916 y 1917), *El Anteproyecto de Código penal sueco de 1916* (Madrid, 1917), *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas* (Madrid, 1918), libro dedicado a sus maestros Saldaña, Listz y Thyren.

Con tal bagaje, quien había sido calificado por Saldaña como la más fecunda promesa de la juventud actual (4) y era ya auxiliar encargado de cátedra, pasó a ser catedrático numerario de Derecho penal en virtud de oposición. Dedicose a la cátedra fervorosamente, como demuestran las tesis de sus alumnos (5), la serie de monografías del Seminario de la cátedra de Madrid (6) y los numerosos discípulos que han desempeñado funciones docentes y publicado libros de materias penales.

Continuando su labor informativa con el claro propósito de impulsar a nuestro país en la renovación de su anticuada legislación penal, dio cuenta en *El estado peligroso* (Madrid, 1920), entre otros datos, de las discusiones habidas en el seno de la Unión Internacional del Derecho Penal sobre el concepto, categorías y repercusiones de las declaraciones de estado peligroso en las garantías legales. El libro fue traducido al italiano y publicado con correcciones y adiciones del autor y un prólogo de Ferri, el gran maestro de la escuela positiva. Asúa había dado antes a la imprenta un *Estudio crítico del Proyecto de Código penal italiano* de 1921, obra de una Comisión presidida por Ferri. ¿Significó el elogio del Proyecto de la escuela positiva que el discípulo de Listz cambiaba de dirección? Listz había representado una dirección moderna, más moderada que la escuela positiva italiana de los primeros tiempos; pero el Proyecto que se llamó de Ferri, por ser éste el presidente de la Comisión y su principal redactor, y los Prin-

---

lumen II, págs. 54 y ss.) encontraba en el anteproyecto de Stross la primera encarnación legisladora de las propuestas político criminales de la Unión Internacional de Derecho penal.

(2) SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pág. 350.

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Die Wiederkehr Franz von Liszt*, en *ZStW*, t. 81, pág. 688.

(4) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Liszt*, vol. I, pág. 535.

(5) *Trabajos del Seminario de Derecho penal*, t. I (1917) en colaboración con RIAZA, VIÑAS, PORPETA y SIERRA.

(6) SON 15 las monografías citadas en las páginas finales del Discurso pronunciado por ASÚA en la inauguración de curso (1931) de la Universidad de Madrid.

*cipii di diritto criminale* del mismo (Torino, 1930), significaron un apreciable repliegue respecto a los radicalismos primeros: lo cual marcaba una mayor aproximación a la escuela de Liszt. Por motivos políticos, se separa después Asúa de Ferri, mas comprendió posteriormente en su anatema a toda la escuela positiva italiana, con algunas reservas, especialmente a favor de Lombroso, a quien consideró fundador, no ya de la escuela positiva, sino de la Antropología criminal (7). Lo cual es cierto, pero también que Lombroso ha sido uno de los evangelistas, como se les llamó, de la escuela positiva.

La nombradía alcanzada por el profesor madrileño, probablemente el ambiente positivista del penalismo sudamericano y también el arte difícil de la conferencia, que era dominado por el conferenciante, motivaron las invitaciones de aquellos países, tan frecuentes, que le han permitido recorrer en dicha función docente casi todas las tierras iberoamericanas. Con este motivo, y puesto que Asúa escribía previamente caunto decía, publicó *El Derecho penal en la República del Perú* (1926), donde, tras una descripción plástica de los magníficos paisajes observados en el viaje, estudia el Código penal y la práctica penitenciaria en aquel país. Más tarde, la cortesía de los profesores argentinos le llevaron a su país para hacer la crítica del Código penal de 1922 y los proyectos de 1924 y 1926 sobre estado peligroso. En un libro de 375 páginas, precedido por el comentario crítico de Juan Ramos y la presentación de Coll (ambos favorables, pero discrepantes, en cuanto el primero considera el Código de 1922 orientado por la política criminal —y no neoclásico, como creía Asúa— y el segundo ve en el neopositivismo, que decía profesar el conferenciante, no otra cosa que la evolución natural del positivismo sin perder sus esencias). ¿En qué consistirá ese neopositivismo? El entonces joven maestro español adopta como visión del futuro: un derecho protector de los criminales, como el preconizado por el antiguo maestro salmantino Dorado Montero. Y, en cuanto ahora sería imposible de realizar, se contenta con un sistema de dos Códigos: preventivo el uno y sancionador el otro (8). Y Jiménez de Asúa ha mantenido este ideal durante el resto de su vida, sin que le hicieran cambiar las peripecias del medio histórico (9). Mas cuando surgió el movimiento de la defensa social, iniciado por Gramatica, tan semejante a la doctrina doradista, Asúa la rechaza calificándola de positivismo deshuesado (10).

Su condición de profesor le llevó a escribir obras sistemáticas destinadas a los estudiantes. Prescindiendo de las menos importantes (algunas en colaboración), citaremos la traducción de una parte del primer tomo del *Programa de un curso de Derecho criminal*, de Carrera,

(7) Prólogo a la *Vida de Lombroso contada por su hija*. Buenos Aires, 1940.

(8) JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo Código penal argentino*. Madrid, 1928, págs. 142 y ss.

(9) Id. *El Nuevo Derecho penal*, Madrid, 1929, págs. 78 y ss. Id. *Tratado de Derecho penal*, t. II, págs. 214 de la 3.ª edición.

(10) ANTÓN ONECA, *Las teorías penales italianas de la posguerra*, en *Anuario de D. P. y C. P.*, t. XX, fasc. 1 y 2, págs. 26 y ss.

adicionándolo con extensas notas (11). El fragmento dedicado al estado de necesidad dio lugar a un opúsculo (12) de gran difusión, que motivó, sin duda, la mayor extensión que la exigente del n. 7 del artículo 8 tuvo en los Códigos de 1932 y 1944.

Liszt no fue solamente un criminalista político, sino también uno de los creadores de la moderna dogmática alemana sobre el delito (13). A ella se dedicó particularmente Asúa a partir de su discurso universitario de 1931 (14), si bien en este discurso sigue preferentemente a penalistas clásicos o unitarios, como Binding, Beling, Mayer y Mezger.

Presidente de la Sección de Derecho penal en la Comisión Jurídica Asesora, y luego de ésta, fue Asúa el principal redactor del Código penal de 1932. La reforma tuvo por finalidad adaptar el Código a la Constitución de 1931, haciéndose, además, algunas otras modificaciones humanitarias o de carácter técnico, pensándose elaborar con más tiempo un Código penal nuevo, para lo cual se habían preparado unas bases. Fue lástima no aprovechar la ocasión para efectuar otras modificaciones también necesarias, pero quizá aquella limitación fue causa de que el Código de 1932 rigiera hasta 1944 y sobrevivieran en ésta muchas de las modificaciones en el mismo acordadas (15).

No es cierto, como alguna vez se ha supuesto, que la Ley de Vagos y Maleantes fuera iniciativa de nuestro biografiado. El origen estuvo en los indultos generales excesivamente amplios, que pusieron en la calle a multitud de delincuentes profesionales. Para recogerlos, y sin duda por considerar el problema de orden público, fue el ministro de la Gobernación quien presentó en la Cámara un proyecto que, con el nombre referido, articulaba figuras de delicto acompañadas de sus respectivas penas. La oposición encontrada para lo que recordaba disposiciones del antiguo Régimen, la Ley Narváez de 1845 o el Código de 1848, motivó la redacción por Jiménez de Asúa y Ruiz Funes de otro proyecto, sustituyendo las figuras de delito por estados de peligrosidad y las penas por medidas de seguridad. Este proyecto, con algunas enmiendas desfavorables, fue la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, hoy sustituida —aunque todavía no en vigor— por la de Peligrosidad y Rehabilitación social. Asúa no fue, pues, padre de la Ley, pero la adoptó posteriormente al considerar realizada su idea dualista transitoria de los dos Códigos (16).

Durante algunos años ejerció la abogacía, de lo que son testimonio

(11) *Derecho penal moderno y español*, en *Adiciones* al vol. 1.º del Carrara, Madrid, 1922.

(12) *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Buenos Aires, 1922.

(13) SCHMIDT, *ob. cit.*, págs. 373 y ss. (2.ª ed.) HEINITZ, *Franz von Liszt, als Dogmatiker*, en *ZStW.*, vol. 81, págs. 592 y ss.

(14) ASÚA, *La teoría jurídica del delito*. Discurso pronunciado en la apertura del curso 1931 a 1932.

(15) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código penal reformado*, Madrid, 1934.

(16) *Código penal reformado*, donde afirma: "así no se puede legislar", pág. 589. *La Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito*, Madrid, 1934.

sus tres tomos de *Defensas penales* (Madrid, 1933, 1935 y 1936), así como lo es de sus colaboraciones periodísticas *La crónica del crimen* (Madrid, 1929) y de sus aficiones criminológicas el opúsculo *Psicología profunda, psicoanálisis y psicología individual* (Madrid, 1935).

En el año 1939 trasladó su residencia a Sudamérica, donde —especialmente en Argentina— ha permanecido hasta su fallecimiento, salvo algunas excursiones por Europa, generalmente con motivo de Congresos científicos. En su larga actividad docente y publicista ha permanecido, pues, veintiún años en España y treinta y dos en el otro continente.

Obras producidas en España fueron reeditadas en América con ampliaciones y rectificaciones. Así *La sentencia indeterminada* (2.ª ed. en Buenos Aires, 1947) duplicó su contenido, constituyendo lo más completo sobre el tema en aquella fecha, y fue precedida, junto al antiguo prólogo de Bernaldo de Quirós, por otro del autor con interesantes datos para su biografía. *La Vida penal en Rusia*, que, en colaboración con otros tres autores, había visto la luz en Madrid en 1931, se convirtió en *El Derecho penal soviético* (Buenos Aires, 1957), con un cambio de la actitud de expectativa, adoptada en el primer libro, por la franca condena en el segundo, al afirmar que dicho Derecho penal soviético es totalitario. De sus *Defensas penales* se hicieron dos ediciones. Alcanzaron mayor número de ediciones las de título más atrayente para el gran público: seis, los *Ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*; cinco, el *Psicoanálisis criminal* (ampliación del *Valor de la Psicología profunda*, editada en España en 1935); otras tantas, *La Crónica del crimen*, Buenos Aires y La Habana, 1943 a 1970.

*La Ley y el delito* es un compendio o manual de 619 páginas, destinado a la preparación de los estudiantes. La fecha de la primera edición (1945) hace pensar en un boceto para el gran *Tratado*, cuyo primer tomo aparece en 1950. Quizá este carácter es la causa de una acumulación excesiva en tan breve espacio de doctrinas y citas de autores con perjuicio de la claridad.

También podría considerarse trabajo preparatorio o precursor de la gran obra de legislación comparada que es dicho *Tratado*, los *Códigos penales iberoamericanos según los textos oficiales*, «Estudio de legislación comparada» (dos tomos, Caracas, 1946), obra agotada y desgraciadamente no reeditada; debida a Carsi (ordenación de textos y vocabulario analítico), y a Jiménez de Asúa (Estudio de legislación comparada).

Y por fin, el gran *Tratado de Derecho penal*: siete tomos, de más de 1000 páginas cada uno; la obra más extensa sobre la parte general de dicha disciplina, aparecida en los años 1950 a 1970. En el prólogo explica el autor la razón de su extraordinaria empresa: Eusebio Gómez y Sebastián Soler habían publicado excelentes tratados de Derecho penal argentino; Asúa aspiraba a una obra universal de doctrina y legislación comparada. Sería tarea excesiva e impropia para esta nota necrológica hacer la crítica de tan excepcional obra. Nos limitamos, por ello, a algunas breves consideraciones.

En el primer tomo, tras los conceptos fundamentales, se trata de la historia. Echamos de menos alguna mayor información sobre la edad contemporánea española; pero comprendemos las dificultades para la documentación completa en tierras lejanas. Es objeto de gran curiosidad para el lector lego en etnología y prehistoria, como somos nosotros, lo relativo a la justicia penal indígena. Luego, los españoles agradecemos a nuestro compatriota la defensa, frente a la leyenda negra, de la colonización realizada por España. Y, como penalista, nos complace el dilatado panorama de la ciencia penal y las legislaciones vigentes en el universo mundo.

En el segundo volumen se ocupa de las teorías penales, materia ya trillada por el autor en publicaciones anteriores; pero en la que es materia nueva sus consideraciones sobre la egología argentina (§ 587). Muy completa e interesante es la parte dedicada a las fuentes, incluyendo el concurso de leyes, la extradición, y el derecho de asilo, que suscitan particularmente nuestro interés; para terminar con materia tan discutida como la de los tribunales internacionales y, especialmente, la actuación del de Nuremberg. Frente a la opinión más corriente, Asúa concreta la suya con estas palabras: «hasta el final ha sido este juicio modelo de lo que debiera evitarse» (§ 894).

En los volúmenes siguientes expone en buen orden la teoría del delito con perfecto conocimiento de la dogmática moderna. No hay precedentes de documentación tan extensa. Cuando después de exponer las opiniones ajenas, le llega el turno a la suya, generalmente acertada, se advierte a veces cierta precipitación. Y es chocante el apasionamiento polémico, con vehemencia parecida a la utilizada por clásicos y positivistas en la época de controversia de las escuelas; y sorprenden sobre todo los argumentos *ad personam* que aparecen, aunque raras veces. Pero queda por encima la gratitud debida por todos los penalistas a semejante trabajo ingente, arsenal para investigadores, refugio de los prácticos y breviario de los opositores a cátedras. La interrupción por el fallecimiento ha dejado sin tratar el concurso de delitos, el delincuente y la pena. Causas de estas faltas ha sido el éxito de los primeros tomos, pues agotadas las primeras ediciones, se creyó el autor obligado a actualizar las siguientes con empleo del tiempo que hubiera sido suficiente para coronar la incomparable tarea.

El último artículo de revista que nosotros conocemos de tan incansable escritor ha sido en la ZStW (vol. 81, fasc. 3), con ocasión del homenaje a Liszt y el título *Die Wiederkehr Franz von Liszt*; que ciertamente podríamos subtítular como la vuelta de Jiménez de Asúa a la escuela de la política criminal, o sea, al hogar científico del cual partió.

Debemos aludir también a la constante continuación de su labor informadora, en los variados asuntos tratados en los 17 tomos de *El Criminalista*, y sus incontables conferencias y artículos de revista. Dirigió una revista libro publicada por el Instituto de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires (años 1961 a 1965). Y, más tarde apareció como director fundador de otra con el mismo



título (1968). Y prescindimos por no dar demasiada extensión a esta necrología, de sus varias actuaciones internacionales: fue vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho penal, en América contribuyó a la formación de un proyecto de Código penal venezolano (17) y concurrió a las reuniones de la Comisión redactora del Código penal tipo para latinoamérica (18).

Se le tributaron sesiones de homenaje en Universidades americanas (19) y se han editado en Buenos Aires dos gruesos volúmenes de estudios en su honor: el primero al cumplir los setenta y cinco años y el segundo al cumplir los ochenta, que vio la luz al tiempo de su muerte. En el de 1964, bajo el título *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1964, colaboraron penalistas de Alemania (Günther, Hentig, Jescheck), Bélgica (Constant, Cornil), España (Jiménez Huerta, Pereda, Bernaldo de Quirós, Riva-coba, Rosal, Quintano), Francia (Ancel), Italia (Bettiol, Petrocelli, Pisapia, Vasalli), Polonia (Sawicki), Suiza (Graven, Schultz), Argentina (Frías, Laplaza, Nuñez), Bolivia (Durán), Brasil (García, Gómez Carneiro, Hungría), Cuba (Carone, Castro, Menéndez), Chile (Fontecilla, Camaño), Méjico (Carrancá, Franco, Quiroz, Porte), San Salvador (Castro Ramírez), Venezuela (Mendoza). En el de 1970, bajo el título *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, han escrito autores de Alemania (Jürgen, Hentig, Klug, Ulrich, Dietrich, Roxin y Welzel), Argentina (Arigós, Bacigalupo, Baigún, Bergalli, Castilla, Gallino, Gioja, Babossi, Ramos, Righi, Gladys), Bélgica (Cornil), Bolivia (Durán), Chile (Fontecilla, Novoa), España (Antón, Barbero, Blasco, Bueno, Cerezo, Cobo, F. Albor, Gimbernat, Jiménez Huerta, Ortego, Rivacoba, R. Mourullo, Sainz Cantero), Francia (Ancel), Israel (Drapkin), Italia (Bettiol, Gallo, Pisapia), Méjico (Vargas), Suiza (Graven), Uruguay (Schurmann) y Venezuela (Mendoza).

Finalmente, nosotros, además del respeto impuesto por tan gran esfuerzo y del agradecimiento por la utilidad de sus libros, debemos subrayar la divulgación de los valores españoles, no sólo por las citas de nuestros penalistas contemporáneos, generalmente favorables, sino por apreciaciones de carácter nacional, como su opúsculo *El Pensamiento jurídico español y su influencia en Europa* (Monografías Jurídicas Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958); sus colaboraciones a los Homenajes aquí tributados al P. Pereda y a Quintano Ripollés. Y por el tratamiento elogioso que nuestro ANUARIO ha merecido a la revista por él dirigida (Estudios de Derecho penal y Criminología, t. 3). Todo lo cual prueba que siempre llevaba a España en su pensamiento.

(17) Redactado por los doctores MENDOZA y MÉNDEZ con el auxilio técnico del profesor JIMÉNEZ DE ASÚA.

(18) *Informe sobre la reunión de México de la Comisión redactora del Código penal tipo para latinoamérica* (1965) —Silva, Tercera Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código penal, tipo para latinoamérica (1967)— «Anuario» 1968, pág. 576.

(19) *Acto académico en honor del profesor Luis Jiménez de Asúa*. Santa Fe, 1950. Academia Mexicana de Ciencias penales: *Luis Jiménez de Asúa en Méjico*. México. 1943.



# La atenuante de preterintencionalidad

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO  
Catedrático de Derecho Penal  
en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Concepto y configuración legal de la preterintencionalidad. El «versari in re illicita».—II. Estructura de la preterintencionalidad. Elementos. 1. Homogeneidad de bienes. 2. Actuación inicial dolosa y resultado cuya gravedad sobrepasa a la intención. A) La intención inicial y su prueba. B) El resultado preterintencional como daño material. C) El resultado preterintencional como evento imprudente o fortuito. 3. Relación de causalidad entre la conducta inicial dolosa y el resultado preterintencional. Límite de la responsabilidad en los supuestos de preterintencionalidad.—III. Las respectivas esferas de aplicación de los artículos 50 y 9, cuarta. 1. La fórmula de Silvela. 2. La interpretación jurisprudencial. A) Lesiones seguidas de muerte calificadas como delito doloso de homicidio con la atenuante de preterintencionalidad. B) Lesiones dolosas seguidas de muerte, castigadas como homicidio culposo. 3. Interpretación restrictiva de ambos preceptos. A) Causas por las cuales la fórmula de Silvela origina resultados injustos. B) Posibilidad de evitar los resultados injustos a que conduce la fórmula de Silvela en su versión originaria. a) Las nociones de «delito distinto» y «mismo delito». b) Delitos «más allá de la intención» y delitos «fuera de la intención».

## I. CONCEPTO Y CONFIGURACION LEGAL DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.—EL «VERSARI IN RE ILLICITA»

El apartado cuarto del artículo 9 del Código penal considera circunstancia atenuante «la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo». Se la denomina usualmente por jurisprudencia y comentaristas atenuante de *preterintencionalidad*.

Se habla de preterintencionalidad cuando la intención del sujeto es superada por el resultado producido. La preterintención es un caso de incongruencia entre los aspectos objetivo y subjetivo del hecho. Entraña un *plus effectum*, que va más allá («*praeter*») de la intención (1). El

---

(1) S. 21 octubre 1952.

lado objetivo del hecho desborda al subjetivo (2). Es, pues, en cierto modo, un caso de incongruencia inverso al que se da en la tentativa, en cuyo marco el aspecto objetivo del hecho queda rezagado respecto a la intención.

Algún Código concibe a la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad, al lado del dolo y la culpa. Así, el Código penal italiano se ocupa, en su artículo 43, del delito doloso o «según la intención», preterintencional o «más allá de la intención» (3), y culposo o «contra la intención». Estas dos últimas formas de lo que el propio Código italiano llama «elemento psicológico del delito» tienen, conforme al artículo 42, carácter excepcional, de suerte que no cabe admitir la preterintencionalidad más que en aquellos casos en los que la ley ha tipificado expresamente delitos preterintencionales. Por ejemplo, el homicidio preterintencional previsto en el artículo 584.

Nuestro Código, en cambio, ha hecho de la preterintencionalidad una circunstancia atenuante. De esta caracterización legal derivan los problemas —imposibles de solucionar de modo plenamente satisfactorio— que la preterintencionalidad suscita en nuestro Derecho. Porque esta circunstancia atenuante no puede operar más que en referencia con delitos dolosos y sirve únicamente para rebajar la pena prevista para la verificación dolosa del resultado. La atenuante que comentamos presupone, pues, que el resultado más grave efectivamente producido y no querido por el agente se imputa a éste a título de dolo, si bien se atenúa su responsabilidad dolosa. Desde el punto de vista del principio de culpabilidad, la existencia legal misma de esta atenuante resulta paradójicamente «perjudicial» para el reo, desde el momento en que viene a afirmar que el sujeto debe responder a título de dolo del resultado más grave que produjo sin dolo. El carácter «beneficioso» para el reo que ostenta la atenuante de preterintencionalidad sólo se puede comprender partiendo de la vigencia del principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*, conforme al cual quien realiza un acto ilícito responde de todas las consecuencias de dicho acto, aunque no fueran queridas, ni previstas, ni previsibles.

El principio del *versari in re illicita* obliga a apreciar responsabilidad dolosa donde ni siquiera concurre culpa (4). Si se parte de la idea de que quien realiza una conducta ilícita debe responder a título de dolo de los resultados, incluso fortuitos, que deriven de dicha conducta, sí que tiene sentido establecer una atenuante para esa responsabilidad dolosa en base a que el sujeto no quiso causar el resultado que efectiva-

(2) Cfr. N. VITALE, *La preterintenzione* (Milano 1956), p. 13, y M. COBO, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1965), p. 85-86.

(3) C. p. italiano, art. 43, párrafo segundo: «El delito es preterintencional, o más allá de la intención, cuando de la acción u omisión deriva un evento dañoso o peligroso más grave que el querido por el agente».

(4) Vid. J. CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código penal español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1962), p. 47. Siempre de interés J. PEREDA, *El «versari in re illicita» en la doctrina y en el Código (solución suareciana)* (Madrid, 1948), fundamental desde el punto de vista histórico.

menté produjo. Sólo partiendo del principio del *versari in re illicita* puede calificarse, como hace la S. 28 de febrero de 1966, a la atenuante de preterintencionalidad de «correctivo de la pena por la culpabilidad».

La existencia misma de la atenuante de preterintencionalidad denuncia la vigencia en nuestro Código del principio del *versari*. Hay que reconocerlo así, aunque la vigencia del *versari*, que supone una desviación del principio de culpabilidad y es fuente de responsabilidad objetiva, resulte altamente insatisfactoria para la actual conciencia jurídico-penal. «El loable principio espiritualista con más vigor hasta ahora, de ideal aspiración que de realidad legal —advierte la interesante S. 15 noviembre 1969, dictada bajo ponencia de Oro Pulido—, a cuyo tenor la responsabilidad criminal a título de dolo no debe extenderse más allá de la cierta y efectiva culpabilidad del agente, cualquiera que hubiere sido la extensión o gravedad del mal resultante de su conducta, sufre, en los ordenamientos penales positivos y por influjo de explicable exigencias político-criminales, sensibles desviaciones que implican otras tantas concesiones en provecho del objetivismo, inspiradas en el viejo criterio del *versari in re illicita* y plasmadas, en nuestra legalidad punitiva vigente, en fórmulas tales como los concretos delitos agravados por razón del resultado y, sobre todo, y con genérica amplitud de *numerus apertus*, poco usual en el Derecho comparado, en el peculiar instituto de la preterintencionalidad, desdoblada en la atenuante cuarta del artículo 9, calificable de preterintencionalidad homogénea o de grado menor, y en la preterintencionalidad heterogénea o de grado mayor, contemplada en el casi inédito apartado primero del artículo 50, implantados uno y otro en la ambigua declaración del párrafo 3.º del artículo 1.º».

El reconocimiento de esto «no empece —como, con razón, observa la S. 15 noviembre de 1969— una inteligencia restrictiva» en la aplicación de los mencionados preceptos. Quizá el aspecto más significativo de la S. 15 noviembre de 1969 sea precisamente que el T. S. haya reconocido expresamente la conveniencia y necesidad de proceder a una interpretación restrictiva de la atenuante 4.ª del artículo 9. Una interpretación restrictiva que debería evitar en cuanto sea posible soluciones como la que la propia sentencia califica de «paradójica consecuencia de tomar en cuenta voluntades o propósitos exclusivamente ficticios y no reales e incriminar como homicidios dolosos —más o menos atenuados— conductas carentes de ánimo homicida». Sobre las posibles interpretaciones restrictivas del apartado 4.º del artículo 9 volveremos más adelante. Quede constancia aquí de la necesidad de interpretarlo restrictivamente, justamente por tratarse de una disposición legal originariamente vinculada al pensamiento del *versari*.

## II. ESTRUCTURA DE LA PRETERINTENCIONALIDAD.— ELEMENTOS

La preterintencionalidad se estructura sobre la base de los siguientes elementos:

### 1. *Homogeneidad de bienes*

La preterintención encierra la idea de progresión, que implica, a su vez, que el bien jurídico que se quería lesionar y el que efectivamente se lesionó sean de la misma especie o al menos pertenezcan al mismo género. Hay una diferencia fundamental entre «delitos *más allá de la intención*, en los cuales se sobrepasa la meta propuesta, y delitos *fuera de la intención*, en los que existe una desviación del evento en relación a la intención» (5). La diferencia entre estas dos categorías delictivas, hace referencia —como señala Vitale— a dos clases de relaciones. En los casos de delitos *más allá* de la intención, se da una relación cuantitativa. En el caso de los delitos *fuera* de la intención, una relación cualitativa. En el primer supuesto, una progresión; en el segundo, una desviación. El delito preterintencional surge cuando el resultado más grave no es sino un *desarrollo* no querido, pero de la misma índole que el querido. El delito fuera de la intención aparece cuando el resultado más grave no querido no es de la misma índole del querido (6). Se puede hablar de preterintencionalidad cuando de las lesiones deriva la muerte, pero no cuando, por ejemplo, con la intención de causar daños se dispara sobre un animal y se hiere a una persona.

El T. S. se mueve en esta línea cuando indica que la preterintencionalidad sólo es aplicable en aquellos delitos caracterizados por un daño material «cuyas consecuencias puedan alcanzar mayor o menor gravedad o cuantía independientemente de la voluntad de quienes los originen» (7). La S. de 17 diciembre 1964 declara expresamente que «la preterintencionalidad presupone, como su nombre indica, una intención concreta, aunque de dimensión cuantitativa menor, pero dirigida a una tipicidad homogénea, como es el caso cuando de lesiones de levedad manifiesta, o por el empleo de medios inidóneos, se determinan resultados excesivos cuantitativamente, pero no cuando, como en la ocasión de autos, las tipicidades respectivas discurren por cauces diversos».

### 2. *Actuación inicial dolosa y resultado cuya gravedad sobrepasa a la intención*

Hay que distinguir aquí varios aspectos:

A) La existencia de una *intención inicial*, que no cubre, sin embargo, el resultado efectivamente producido. No se puede hablar de

(5) E. ALTAVILLA, *Preterintenzionalità*, en *Novissimo Digesto italiano*, XIII (1966), p. 798.

(6) N. VITALE, *La preterintenzione*, cit., p. 17-19.

(7) S. 21 diciembre 1942 y 21 noviembre 1968.

preterintención más que si se parte de la existencia de una intención. El T. S. ha señalado repetidamente que la preterintencionalidad «no tiene cabida en los delitos cometidos por imprudencia, ya que la esencial característica de éstos consiste en la ausencia de intención, y en términos lógicos carece de medida una calidad negativa» (8).

La prueba de los límites de la intención inicial no es tarea fácil. Las Sentencias 26 de marzo 1953 y 5 noviembre 1966 señalan oportunamente que la cuestión no puede decidirse plenamente «si se atiende tan sólo a factores externos u objetivos, como la proporcionalidad real entre el medio y el resultado, porque esto, si bien implica una presunción de que la intención del culpable fue causar el mal producido dado el medio idóneo que empleó, esa presunción no puede sostenerse cuando de los hechos probados aparece, ante la forma de ejecución, la situación psicológica del agente y los propios móviles del hecho, que la intención del agente no pudo ser la de causar un mal tan grave».

Pero la verdad es que la mayoría de las veces el T. S. se atiene a presunciones, ya se trate de «aquella presunción respecto del culpable de toda acción voluntaria, de que su intención era la de originar la totalidad del mal causado, y que descansa esencialmente en lo dispuesto en el artículo 1.º» o bien de la presunción de que «la lógica proporcionalidad entre el acto realizado y el mal causado» indica que el sujeto quiso alcanzar el resultado efectivamente ejecutado (9).

Esto conduce, en la práctica, a un entendimiento objetivo de la presente circunstancia, que sólo se aplica cuando hay una «notoria desproporción» (10), un «desacuerdo o falta de armonía» (11) entre «el medio empleado y el resultado logrado» (12). «La preterintencionalidad, según tiene declarado repetidamente esta Sala—dice la S. 23 noviembre 1962—, *supone siempre* una desproporción entre los medios empleados para cometer el delito y el resultado obtenido». Del plano probatorio—una de las bases para deducir que el sujeto no tenía intención de causar un mal tan grave, es la desproporción entre el medio y el resultado— se pasa, de hecho, al plano sustantivo y acaba por definirse a la preterintencionalidad en términos puramente objetivos como falta de proporción entre el medio y el resultado. Un ejemplo claro nos lo ofrece la declaración contenida en la S. 29 marzo 1968, en la que puede leerse: «... *siendo* la preterintencionalidad un desacuerdo entre los medios empleados y el resultado...». Ya no se afirma únicamente que la preterintencionalidad se *prueba*, en su caso, a través de esa desproporción, sino que la preterintencionalidad *es* «un desacuerdo entre los medios empleados y el resultado».

La consecuencia es que, conforme a este punto de vista, se descarta la atenuante siempre que objetivamente el acto ejecutado era idóneo

(8) S. 11 diciembre 1940. Vid. también S. 28 noviembre 1955.

(9) S. 16 mayo 1954.

(10) S. 2 marzo 1934.

(11) S. 17 noviembre 1969 y 3 mayo 1968.

(12) S. 28 febrero 1968.

para causar el resultado o hay entre ambos una lógica proporcionalidad (13). La atenuante deja de apreciarse cuando el resultado más grave es consecuencia «natural y previsible» del acto ejecutado por el sujeto (14), porque se presume sin más que cuando el mal «guarda relación con el agente empleado para producirlo, ese resultado fue el previsto y querido por el culpable» (15). Semejante simplificación es harto criticable, pero está tan arraigada en la praxis judicial que, por ejemplo, la S. 2 marzo 1934 rechazó la apreciación de la preterintencionalidad porque no se daba «notoria desproporción entre la actuación criminosa y su resultado», pesa a que el Jurado había afirmado expresamente que el acusado «no tuvo intención de matar al interfecto» (16).

Según esta dirección jurisprudencial el sujeto debe responder a título de dolo, y sin que pueda beneficiarse de la atenuante de preterintencionalidad, de todas las «consecuencias naturales» de su inicial conducta intencional. El pensamiento del *versari* obtiene así un pleno reconocimiento y no se somete siquiera al correctivo de la atenuante de preterintencionalidad.

Como la preterintencionalidad no *es* una desproporción entre el *medio* y el resultado, sino entre la *intención* y el resultado, deberá apreciarse siempre que conste que el autor no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, aunque éste aparezca, desde el punto de vista objetivo, como «consecuencia natural» del acto ejecutado y fuese, por otra parte, previsible para el sujeto. Como acertadamente asegura la S. 30 septiembre 1964 ni tan siquiera la «aplicación privilegiada» de la circunstancia de preterintencionalidad «puede desvirtuarse *a priori* sobre la base de la idoneidad real del instrumento», ya que «*lo que importa en Derecho es la desconexión psicológica entre la voluntad de la acción y el evento físico, para lo que el examen e idoneidad de los medios constituye un dato sintomático, pero nunca decisivo*».

B) El mal cuya gravedad desborda la intención ha de consistir, según doctrina del T. S., en un *daño material*. La desproporción entre lo querido y lo causado ha de referirse, según la doctrina jurisprudencial, al *daño material* y no a la significación antijurídica del hecho en sí

(13) S. 16 mayo 1954, 23 noviembre 1962, 10 febrero 1968, 28 febrero 1968, 29 marzo 1968, 7 noviembre 1968, 28 febrero 1969 y 17 noviembre 1969.

(14) Cfr. S. 3 mayo 1968.

(15) S. 28 febrero 1969. Esta doctrina jurisprudencial que descarta la preterintencionalidad cuando el medio empleado es objetivamente idóneo o adecuado para producir el resultado efectivamente causado, enlaza con la presunción, enraizada desde viejo en la praxis, de que quien quiere la causa quiere sus efectos ordinarios. F. TOMÁS VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta* (sí glos XVI - XVII - XVIII) (Madrid 1969), p. 316-317, recoge una interesante resolución de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte del año 1806, en la que se rechaza la consideración de homicidio preterintencional y se subraya, con carácter general, que ninguna presunción «más natural ni más fuerte que la de que quien quiere la causa, quiere también sus efectos ordinarios».

(16) La sentencia justifica su proceder indicando que debe hacerse «caso omiso de las preguntas hechas por el Jurado respecto a la intención de matar, que por tratarse de una apreciación jurídica es ajena a éste».



mismo (17). El T. S. declara que «esta atenuante sólo es aplicable en aquellos delitos caracterizados por un daño material causado bien en la integridad física del ofendido o en su patrimonio, y cuyas consecuencias puedan alcanzar mayor o menor gravedad o cuantía independientemente de la voluntad de quienes los originen» (18). Conforme a este punto de vista quedan al margen de la atenuante los casos de discrepancia entre la intención y el mal causado cuando éste no entraña un daño material, sino únicamente *lesión ideal* de un bien jurídico, y no podrá referirse tampoco la atenuante a los delitos de *perigo*, en los que, por definición, falta un daño material (19).

C) Más allá de la intención están tanto los resultados imprudentes como los fortuitos. La S. 12 abril 1967 declara que «la preterintencionalidad debe concebirse, según tradicionales enseñanzas, como una conjunción de «dolo y culpa» y de «dolo y caso», según que el exceso dañoso fuera o no racionalmente previsible».

En cualquiera de ambos supuestos el sujeto responde, conforme a nuestro texto legal, a título *de dolo*, si bien con la atenuante de preterintencionalidad. No hay base legal alguna que permita restringir esa responsabilidad dolosa, aunque atenuada, a los casos en que el resultado preterintencional está cubierto al menos por la imprudencia. No parece posible—aunque supondría ciertamente un mayor respeto por el principio de culpabilidad—concebir a la preterintencionalidad de nuestro Código como una composición mixta de dolo y culpa (20).

Que la preterintención no suponga un *tercer* título de responsabilidad, al lado del dolo y de la culpa, y que, según se desprende de la atenuante 4.<sup>a</sup>, el sujeto deba responder a título de dolo del resultado preterintencional, muestra, como hemos indicado anteriormente, que estamos ante un precepto informado por el principio *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*. Y ya sabemos que conforme a este principio el sujeto debe responder a título de dolo de los resultados incluso fortuitos que derivan de su conducta inicial ilícita («*tenetur etiam pro casu*»). Fiel a este pensamiento, la S. 12 abril 1967, anteriormente citada, advierte que la preterintencio-

---

(17) La S. 27 octubre 1959 advierte que «el problema de la ignorancia de la ley prohibitiva... no puede enlazarse con la circunstancia atenuante de preterintencionalidad, que es de esencia voluntarista y se da en el aspecto material por la desproporción entre lo querido y el resultado». No obstante, la S. 22 mayo 1935 apreció una atenuante por analogía a la de preterintencionalidad en un supuesto en que el autor, por su manifiesta ignorancia y analfabetismo, desconocía la significación criminal de su conducta: «... pues es, indudablemente, análoga a la atenuante de preterintencionalidad la creencia de obrar lícitamente y la falta de intención de causar ningún mal, pues entonces la inadecuación entre el propósito y el resultado es todavía más pronunciada».

(18) S. 21 diciembre 1942 y 21 noviembre 1968.

(19) El art. 43 del Código italiano comprende en el marco del delito preterintencional los casos en los que de la acción u omisión deriva «un evento peligroso» más grave que el querido.

(20) Defensor de la consideración de la *praeter-intentionem* como un supuesto mixto de dolo y culpa es, entre los autores españoles, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VI (Buenos Aires 1962), p. 149-156.

nalidad debe concebirse como conjunción de dolo y culpa y de dolo y caso. Este reconocimiento, que implica una clara desviación del principio de culpabilidad, aconseja restringir en la medida en que lo consienta la ley —como procuraremos hacer más adelante—, la esfera de aplicación de la circunstancia 4.<sup>a</sup> del artículo 9.<sup>o</sup>.

Es indiferente, pues, para la existencia de la atenuante 4.<sup>a</sup> que el resultado preterintencional fuese o no previsible. Así como no hay —según expusimos más arriba— base para reducir la atenuante a los supuestos en que el resultado preterintencional está cubierto por imprudencia, todavía la hay menos —si cabe— para reservar su aplicación a las hipótesis en las que el evento más grave era imprevisible. Si, como declara la antes citada S. 12 abril 1967, la preterintencionalidad debe concebirse como una conjunción de «dolo y culpa» y de «dolo y caso», no podrá luego reducirse unilateralmente a mixta composición de dolo e imprudencia o bien de dolo y caso fortuito. En este sentido son rechazables aquellas declaraciones jurisprudenciales que caracterizan a la preterintencionalidad diciendo que en ella el resultado rebasa «las consecuencias naturales y previsibles». (21), o descartan la apreciación de la atenuante porque las consecuencias eran «totalmente previsibles», y el procesado las «debió y pudo prever» (22).

Es obvio que la circunstancia de que el resultado fuese previsible no quiere decir que tal resultado haya sido siquiera efectivamente previsto y menos aún que haya sido *intencionalmente querido* y, por consiguiente, el sujeto no pueda beneficiarse de la atenuante de preterintencionalidad. El T. S. procede aquí a una criticable simplificación e identifica lo previsible con lo directamente querido. Veamos, a título de muestra, algunos ejemplos. S. 28 febrero 1969: «... y cuando éste (s. c. mal) se produce y guarda relación con el agente empleado para producirlo, ese resultado fue el previsto y querido por el culpable». S. 28 febrero 1968: «... y aún pudieron ser las consecuencias de mayor gravedad, siempre previsible y, por tanto, queridas por el agente».

La ponderación de «lo previsible o prevenible del exceso» sirve, según la S. 12 abril 1967, para «graduar la extensión de la pena a aplicar». El carácter imprevisible del resultado preterintencional puede —y suele— fundamentar la apreciación de la atenuante como *muy calificada* (23). En estos casos en los que el resultado era imprevisible es donde, como es lógico, repugna más la exigencia de responsabilidad dolosa, aunque sea con el beneficio de una atenuante *muy calificada*.

(21) S. 3 mayo 1968.

(22) S. 29 septiembre 1967. Vid. también S. 22 febrero 1968 (resultado «lógicamente posible»), 28 febrero 1968 («pues era de suponer...») y, de fecha más lejana, S. 19 septiembre 1939 («no es de apreciar porque dentro de un orden lógico hay que pensar que un golpe dado en la cabeza con una cacha puede producir la muerte y, por tanto, el que lo da sabe que una de las posibles consecuencias de su agresión es el fallecimiento»).

(23) S. 25 junio 1963: «por lo que se contempla un resultado racionalmente no previsible por el agente, que conduce a estimar como muy calificada la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9.<sup>o</sup>, dada la mínima cantidad de dolo que aparece en su conducta».

Ello explica que el T. S. en algunas ocasiones en que las Audiencias, precisamente en atención a lo imprevisible del resultado, habían apreciado la atenuante muy calificada, haya preferido la apreciación de un delito imprudente (24). El expediente, en abstracto plausible, pues parece un menor quebranto del principio de culpabilidad exigir en los referidos supuestos de caso fortuito responsabilidad culposa en vez de dolosa, puede conducir, sin embargo, a consecuencias y soluciones muy poco satisfactorias, como veremos más adelante al ocuparnos concretamente del problema del homicidio preterintencional.

### 3. *Relación de causalidad entre la conducta inicial dolosa y el resultado preterintencional*

La responsabilidad por la consecuencia no querida en los supuestos de preterintencionalidad sólo puede encontrar un límite en la noción de relación de causalidad (25). De ahí la trascendencia que tiene operar con una u otra doctrina del nexo causal. Únicamente una doctrina limitadora de la causalidad está en condiciones de reducir los efectos del *versari*, pues sólo desde el momento en que, conforme a ella, el mal de mayor gravedad no se considere causalmente vinculado a la inicial conducta dolosa del sujeto, la responsabilidad de éste dejará de extenderse a ese mal más grave. Siempre de interés en este sentido, la conocida S. 8 julio 1933, en la que se dice que «si bien en términos generales, al agente que realiza un hecho punible le son imputables, a los efectos de la responsabilidad criminal, las consecuencias que del mismo se deriven; sin embargo, cuando las circunstancias en que éstas se producen revelan por modo inequívoco que han obedecido a situaciones no solamente no previsibles por él, sino, además, extrañas totalmente a sus propósitos, y debidas a particularidades especiales del perjudicado, deja de tener aplicación la doctrina del principio de derecho expuesto, y es procedente en tal caso, desligar al culpable en el proceso criminal de su acción, de cuanto es resultado mediato o remoto de ésta, y reducir su responsabilidad al que, naturalmente y en condiciones normales se hubiese producido, como efecto directo e inmediato de su actuación dolosa».

La Audiencia había condenado al procesado como autor de un delito de asesinato con la concurrencia, entre otras, de la atenuante de preterintencionalidad. El T. S., operando con una doctrina limitadora de la causalidad, casa la sentencia y califica los hechos como delito de lesiones graves. «Estableciéndose en la segunda pregunta del veredicto que la lesión sufrida en la cabeza por el M. M. G. —se dice— no fue la causa originaria y productora de su muerte, ocurrida a los tres días de serle inferida aquélla, siendo debida, según se afirma en la tercera pre-

(24) Ss. 17 diciembre 1958, 28 septiembre 1964, 17 diciembre 1964, 5 junio 1968, 17 junio 1969 y 15 noviembre 1969.

(25) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 5.<sup>a</sup> ed. (Milano 1963), p. 392.

gunta, a una pulmonía hipostática que se le presentó, favorecida en su producción por la edad del mismo y por una bronquitis crónica que venía padeciendo, es evidente que debe separarse, a los efectos de imputación de responsabilidad criminal atribuible al procesado, la grave trascendencia del suceso ocasionado, muerte del M. M., de su causa inicialmente ocasional, el palo que aquél le dirigió al brazo con el que empuñaba la hoz y con el propósito de desarmarlo». La solución consagrada en la S. 8 julio 1933 no podría haberse mantenido si se utilizase la teoría de la equivalencia de condiciones.

### III. LAS RESPECTIVAS ESFERAS DE APLICACION DE LOS ARTICULOS 50 y 9, 4.<sup>a</sup>

#### 1. LA FÓRMULA DE SILVELA

Como indica la S. 15 noviembre 1969, en nuestro Derecho, el peculiar instituto de la preterintencionalidad aparece «desdoblado en los artículos 9, 4.<sup>a</sup>, y 50, apartado primero (26), implantados uno y otro en la ambigua declaración del párrafo 3.º del artículo 1.º» (27).

El párrafo 3.º, que la sentencia que acabamos de citar califica, con razón, de «ambiguo» y «vago», tenía en el Código de 1848-1850 un contenido preciso. Se refería concretamente a supuestos de *error en la persona* y, según algunos, también a casos de *aberratio ictus* (aquéllos en los que, como consecuencia del error en el golpe, la víctima resultaba ser una persona distinta) (28). Fue el Código de 1870 el que dotó al párrafo 3.º del art. 1.º de los actuales contornos indefinidos e introdujo la nueva regla contenida en el párrafo primero del vigente artículo 50 (29). Desde entonces los artículos 9, 4.<sup>a</sup>, y 50, párrafo primero,

---

(26) «En los casos en que el delito ejecutado fuera distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo.»

(27) «El que cometiere voluntariamente un delito o falta, incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar.»

(28) C. de 1848-50, artículo 1.º, párrafo 3.º: «El que ejecutare voluntariamente el hecho será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella de quien se proponía ofender». Es discutible que el precepto comprendiese también casos de error en el golpe.

(29) El párrafo 3.º del artículo 1.º no encerraba en el Código de 1848-50 nada que pudiese comprometer los principios generales de la culpabilidad. Se refería a supuestos de error irrelevante en la persona y era en realidad un precepto superfluo porque la solución que expresamente venía a consagrar derivaba naturalmente de la estructura de los correspondientes tipos —indiferencia de la identidad personal del sujeto— y de la noción de dolo.

Como en tantas otras ocasiones, la explícita regulación de lo que no necesitaba ser expresamente regulado sólo sirvió para complicar las cosas. En estos casos es hasta cierto punto inevitable que los comentaristas tiendan a ver detrás del texto legal más de lo que en realidad hay. El párrafo tercero del artículo 1.º del Código de 1848-50 no escapó a esta suerte, y sus intérpretes acabaron

aparecen como manifestaciones de un mismo fenómeno —la preterintencionalidad—; y se hace preciso delimitar las respectivas esferas de aplicación. La interpretación propuesta por Silvela con tal finalidad obtuvo una amplia difusión en el plano doctrinal.

«Ambas disposiciones —escribió Silvela— precisamente por su analogía, dan lugar a una duda —no resuelta de un modo claro por la jurisprudencia—, que consiste en saber cuándo se considerará que hay delito distinto del que el autor se había propuesto ejecutar, y cuándo puede decirse que no ha tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el producido. Y, decididamente, parece que la primera de las disposiciones se aplicará cuando los dos hechos —el intentado y el ejecutado— sean dos delitos diversos, y la segunda en el caso de que no haya más que uno, que sea el realizado, pero respecto del que sea el daño producido mayor que el que se propuso llevar a cabo, como sucede a menudo en las lesiones y puede acontecer en el robo» (30).

Conforme a este punto de vista, la atenuante de preterintencionalidad se reserva para los delitos cuyo resultado es graduable y se aplicará precisamente en los casos en que el delito ejecutado es el mismo que se había propuesto ejecutar, si bien el mal causado reviste mayor gravedad. Por ejemplo, se querían causar lesiones menos graves y se causan lesiones graves. El artículo 50 entrará, en cambio, en juego cuando la discordancia entre el mal propuesto y el causado origina una diversidad de delitos. Se quería lesionar (delito propuesto, lesiones) y se causa la muerte (delito ejecutado, homicidio).

Moviéndose en idéntica línea a la de Silvela, echaba de menos Ramiro Rueda, en la atenuante de preterintencionalidad, la expresión «no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo», que utilizaba el C. de 1848-50, porque con esta referencia a *todo el mal que produjo*, «se da a entender que el mal del delito no varió esencialmente y sí tan sólo en su extensión» (31).

---

por atribuirle un significado mucho más amplio del que en realidad tenía, a pesar de que un comentarista tan autorizado como Pacheco (*Código Penal concordado y comentado*, I, 5.<sup>a</sup> ed. (Madrid 1881), p. 81-83) había sugerido desde el inicio un correcto entendimiento restrictivo. Acabó viéndose en el mencionado precepto una regla que abarcaba indistintamente tanto los casos de error en la persona inoperantes como aquellos otros en los que es relevante por pertenecer al tipo legal, como características esenciales, determinadas particularidades del sujeto pasivo. Surgió especialmente, de modo inmediato, la imagen del hijo que, queriendo matar a un extraño, da muerte a su propio padre. La regla del párrafo tercero del artículo 1.º obligaba, según esa interpretación amplia, a castigarle como parricida, pese a que faltó la voluntad de matar al padre. «Dura Ley, pero Ley», repetía Groizard en 1865 (cfr. *El Código Penal de 1870*, I (Burgos 1870), p. 56-59), al tiempo que pedía su reforma. Y la reforma se produjo en 1870.

(30) L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España (segunda parte)* (Madrid 1879), p. 137.

(31) R. RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho Penal*, I, 3.<sup>a</sup> ed. (Santiago 1891), p. 210.

## 2. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

A) *Lesiones seguidas de muerte calificadas como delito doloso de homicidio con la atenuante de preterintencionalidad.*

La fórmula de Silvela no fue acogida por la jurisprudencia. El T. S. prescinde del artículo 50 y aplica la atenuante de preterintencionalidad cuando con ánimo de lesionar se ocasiona la muerte. De este modo, mediante la integración de los artículos 407 y 9, 4.<sup>a</sup>, el T. S. construye una innominada figura (32) de «homicidio preterintencional doloso», que viene suscitando duras críticas por parte de autorizados comentaristas.

Ya en el siglo pasado, Ramiro Rueda denunció con particular claridad las contradicciones que entraña tal figura: «En efecto: si un individuo dice que se propuso únicamente lesionar y que el hecho dio por resultado la muerte, o se demuestra o no su intención de matar. Si esa intención resulta demostrada racionalmente, será reo de homicidio; pero nunca con la circunstancia atenuante repetida. Si la circunstancia atenuante de no haber tenido *intención* de cometer un mal de tanta gravedad como el que produjo se admite como cierta, claro está que esa falta de *intención* revela que no se propuso matar, en cuyo caso no debe ser calificado como reo de homicidio; ¿cómo se concibe un homicidio sin intención de causar todo el mal necesario para matar?. Cuando falta algo a esa intención, falta un elemento indispensable para que el homicidio resulte» (33).

Se trata de un proceder en el que —como advirtió Rodríguez Muñoz— se van acumulando los errores: «Se afirma primero la responsabilidad con arreglo al artículo del libro II del Código a cuya descripción corresponda el resultado material objetivo, verbigracia, el artículo 419 (hoy 407, homicidio), lo que implícitamente encierra la afirmación de que el sujeto ha procedido dolosamente, siendo así que falta el dolo (primer error); y después, en ciertos casos, y al objeto de paliar en alguna medida las consecuencias injustas de la primera afirmación, se admite la circunstancia atenuante «de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo», siendo así que esta segunda afirmación es terminantemente incompatible con la primera, ya que, como quiera que en la privación de la vida no hay gradaciones ni un más o un menos, es indudable que si el sujeto activo tenía *dolo de matar*, según se empieza afirmando, no es posible decir acto seguido que *no quería matar tanto como mató*, que no otra cosa supone el reconocimiento en este caso de la preterintencionalidad (segundo error). En este proceder, a mi juicio equivocado y contrario a la ley, el Supremo tan sólo niega las consecuencias durísimas a que conduce este modo de entender el *versari*, en el caso en que no proceda afirmar la relación de causalidad.

(32) A. QUINTANO, *Curso de Derecho Penal*, II (Madrid 1963), p. 18.

(33) R. RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho Penal*, I, cit., p. 177.

Pero el correctivo es débil en demasía, y sería de desear que el Supremo rectificara su punto de vista, ampliando a sus justos y verdaderos límites la esfera de aplicación del actual artículo 50» (34).

El T. S. declara en constante jurisprudencia que en los delitos contra las personas el artículo 50 sólo es aplicable cuando el daño recae en persona distinta de la que se pretendió ofender (35). Esta interpretación jurisprudencial se apoya en una razón de carácter *histórico* y otra de índole *práctica*. Históricamente, como ya sabemos, el párrafo 3.º del artículo 1.º, se refería, en el Código 1848-50, únicamente a casos de error en la persona o de *aberratio ictus*, que daban lugar a que la víctima fuese persona distinta de la que se quería ofender. Desde el punto de vista práctico, se subraya que las figuras de lesiones aparecen estructuradas sobre resultados taxativos, y es difícil, por no decir imposible, fijar en un cierto número de días la curación de las lesiones que originaron la muerte (36).

La S. 13 noviembre 1951 rechaza la aplicación del artículo 50 y mantiene la calificación del homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, indicando que no concurre ninguno de los dos presupuestos del citado artículo, «puesto que el mal recayó en la misma persona a quien se quiso agredir, y agredió, y no es fácil ni siquiera conjeturar qué clase de delito trataba de cometer el procesado, puesto que el de lesiones ofrece una extensa gama que se caracteriza por el resultado y las consecuencias, y no puede encajarse *ad libitum* el propósito del agente en una modalidad determinada, porque sería una decisión caprichosa y sin base legal».

La verdad es que la mencionada razón histórica carece de virtualidad, pues cualquiera que haya sido la intención del legislador, no se puede negar la mayor amplitud que adquirió el párrafo 3.º del artículo 1.º, y tras él la regla del actual artículo 50, en el Código de 1870, y, por otra parte, en cuanto a las dificultades prácticas hay que tener en cuenta—como observa Antón—que «los resultados hipotéticos para la determinación de la pena, según la intención del sujeto, son adoptados continuamente en la tentativa» (37). Por lo demás, el principio *pro reo* impide, como agudamente observó en el pasado siglo Ramiro Rueda, que se califique al autor de homicida «por la única

(34) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción española de MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, II (Madrid 1955), p. 42-43. Vid. también J. DEL ROSAL, M. COBO, G. R. MOURULLO, *Derecho Penal español. Parte especial* (Madrid 1962), p. 146 y ss.

(35) Entre otras muchas, sentencias 2 octubre 1897, 8 abril 1911, 15 octubre 1942, 5 enero 1944, 17 marzo 1947, 23 enero 1959, 13 noviembre 1959, 3 diciembre 1964.

(36) Vid. J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I (Madrid 1949), p. 237.

(37) J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I, cit., página 231. En el mismo sentido, J. CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código Penal español*, cit., p. 49, nota 8.

razón de no ser posible demostrar con *evidencia* la clase de lesiones que tuvo *intención* de cometer» (38).

B. *Lesiones dolosas seguidas de muerte castigadas como homicidio culposo.*

Ciertas declaraciones jurisprudenciales recientes comienzan a mostrar explícitamente su insatisfacción ante esa contradictoria figura de «homicidio doloso preterintencional». Un extraño homicidio doloso sin *animus necandi*, como expresamente reconocieron las Sentencias de 23 mayo 1961 y 27 diciembre 1962 (39). Se trata de declaraciones jurisprudenciales tímidas aún, vacilantes, que no quieren romper bruscamente con la línea tradicional y, por ello, a veces contradictorias, pero que en cualquier caso muestran el deseo de buscar soluciones más satisfactorias.

Un magnífico exponente nos lo ofrece la S. 15 noviembre 1969: «Dada la vinculante imperatividad del régimen objetivista que queda bosquejado y cualquiera que fuere la opinión que pudiera profesarse acerca de la justificación racional del mismo que, partiendo del decisivo valor atribuido al dolo inicial, llega a la paradójica consecuencia de tomar en cuenta voluntades o propósitos exclusivamente ficticios y no reales e inculpar como homicidios dolosos —más o menos atenuados— conductas carentes de ánimo homicida, es lo cierto que, en tanto subsista la actual normativa, es inexcusable su acatamiento y consiguiente observancia, lo que no empece una inteligencia restrictiva en su aplicación, eludible ésta en cuantos casos pueda quebrar el obligado supuesto de hecho, abriéndose así distintas y más benignas posibilidades propicias a la admisión de la forma imprudente o culposa, cual ocurrió en la S. 17 diciembre 1958, que, si bien debe ser evocada con la más prudente cautela, en evitación de desmedidas y peligrosas generalizaciones, extensivas de su criterio a situaciones dife-

(38) R. RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho Penal*, I, cit., p. 178-9: «Si se califica, no de reo de homicidio, y sí de lesiones, al sujeto que no teniendo intención de matar, mató sin embargo, ¿de qué lesiones deberá considerarse culpable? ¿Cómo puede saberse si dichas lesiones tardarían en curarse tantos o cuantos días? La observación tiene más fuerza en la apariencia que en el fondo, y lo único que revela es una dificultad que está en la naturaleza de las cosas, y que no es la única con que se tropieza en la práctica. Esa dificultad obligará a los Tribunales a meditar con detenimiento sobre el asunto, estudiando, con la posible escrupulosidad, todas las pruebas aducidas en el curso del procedimiento e ilustrándose con cuantos informes crea necesarios para deducir si las lesiones podrían ser de ésta o de la otra clase; pero nos parece injusto a todas luces el que se califique a un individuo de homicida por la única razón de no ser posible demostrar con *evidencia* la clase de lesiones que tuvo *intención* de cometer».

(39) «... evidenciaron en el autor ya que no el *animus necandi*, propio del dolo finalista de causar la muerte, si el *vulnerandi* que basta para desencadenar el proceso causal en su doble perspectiva natural y jurídica, haciéndose, por dicha conducta dirigida a dañar la integridad física de la persona, acreedor a la responsabilidad propia del homicidio doloso configurada en nuestro derecho en una dimensión de resultado.»



rentes de la allí enjuiciada, marca rumbos progresivos, contrarios a todo desbordamiento de la responsabilidad objetiva, para aquellos casos que, por la inequívoca afinidad que ofrezcan con el entonces resuelto, no vengan a chocar con el valladar infranqueable de la norma legal».

Los rumbos marcados por la evocada S. 17 diciembre 1958 consisten en sustituir la calificación de homicidio doloso del artículo 407 con la atenuante de preterintencionalidad, por la calificación de homicidio culposo a través del artículo 565 (40). Este expediente, enjuiciado recientemente por algunos comentaristas como más correcto (41), no pasa de ser, a nuestro juicio, la clásica solución de equidad que ante la notoria desproporción de la pena y la culpabilidad del autor va en busca de un artículo del Código, cuya invocación formal le permita rebajar la sanción.

Si efectivamente se quebranta la estructura del homicidio preterintencional calificándole de homicidio doloso, porque por definición falta el dolo homicida, tampoco deja de quebrantarse esa estructura si se le califica pura y simplemente de homicidio culposo, pues entonces se prescinde de la existencia de las lesiones dolosas que, también por definición, están siempre en la base del denominado homicidio preterintencional. En uno y otro caso, ambas calificaciones —homicidio doloso, con la atenuante 4.<sup>a</sup> del artículo 9, y homicidio culposo— operan como verdadero lecho de Procusto, que alarga o mutila los hechos para hacerlos encajar en las fórmulas legales apriorísticamente elegidas en función de la mayor o menor penalidad que señalan.

No se puede prescindir de las iniciales lesiones dolosas, porque en caso contrario, en muchas ocasiones, la calificación de homicidio culposo supondría un absurdo privilegio fundado precisamente en la producción del resultado más grave, muerte. Compárese, por ejemplo, la penalidad establecida en los artículos 418 a 420 para la castración o esterilización, mutilaciones y lesiones graves, que oscila de reclusión menor a arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas, con la señalada en el primero y segundo párrafo del artículo 565, prisión menor y arresto mayor respectivamente. Quien causa dolosamente lesiones del núm. 2 del artículo 420 es castigado con la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas. Si a consecuencia de esas lesiones dolosas, y más allá de su intención, se produce la muerte de la víctima, según la tesis que estamos comentando, debería ser castigado tan sólo con la pena de prisión menor o arresto mayor, a tenor

(40) Hav una línea jurisprudencial en esta dirección que arranca de la S. 19 diciembre 1871 (en contra, en un caso análogo, S. 28 abril 1886), se mantiene en las sentencias de 21 noviembre 1884 y 13 junio 1887, reaparece en la citada de 17 diciembre 1958 (en contra, en un caso parecido, 6 octubre 1969) y se prolonga, al parecer cada vez con mayor fuerza, en las de 17 diciembre 1964, 5 junio 1968, 17 junio 1969 y 15 noviembre 1969.

(41) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte general* (Madrid 1970), p. 580, nota 58: «Esporádicamente gana terreno esta tesis más correcta». E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (Madrid 1966), p. 213: «La tesis correcta».

del artículo 565, como autor de un delito culposo de homicidio. El contraste llega a sus extremos si se admite que la calificación de homicidio culposo debería efectuarse, como es lógico, atendiendo al grado de imprudencia del sujeto respecto al resultado muerte, que puede ser simple sin infracción de reglamentos, de modo que el homicidio preterintencional habría de ser contemplado como falta del número 3 del artículo 586.

Para evitar este paradójico premio habría que recurrir a la regla del artículo 68 y castigar el homicidio preterintencional sólo como lesiones dolosas, cuando la pena correspondiente a éstas fuere superior a la prevista para el homicidio culposo. Ahora bien, de esta suerte tropezaríamos con las mismas dificultades prácticas que el T. S. invoca para justificar la no aplicación del artículo 50, con la desventaja de que al aplicar en virtud del artículo 68 el correspondiente tipo de lesiones con preferencia al de homicidio por imprudencia, se prescinde por completo del resultado muerte, lo que no sucede en el artículo 50, donde este resultado cumple la función de exasperar la pena.

La alternativa es clara: si se califican los hechos de homicidio culposo, se prescinde de la inicial actuación dolosa: si precisamente por estar castigada más severamente esta actuación dolosa, se califican, en virtud del artículo 68, como lesiones, se prescinde por completo del resultado preterintencional.

Sin duda, no escaparon estas consideraciones a la atención de las interesantes Sentencias 23 mayo 1961 y 17 diciembre 1964, dictadas ambas bajo ponencia de Quintano Ripollés, en las que se sostiene que para calificar los hechos como homicidio culposo, es indispensable que no haya existido intención de lesionar, o mejor dicho, no hayan existido unas previas lesiones dolosas. En la primera de las resoluciones citadas se indica: «Para prosperar plenamente el criterio mantenido en los dos motivos del recurso, tendentes a sustituir el homicidio doloso del artículo 407 por el culposo a través del 565, que se dicen infringidos por aplicación indebida y no aplicación, respectivamente, sería menester acreditar una premisa de hechos probados, en que se pusiese de manifiesto con mayor intensidad que la que figura en el caso de autos, la plena desvinculación entre la conducta y el resultado... acreedor a la responsabilidad propia del homicidio doloso configurada en nuestro derecho en una dimensión de resultado *que únicamente puede desvirtuarse por la ausencia de propósitos lesivos, no cuando éstos se aprecian aunque cuantitativamente menores que los acaecidos, dando lugar tan sólo a la concurrencia de la circunstancia atenuante de preterintencionalidad 4.<sup>a</sup> del artículo 9, rectamente apreciada por la Sala*».

Como se ve, la S. 23 mayo 1961 reserva la solución del homicidio imprudente para los casos de *desviación*, es decir, para los supuestos en los que el homicidio está no ya más allá de la intención, sino *fuera de la intención* («plena desvinculación entre la conducta y el resultado», «ausencia de propósitos lesivos, no cuando éstos se apre-

ción aunque cuantitativamente menores que los acaecidos»). Consecuente con este punto de partida, la S. 17 diciembre 1964 sustituyó la calificación de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad por la calificación de homicidio imprudente en un caso en el que de un *atentado* derivó la muerte no querida, pero previsible, de un agente de la autoridad. «Se acoge el motivo, como en la más reciente doctrina científica y jurisprudencial —dice la S. 17 diciembre 1964— y que tiende a valorar, sobre el elemento lógico naturalista de la acción causal, el de la culpabilidad, ya que en el comportamiento del procesado se acredita una decidida voluntad final de oponerse a las pretensiones de los agentes, pero no la de menoscabar su integridad física, y como quiera que la caída y muerte de uno de ellos sobrevino, no por lesiones, sino como consecuencia de un empujón en el forcejeo de no querer ser esposado el procesado, tal acaecimiento se desconecta del dolo originario del atentado, y la muerte sobrevenida sólo le es achacable a título de grave imprudencia, por ser previsible que de los actos de empujar fuertemente a una persona pueden derivar males como el efectivamente acaecido, sin que sea obstáculo infranqueable para la aplicación del artículo 565 la ilicitud del acto originario, que para nada se alude en su texto definidor de la imprudencia, y sí únicamente para la de caso fortuito, en el número 8.º del artículo 8.º, y sin que sirva siempre para paliar las consecuencias, la aplicación de la circunstancia atenuante 4.ª del artículo 9.º, como hizo la Sala, pues la preterintencionalidad presupone, como su nombre indica, una intención concreta, aunque de dimensión cuantitativa menor, pero dirigida a una tipicidad homogénea, como es el caso de lesiones de levedad manifiesta o por el empleo de medios idóneos se determinan resultados excesivos cuantitativamente, pero no cuando, como en esta ocasión, las tipicidades respectivas discurren por cauces diversos y el resultado de la muerte deriva de la caída, y ésta no de lesiones, sino de un mero empujón constitutivo del ánimo de atentar al principio de autoridad, tan diverso cualitativamente del bien material y jurídico constitutivo del homicidio culposo».

En definitiva, pues, según las sentencias 23 mayo 1961 y 17 diciembre 1964, la tesis del homicidio culposo sólo es viable en casos de *desviación* y no de *preterintención*, es decir, en casos en los que por estar el resultado más grave no más allá (*praeter*), sino fuera de la intención, son inaplicables las dos normas —artículo 9, 4.ª y 50, párrafo primero— que nuestro Código dedica al fenómeno de la preterintencionalidad. En tales casos habrá que recurrir a preceptos y principios generales distintos, abriendo paso a un concurso de delitos, integrado por el doloso inicial (consumado o en forma imperfecta de ejecución) y, en su caso, si la muerte era previsible y el sujeto pudo y debió evitarla, el homicidio imprudente. Por ejemplo, concurso (ideal) de atentado y homicidio culposo en supuestos similares al contemplado en la S. 17 diciembre 1964.

Por último, en referencia con la tesis jurisprudencial de recurrir

al homicidio culposo para castigar el homicidio preterintencional, hay que llamar la atención sobre el hecho de que el T. S. llegó a aplicar el artículo 565 en casos en los que la muerte era imprevisible, es decir, en casos en los que bajo ningún concepto cabía hablar de imprudencia.

Como es sabido, la preterintención es, según doctrina del T. S., una composición de dolo y culpa o de dolo y caso. Sabemos también que es criterio jurisprudencial el de atender a la previsibilidad o imprevisibilidad del resultado preterintencional para apreciar la atenuante cuarta del artículo 9 como simple o muy cualificada, respectivamente. La necesidad de rebajar al máximo la pena prevista para el delito doloso se hace, como es obvio, más sensible cuando el resultado más grave es imprevisible (fortuito), es decir, está más allá de cualquier forma de culpabilidad del autor. A esta misma necesidad obedece la sustitución de la calificación de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, por la calificación de homicidio imprudente. Es bien significativo que la mayoría de las veces que el T. S. procedió a tal sustitución, los Tribunales de instancia habían apreciado la atenuante de preterintencionalidad como muy cualificada (42), aplicación privilegiada que respondía, con frecuencia, al hecho de ser el resultado más grave imprevisible, o sea, fortuito. En virtud de este proceso, acaban calificándose de homicidios imprudentes muertes fortuitas, con el consiguiente quebranto de la ley, pues el artículo 565 sólo puede aplicarse, como es notorio, cuando existe efectivamente imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos.

El expediente de recurrir al artículo 565 para paliar las insatisfactorias consecuencias del *versari* puede resultar plausible desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial que prescinde del artículo 50 y se empeña en castigar al homicidio preterintencional como homicidio doloso, pero al margen de esa tan criticable interpretación tradicional —a la que de ninguna manera obliga el texto legal—, la aplicación del artículo 565 en casos de muerte fortuita es absolutamente repudiable, entre otras razones por el valor que tiene como precedente. Equivale a reconocer que el agente puede responder como autor de un delito por imprudencia temeraria, aunque no haya mediado ninguna clase de imprudencia. Se abre así una peligrosa brecha en el artículo 565, que se convierte infundadamente y contradiciendo su claro tenor literal en otro precepto más cobijador del *versari* y fundamentador de responsabilidades objetivas.

La S. 17 diciembre de 1958, criticada desde este punto de vista con toda razón por Cobo (43), ofrece un claro ejemplo de cuanto venimos señalando. La Audiencia, sin duda en atención a la imprevisibilidad del resultado muerte, había apreciado la preterintencionalidad como

(42) Vid. sentencias 17 diciembre 1958, 28 septiembre 1964, 17 diciembre 1964, 5 junio 1968, 17 junio 1969 y 15 noviembre 1969.

(43) M. COBO, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, cit., páginas 102 y ss.

atenuante muy calificada. El T. S. sustituye la calificación del Tribunal *a quo* por la de homicidio imprudente, invocando los siguientes razonamientos: «El acto inicial, de indudable lesividad, sólo permite valorar como consecuencia posible y previsible, la de unas lesiones corporales de escasa entidad, ya que se trata de una agresión sin armas y sin especiales condiciones de gravedad, y el resultado mortal se encuentra tan alejado del propósito y de la actuación de los agresores, como que el lanzamiento de la contendiente, que lógicamente debía ser contenida por la barandilla, se convirtió en consecuencia mortal, por el desprendimiento de esta barandilla, cuyas malas condiciones y la posterior declaración de finca ruinoso, no permiten prever en el momento de la lucha que muera la persona lanzada, ya que en el curso ordinario de la vida los sucesos que tienen este procedimiento no autorizan como lógica la posibilidad de enlazar el acto de los procesados con la muerte de la ofendida, más que desde el punto de vista de la causalidad material, pero no, como exige el proceso penal, desde el punto de vista de la causalidad jurídica, porque si se da intención agresora y *animus laedendi*, no existe *animus necandi*, como sería preciso para hablar de homicidio en cualquiera de sus formas, incluso en la preterintencional, que en ningún modo se presenta a la inteligencia, ni a la voluntad de los agresores, como efecto necesario y ni siquiera posible de su acto, y en consecuencia, procede acoger el recurso en el sentido no de tratarse de un homicidio preterintencional con arreglo a los artículos 407, 9, número 4 del C. P., sino de un delito de imprudencia temeraria del que resulta la muerte de una persona, conforme al párrafo primero del 565 del Código penal, en relación con el 407 del mismo Código».

Como puede observarse, se descarta la calificación de homicidio doloso con la atenuante de preterintencional invocando insistentemente el carácter *imprevisible* de la muerte, y seguidamente se aplica el primer párrafo del artículo 565, es decir, se castiga como homicidio cometido por imprudencia temeraria una muerte fortuita.

Abundando en la misma línea, la S. 6 octubre 1969, en un caso parecido descarta la aplicación del artículo 565 mediante el paradójico argumento de que la muerte era «previsible». La Audiencia, moviéndose en la dirección de la S. 17 diciembre 1958, había calificado los hechos como homicidio culposo. El T. S. casa la sentencia y vuelve a la calificación de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, «por cuanto al autor del referido empujón *mal podían ocultársele las más que probables consecuencias lesivas y aun mortales*», que su voluntario y hostil acto de fuerza pudiera naturalmente ocasionar, al precipitar de espaldas la persona a la que empujaba, por la escalera con aristas vivas, sin barandilla ni protección natural y sobre suelo duro; caso bien distinto al contemplado en la S. 17 diciembre 1958, *en la que escapaba a la previsión* de la persona que dio el empujón a una señora contra una barandilla, que ésta cediese, se rompiese y cayese la empujada a un patio, produciéndose lesiones que determinaron su fallecimiento».

Por este camino se llega a la sorprendente conclusión de que la *previsibilidad* del resultado excluye la posibilidad de aplicar, como había hecho la Audiencia, el artículo 565, que, según la interpretación de la S. 17 diciembre 1958, deberá aplicarse, en cambio, cuando la muerte es imprevisible (fortuita) (44).

### 3.—INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE AMBOS PRECEPTOS.

#### A) *Causas por las cuales la fórmula de Silvela origina resultados injustos.*

La solución de Silvela es —como dice Antón— «el único medio de encontrar una función a la atenuante cuarta sin menoscabo de la correspondiente al artículo 50 y logra salvar lo que de otro modo sería contradicción entre ambos preceptos» (45). Pero —como advierte el propio Antón— los resultados a que conduce no son justos. Conforme a ella, por ejemplo, «el que con intención de causar lesiones menos graves ocasiona una muerte, incurrirá en la pena de las primeras en su grado máximo, por aplicación del artículo 50, mientras que si ocasiona lesiones graves tendrá que responder de éstas con la atenuante cuarta» (46). Por otro lado —observa Antón—, si se aplicase en todo

---

(44) La doctrina de la S. 17 diciembre de 1958 es criticable, como advierte M. COBO, «*Praeter intentionem*» y *principio de culpabilidad*, cit., p. 105, tanto por lo que se refiere a la configuración que hace del homicidio preterintencional, para el que exige inadecuadamente la existencia de *animus necandi*, que por definición ha de faltar, como por lo que respecta a la interpretación que hace del artículo 565: «El resultado muerte acontecido es, por tanto, para los procesados, en el caso estudiado, *imprevisible*: ni objetiva ni subjetivamente puede decirse que se hubiese podido prever, conforme se afirma en los «considerandos». Pero quizá por un afanoso deseo de descartar el homicidio preterintencional, la propia sentencia se ha ido cerrando el paso a la solución por la que definitivamente se decide: la imprudencia temeraria del párrafo primero del artículo 565 en relación con el 407. Resulta que la muerte es totalmente imprevisible, que no puede ser referida psicológicamente a los agentes, que sólo mediante el concurso de una causa extraña y anormal se produce materialmente, que son las malas condiciones de la barandilla las que, en suma, precipitan el suceso... y entonces se castiga por la forma más grave de imprudencia del número 1 del artículo 565. No se llega a comprender cómo habiendo negado la previsibilidad del resultado, la relación de causalidad «normal» y toda referencia subjetiva, puede afirmarse acto seguido que se trata de un homicidio por imprudencia; tampoco cómo una sentencia que descarta el arranque lícito de la imprudencia, y se muestra extraordinariamente rigurosa en la configuración del homicidio preterintencional, finaliza aceptando una concepción puramente causal material, sumamente genérica, de la primera; ni menos cómo habiéndose negado la operatividad del *versari* (necesariamente la culpa no necesita un arranque lícito), se emplea el mismo argumento implícitamente para, en definitiva, construir la imprudencia, y no afirmar *la falta también de esta última*, calificando el hecho de acuerdo con la estricta culpabilidad de los agentes».

(45) J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I, cit., p. 336, nota 1.

(46) J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I, p. 336, nota 1.

caso el artículo 50, se daría lugar al siguiente absurdo: «quien tirando al blanco —o sea, sin intención delincente— matare a un hombre, sería responsable de homicidio por imprudencia temeraria e incurriría en prisión menor; el que con su disparo intenta causar daños y mata a un hombre, respondería sólo por daños e incurriría en una multa o en arresto mayor. Lo cual equivaldría a dar un premio a la intención delincente» (47).

Cualquier solución sobre la materia, que aspire a ser viable, ha de partir efectivamente de la fórmula de Silvela. Ahora bien, es preciso, a nuestro juicio, proceder a una interpretación restrictiva que, sin desvirtuar el sentido originario de dicha fórmula, evite las consecuencias insatisfactorias a que conduce su versión inicial.

Los resultados injustos a que da lugar la fórmula de Silvela derivan, por un lado, de considerar como el *mismo delito* los *distintos tipos* comprendidos bajo un *nomen iuris genérico*, y, por otro, de incluir en el artículo 50 también los *casos de desviación*. Ninguna de estas consideraciones resulta obligada. Antes al contrario, un análisis detenido de nuestro cuerpo legal conduce a rechazarlas.

B) *Posibilidad de evitar los resultados injustos a que conduce la fórmula de Silvela en su versión originaria.*

a) *Las nociones de «delito distinto» y «mismo delito».*

No sólo no resulta obligado, sino que no está en absoluto permitido estimar que el delito de lesiones menos graves y el delito de lesiones graves son el *mismo delito* (la autonomía sería aún mayor, obviamente, si incluyéramos en la relación las faltas de lesiones) por el simple hecho de que ambas figuras delictivas aparecen comprendidas en un mismo capítulo del Código, bajo la común denominación de *lesiones*. Que estamos aquí ante figuras con contenido y ámbito de aplicación propios se deduce, sin más, de la diversa estructuración de la acción típica, con especificación de medios en las lesiones graves y sin limitación de medios en las menos graves (48), y del «cambio de criterio» en orden a la gravedad del resultado, no siendo suficiente en las lesiones menos graves que la enfermedad dure más de quince días, exigiéndose que concurra, además, la incapacidad para el trabajo o sea precisa la asistencia facultativa por igual tiempo (49). La misma autonomía hay que predicar, por ejemplo, entre las lesiones graves del artículo 420

(47) J. ANTÓN ONECA, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, I, p. 214, nota 2.

(48) A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, I (Madrid 1962), p. 640 y ss.

(49) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial*, 3.<sup>a</sup> ed. (Madrid 1969), p. 136.

y la castración o esterilización del artículo 418, que son figuras con una estructura subjetiva radicalmente diversa, revelando el tipo de la castración una nueva jerarquía valorativa, reflejada en la penalidad, la misma que se señala para el homicidio.

La interesante S. 23 noviembre 1934 rechazó, calificándola con razón de peligrosa, la doctrina que considera como el mismo delito las distintas figuras comprendidas, bajo una denominación genérica, en un mismo capítulo del Código. De aceptar semejante doctrina, sería obligado llegar a las consecuencias que precisamente pretendieron evitarse mediante la creación en 1870 de la regla del párrafo primero del artículo 50. En efecto, a partir de la reforma de 1932 las distintas figuras de delitos contra la vida aparecen agrupados en un mismo capítulo, con la denominación común «del homicidio». Habría que entender, pues, que el hijo que, queriendo matar a un extraño, mata por error a su padre, comete el *mismo delito* que se había propuesto ejecutar y, por consiguiente, no puede entrar en juego el artículo 50. El agente debería responder como autor de un delito doloso de parricidio, si bien con la atenuante cuarta de preterintencionalidad.

En definitiva, para saber si es aplicable el artículo 50 o la circunstancia 4.<sup>a</sup> del 9, lo decisivo es determinar si la discordancia entre lo propuesto y lo ejecutado origina o no el paso de uno a otro tipo diverso, dependiente o autónomo (50). Decide, pues, la diferencia de tipos de las correspondientes figuras delictivas, al margen de que la inicialmente perseguida y la efectivamente cometida aparezcan reunidas en un mismo capítulo y respondan a una designación común (51). En este sentido, por ejemplo, las lesiones menos graves y las lesiones graves son delitos distintos, y por tanto, cuando el sujeto, queriendo producir las primeras, causa las segundas, es aplicable el artículo 50 y no la atenuante de preterintencionalidad, que deberá reservarse para los casos en que la divergencia entre el evento propuesto y el causado se mueve dentro de la variedad de resultados descritos en los respectivos marcos de las lesiones graves y menos graves.

Con esta interpretación se soslaya el primero de los resultados injustos que, siguiendo la exposición de Antón, habíamos visto se derivaba de la fórmula de Silvela en su versión originaria (el que con intención de causar lesiones menos graves, ocasiona una muerte, incurriría en la pena de las primeras en su grado máximo a tenor del artículo 50, mientras que si ocasiona lesiones graves tendría que responder de éstas con la atenuante cuarta).

---

(50) Sobre la diferencia entre tipos atenuados o agravados (que se muestran como una forma de aparición *dependiente* del tipo básico) y tipos autónomos, vid. R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* (traducción y notas por J. CÓRDOBA RODA), I, p. 281 y ss.

(51) Cfr. J. CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código Penal español*, cit., p. 58, nota 33, para quien la aplicación del artículo 50 no requiere que los dos delitos sean independientes en sentido estricto, «sino que basta que se trate de tipos cualificados (atenuados o agravados) (homicidio-parricidio)».



## b) Delitos «más allá de la intención» y delitos «fuera de la intención».

La segunda de las causas por las que la fórmula de Silvela origina resultados injustos es la inclusión en el artículo 50 no sólo de casos de *preterintencionalidad* en los que el resultado más grave implica la existencia de un delito distinto, sino también de supuestos de *desviación*.

La necesidad de proceder a una interpretación restrictiva del artículo 50 fue denunciada repetidas veces en nuestra más reciente literatura.

«A mi juicio —indica Cerezo—, no hay más que un camino posible y es el de una interpretación restrictiva, que permita aplicar estos preceptos solamente cuando se trate de un supuesto de error *in persona* o un caso de *aberratio ictus*, en que éste dé lugar a que la víctima sea una persona distinta. Este error sería irrelevante a efectos penales, salvo cuando afecte a la índole del delito (homicidio-parricidio, homicidio común y homicidio del Jefe del Estado, por ejemplo). Entonces se habrán de aplicar las reglas de medición de la pena del artículo 50. La solución no es satisfactoria, pero no hay, según creo, otra mejor. Se restringe así el ámbito de aplicación del párrafo 3.º del artículo 1.º y de las reglas de medición de la pena del artículo 50 a los casos que constituyeron el motivo de la reforma» (52).

Una interpretación restrictiva como la de Cerezo (que reduce el ámbito del artículo 50 a los casos de *error in persona* y *aberratio ictus* que dé lugar a persona distinta, y afecten a la índole del delito) tiene, en opinión de Cobo, el inconveniente de hacer peligrar la limitación de la atenuante cuarta del artículo 9 a los casos en que tanto el resultado propuesto como el efectivamente causado constituyen el *mismo delito*. Cobo subraya que las reglas de Silvela son complementarias, de suerte que la una condiciona la vigencia de la otra. Si se limita la esfera del artículo 50 a los supuestos indicados por Cerezo, no existirá luego base para, *contrario sensu*, reducir el artículo 9, cuarta, al mismo delito. Según Cobo, hay que buscar ciertamente una interpretación restrictiva del artículo 50, pero una interpretación restrictiva que salve al mismo tiempo la congruencia interna de la fórmula de Silvela. Esto se consigue, a su juicio, si se reserva la aplicación del párrafo primero del artículo 50 para los siguientes supuestos: 1.º *Error in persona* y *aberratio ictus* que da lugar a que la víctima sea persona distinta y afecten a la índole del delito; 2.º y, además, los casos en que, con dolo de lesiones, se produce un resultado de muerte. («Delito *distinto*, sí, pero únicamente referido al binomio lesiones-homicidio») (53).

---

(52) J. CERESO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código Penal español*, cit., p. 58-59. Como advierte el propio Cerezo, p. 59, nota 35, esta interpretación coincide en el resultado con la de A. HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito* (Madrid 1948), p. 331 y ss.

(53) M. COBO, «*Praeter intentionem*» y principio de culpabilidad, cit., p. 99.

Las interpretaciones re restrictivas que estamos comentando, plausibles en sus propósitos, resultan, sin embargo, hasta cierto punto insatisfactorias. No hay base, como ya hemos indicado anteriormente, para reservar la aplicación del párrafo primero del 50 a los casos de error *in persona* y *aberratio ictus* que origina un cambio de víctima. Y, por otra parte, no se ve la razón que permita incluir en el citado precepto los casos en que con dolo de lesiones se produce un resultado de muerte y excluir contemporáneamente otros casos de preterintencionalidad de naturaleza idéntica (54).

Una interpretación restrictiva del párrafo primero del artículo 50 que le dote de un contenido coherente y al mismo tiempo no quebrante la congruencia de las reglas de Silvela, puede obtenerse, a nuestro juicio, partiendo de la firme premisa de que dicho precepto regula supuestos de *preterintencionalidad*. En este sentido resulta sumamente interesante la S. 15 noviembre 1969, en la que se habla del «peculiar instituto de la preterintencionalidad desdoblada en la atenuante cuarta del artículo 9, calificable de preterintencionalidad homogénea o de grado menor, y en la praterintencionalidad heterogénea o de grado mayor contemplada en el casi inédito apartado primero del artículo 50».

Si se acepta esto, hay que admitir seguidamente que los delitos a que se refiere el párrafo primero del artículo 50 han de ser, sí, delitos *distintos*, de mayor gravedad el cometido que el propuesto, pero en todo caso de contenido sustancial idéntico u homogéneo, porque, como ya hemos visto, a la esencia de la preterintención pertenece la idea de progresión, que implica, a su vez, que el bien jurídico que se quería ofender y el que efectivamente se lesionó sean de la misma especie o al menos pertenezcan al mismo género.

Quedan, pues, al margen del párrafo 1.º del artículo 50 los casos

---

Una consideración crítica, a su vez, de la interpretación de COBO, puede verse en J. CEREZO MIR, *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis ñ del Código penal español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1970), p. 297 y ss.

(54) Son precisamente estos casos de preterintencionalidad, en los que el resultado efectivamente causado da lugar a un delito distinto del perseguido, los que motivan, a nuestro juicio, que la interpretación de Cobo acabe rompiendo también la congruencia de las reglas de Silvela. Porque si conducimos al artículo 50, párrafo primero, de todos esos casos de preterintencionalidad tan sólo los supuestos de lesiones-homicidio, parece que a los restantes deberá aplicárseles el artículo 9, cuarta. Pero entonces ya no puede continuar sosteniéndose que este último precepto debe contraerse siempre al *mismo delito*. M. COBO, «*Praeter intentionem*» y *principio de culpabilidad*, cit., pág. 100: «La anterior interpretación es *restringida*, desde el momento que *sólo* contempla lo expuesto en c') (en c' se reduce el ámbito del párrafo primero del artículo 50 a los casos de error *in persona* y *aberratio ictus* que dé lugar a persona distinta y afecten a la índole del delito, y a los casos en que con dolo de lesiones se produce un resultado de muerte) y se evitan los absurdos ya apuntados por la doctrina (especialmente referidos al delito de daños, o cualquier otro que no se encuentre en la línea lesiones-homicidio). De otro lado, no invalida la afirmación, generalmente aceptada, de a) (en a se dice que la atenuante de preterintencionalidad, «como dejó expuesto Silvela, y se adhiere la doctrina dominante, deberá contraerse siempre al *mismo delito*»).

en los que el delito de mayor gravedad está *fuera de la intención* y cuya relación con el propuesto no es de *progresión*, sino de *desviación*. Por ejemplo, el agente quería producir daños y causa homicidio. En estos casos, si existió imprudencia respecto al evento más grave, deberá apreciarse un concurso de delitos: delito doloso de daños (consumado o imperfecto) y delito culposo de homicidio (55). Esta es la solución adoptada en la S. 17 diciembre 1964, que enjuicia un supuesto en el que de un «mero empujón constitutivo del ánimo de atentar al principio de autoridad» deriva la muerte de un agente. El T. S. califica los hechos como un concurso del delito de atentado del artículo 236 y de homicidio imprudente.

---

(55) Si el resultado más grave se produjo por caso fortuito, no será posible hablar de dos delitos (por faltar toda culpabilidad respecto al evento de mayor gravedad), y la responsabilidad del autor deberá contraerse al delito doloso (consumado o imperfecto) que intencionalmente perseguía. Puede invocarse, según la interpretación que en otra ocasión hemos ofrecido de la eximente octava del artículo 8 (caso fortuito), la ausencia de *voluntariedad*, que el artículo 1.º del C. exige, con carácter general, para la existencia de delito. Distinta ha de ser la solución, naturalmente, para quienes entiendan que la ilicitud de la conducta inicial fundamenta, a tenor del art. 8, número 8.º, la responsabilidad también por los resultados fortuitos. Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1963), página 273 y ss.



# Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico \*

JOSE CERESO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

Los delitos contra la seguridad del tráfico están regulados en la Sección primera del Capítulo II del Título V (que lleva por epígrafe: «De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general») del Libro II del Código penal (1). En el capítulo II se incluyen «los delitos de riesgo en general», agrupándose en la Sección 1.<sup>a</sup> los delitos contra la seguridad del tráfico, y en la Sección 2.<sup>a</sup> los delitos contra la salud pública. Los delitos contra la seguridad del tráfico están regulados en los artículos 340 bis a), b) y c). En el artículo 340 bis a) se castiga la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes (núm. 1.<sup>o</sup>), y la conducción de un vehículo de motor con temeridad manifiesta, poniendo en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes (núm. 2.<sup>o</sup>). En el artículo 340 bis b) se castiga la creación de un riesgo grave para la seguridad de la circulación, y en el artículo 340 bis c) la conducción de un vehículo de motor por una vía pública sin haber obtenido el correspondiente permiso.

Estas figuras delictivas fueron introducidas en el Código penal por la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Antes estaban contenidos en la Ley de 24 de diciembre de 1962, de Uso y circulación de vehículos de motor, que quedó derogada por la ci-

---

\* Este artículo es la contribución del autor a un número de la revista «Temis», de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, dedicado a don José Guallart y López de Goicoechea con motivo de su jubilación.

(1) La inserción de los delitos contra la seguridad del tráfico en el título V del Código ha sido objeto de críticas diversas. En el Proyecto de Ley del Gobierno se incluían estas figuras delictivas en un capítulo nuevo (VIII) del Título XII donde se regulan los delitos contra la libertad y seguridad. RODRÍGUEZ DEVESA considera, con razón, más acertado el sistema del Proyecto «dada de una parte la amplitud del concepto de seguridad y de otra que con el sistema acogido se distorsiona aún más el contenido del Título V donde estos delitos emparejan mal con la profanación de cadáveres...». Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, 3.<sup>a</sup> ed. 1969, pág. 881, nota 1.

tada reforma en sus partes penal y procesal penal, quedando únicamente subsistentes el Ordenamiento civil y el Ordenamiento procesal civil.

En este trabajo voy a ocuparme de dos problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico, concretamente el de la especialidad del Derecho penal del tráfico (2) y el de la naturaleza de estas infracciones delictivas.

a) *El problema de la especialidad del Derecho penal del tráfico.*

Con la reforma parcial del Código penal por la Ley 3/1967, de 8 de abril, el legislador abandonó el criterio de la especialidad del Derecho penal del tráfico, en que se había inspirado desde la promulgación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 9 de mayo de 1950. Criterio de la especialidad que en la Ley de 24 de diciembre de 1962 se había llevado al extremo de excluir del Código los delitos culposos de resultado material cometidos con vehículos de motor, o al menos la mayor parte de ellos. Por la reforma de 1967 se incorporaron al Código, incluso, las figuras delictivas de peligro de la Ley del Automóvil.

Esta reforma me parece acertada. Las razones que se han alegado en favor de la especialidad del Derecho penal del tráfico no me parecen convincentes (3).

Sin duda existe una diversidad entre los delitos de tráfico y los demás hechos delictivos en el plano de la «facticidad fenomenológica», atendiendo al sujeto de los delitos, el medio y el lugar de comisión, como señalan Del Rosal y Beristain. Pero no hay que olvidar que una diversidad semejante o mayor existe, por ejemplo, entre los delitos contra la seguridad interior del Estado (propagandas ilegales, asociaciones ilícitas, blasfemias, etc.), los delitos contra las personas (homicidio, asesinato, etc.) y los delitos contra la propiedad (estafa, hurto, apropiación indebida) y, no obstante, no se ha propugnado la desintegración del Código penal en una serie de leyes penales especiales.

Pero es que, además, el sujeto activo de los delitos contra la seguridad del tráfico no precisa ser siempre un conductor de vehículos

---

(2) Este problema afecta también, como es obvio, a otras figuras delictivas, como las de falsificación, sustitución, alteración u omisión de la placa de matrícula legítima (art. 279 bis), el quebrantamiento de condena (art. 334, párrafo 2.º), el robo y hurto de uso de vehículos de motor (art. 516 bis) y la omisión de socorro (art. 489 bis), pero se plantea sobre todo en relación con los delitos contra la seguridad del tráfico.

(3) Véase DEL ROSAL, *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación. V Curso Internacional de Derecho de la circulación*, Madrid, 1963, págs. 285 y siguientes; *Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación* (Ley de 8 de abril de 1967), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, fasc. 1.º, págs. 9 y ss. y 36; y BERISTAIN, *Especialidad del Derecho penal del tráfico*, revista de Derecho de la circulación, año I, núm. 12, dic. 1964.

de motor. En las figuras delictivas del artículo 340 bis b, de creación de un riesgo grave para la seguridad de la circulación, puede ser autor del delito de acción cualquier persona, y del de omisión, cualquier persona que tenga el deber jurídico de restablecer la seguridad de la vía. En los delitos del artículo 340 bis a (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y conducción con temeridad manifiesta) y del artículo 340 bis c, de conducir sin permiso, puede ser sólo autor, en sentido estricto, el conductor del vehículo —son delitos de propia mano—, pero cualquier persona puede incurrir en responsabilidad como inductor, cooperador necesario o cómplice. Por último, en los delitos culposos de resultado material cometidos con vehículos de motor —regulados en los artículos 2.º y 3.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962— hay que tener en cuenta —y el no haberlo hecho hizo incurrir al legislador en 1962 en lagunas y contradicciones— que puede ser autor de los mismos una persona que no conduzca el vehículo. Un acompañante puede instar al conductor a conducir en estado de embriaguez, a velocidad excesiva, etc., y resultar luego, al producirse el accidente, autor de un delito culposo —o doloso— de homicidio, lesiones o daños.

Aunque no sea frecuente en la práctica, también pueden cometerse delitos dolosos de tan rancio abolengo en el Código como el homicidio (o asesinato) y las lesiones corporales por medio de vehículos de motor y el segregar del Código los delitos cometidos por medio de un vehículo de motor sería tan improcedente, como señala Quintano, como segregar los cometidos por medio de sustancias venenosas o armas de fuego (4).

Pueden cometerse también delitos por medio de vehículos de motor fuera de las vías de circulación (calles o carreteras). Puede salirse el coche de la carretera, en un accidente, y atropellar o poner en peligro la vida de un campesino que está trabajando tranquilamente.

No cabe aducir tampoco en favor de la especialidad del Derecho penal del tráfico que el bien jurídico protegido sea de naturaleza esencialmente diferente que la de los bienes jurídicos tutelados en el Código. Se protege la seguridad del tráfico, de las personas y de los bienes, decía el artículo 1.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962. La seguridad de las personas y de los bienes son también objeto de protección en el Código penal. La protección de la seguridad del tráfico está en función de la protección de la seguridad de las personas y de los bienes. No es un bien jurídico esencialmente diferente.

Según Del Rosal, en el Derecho penal del tráfico la protección se dispensa en primer término a las leyes físicas del movimiento, a las leyes cinemáticas de la circulación, a las leyes que rigen el fenómeno natural de la circulación (5). La protección de estas leyes carece de

---

(4) Véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, págs. 469 y 479-480.

(5) Véase DEL ROSAL, *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación*,

sentido, sin embargo, si no está en función de la protección de la seguridad de las personas y de los bienes. Quizá quiera aludir Del Rosal a las normas *jurídicas* que rigen la circulación. Pero cabría objetar entonces que el Derecho trata sólo de imponer aquí, como siempre que castiga una conducta imprudente, con o sin resultado, la observancia del cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de los bienes jurídicos protegidos.

No es una nota peculiar de los delitos de tráfico que el aparato repressivo entre sólo en función cuando han fallado los mecanismos preventivos (6). Esto sucede en todas las figuras delictivas. Las normas que regulan la circulación tienen, según Del Rosal, en su estructura interna, un marcado carácter preventivo (7). Aunque no hay que olvidar que su inobservancia está castigada con una sanción administrativa en el Código de la circulación, todas las normas que concretan el cuidado objetivamente debido en determinadas situaciones típicas, de cualquier actividad social, persiguen en primer término una finalidad preventiva.

Tampoco es una nota peculiar de los delitos de tráfico el que, dada la índole del medio de comisión de los mismos, sean necesarios conocimientos técnicos para su enjuiciamiento (8). Lo mismo sucede con las armas de fuego en los delitos contra las personas, con toda clase de armas y explosivos en los delitos de terrorismo, o con las más diversas modalidades de maquinaria de la industria moderna, en todos los delitos —sobre todo culposos— que se pueden cometer con su manejo (homicidio, lesiones, daños).

La importancia cuantitativa de los delitos de tráfico, como de cualquier otro tipo de delito, no es razón suficiente para su desglose del Código penal y su inclusión en una ley especial (9).

Por lo que respecta a los caracteres del delito y especialmente a la culpabilidad, no es preciso establecer tampoco diferencias, como veremos, entre los delitos de tráfico y el resto de los hechos delictivos. El mismo Del Rosal dice: «El hecho de la circulación puede ser conceptuado en la misma dogmática de los caracteres del delito que cualquier otro comportamiento delictivo» (10). Beristain ha querido precisar algunas diferencias en el plano de la culpabilidad y concretamente de la culpa (11), pero no lo ha conseguido. El problema de si la responsabilidad por culpa, o al menos de una parte de la culpa —aquellos

pág. 287 y *Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación*, pág. 11.

(6) Como afirma DEL ROSAL, *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación*, pág. 288.

(7) Véase, *Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación*, pág. 12.

(8) Como cree DEL ROSAL, *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación*, pág. 289.

(9) En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, pág. 479. De otra opinión, BERISTAIN, *ob. cit.*, pág. 747.

(10) *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación*, pág. 285.

(11) Véase, *ob. cit.*, pág. 749.



supuestos de culpa inconsciente en que no se dio con anterioridad a la acción un momento de infracción consciente del deber— es o no responsabilidad objetiva se plantea no sólo en relación con los delitos de tráfico, sino con todos los delitos culposos (12). Es un problema de carácter general.

Un problema distinto es el de si, por razones de política criminal, parece o no indicado establecer en los delitos de tráfico una presunción de culpabilidad o prohibir al juez que profundice en el examen de la culpabilidad, como ha propuesto Wimmer en Alemania (13). El profundizar en la explicación de los fallos de los conductores tiene importancia científica y práctica, dice Wimmer, sobre todo para la selección, formación y autoeducación de los conductores y para la investigación de las causas de los accidentes. Pero en la constatación de la culpabilidad el juez ha de partir de la experiencia de que el conductor está generalmente en condiciones de evitar sus fallos o su forma de conducir desaprobada por el Derecho. Sólo debe examinar la posibilidad de que por una vez, excepcionalmente, esto no sea así si existen indicios suficientes para ello. Si se trata de una posibilidad meramente teórica, que, dada su índole, no puede ser nunca esclarecida y comprobada, el juez no debe tomarla en consideración en el juicio de la culpabilidad. Wimmer establece esta exigencia no sólo para el Derecho penal del tráfico, sino para todo el Derecho penal, siempre que la profundización en el problema de la culpabilidad desemboque en interpretaciones o valoraciones que en la práctica, en el caso concreto, no puedan ser nunca comprobadas, rebatidas o demostradas. Cree, no obstante, que esta exigencia es más apremiante en el Derecho penal del tráfico, dado que los tribunales alemanes están agobiados por la gran cantidad de infracciones de esta índole que tienen que enjuiciar.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en Alemania, hasta la Ley de contravenciones de 24 de mayo de 1968 y la Ley de introducción a la Ley de las contravenciones, de la misma fecha, el Derecho penal del tráfico tenía una extensión mucho mayor que la que tiene en nuestro país. Comprendía no sólo los delitos culposos de resultado material incluidos en los tipos comunes del homicidio y lesiones corporales culposas y los delitos de peligro concreto del artículo 315 c (equivalentes al de conducción temeraria del número 2.º del artículo

---

(12) Véase, por ejemplo, respecto al problema del contenido de culpabilidad de la culpa y especialmente de la culpa inconsciente, WELZEL, *Fabrlässigkeit, und Verkehrsdelikte* Karlsruhe, 1961, pág. 20, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed. 1969, págs. 150 y ss. y 175-176, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, «Ariel», 1964, págs. 98-9; ARMIN KAUFMANN, *Das fabrlässige Delikt, Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1964, págs. 41 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, págs. 141 y ss., 156 y ss. y 223 y ss.; y VANNINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Florencia, 1948, págs. 111-3.

(13) Véase WIMMER, *Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern*, N. J. W. 1959, págs. 1753 y ss., especialmente 1757-8.

340 bis a de nuestro Código) y los de peligro abstracto de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes del artículo 316 del Código penal y el de conducir sin permiso [art. 24 —que después de las reformas operadas por la Ley de introducción a la Ley de las contravenciones ha pasado a ser el art. 21— de la Ley del tráfico (St.V.G.)], sino que constituían falta y en algún caso delito, todas las infracciones de la Ley del tráfico, del Reglamento de la circulación (St.V.O.) y del Reglamento de autorización para la circulación (St.V.Z.O.). Es decir, conductas que en nuestro país constituyen únicamente infracciones, de carácter administrativo, del Código de la circulación. Por las leyes mencionadas, las faltas y algunos delitos de tráfico regulados en la Ley del tráfico y en los Reglamentos de la circulación y de autorización para la circulación se han convertido en contravenciones (14).

En Suiza, donde el Derecho penal del tráfico tiene también una extensión extraordinaria, similar a la que tenía hasta hace poco en Alemania, Frey ha postulado una simplificación, aceleración y objetivación del proceso penal en las faltas de tráfico de peligro abstracto, reguladas en los artículos 90 a 100 de la Ley federal del tráfico de 19 de diciembre de 1958 (15). Se trata, por ejemplo, de la infracción de las reglas para llevar a cabo los adelantamientos, de las reglas que determinan la preferencia de paso, de la infracción de una limitación de velocidad y en general de toda infracción de las reglas de la circulación cometida al conducir un vehículo (lo que los norteamericanos llaman *moving violations*, y que se diferencian de las infracciones que se cometen al aparcar o estacionar un vehículo o que no tienen relación directa con la forma de conducirlo), sin que se cree un peligro concreto para la vida de las personas, su integridad o sus bienes. En estas infracciones de peligro abstracto, según Frey, la prueba del tipo subjetivo, es decir, del dolo o la culpa exigiría de la policía comprobaciones y averiguaciones que rebasan su capacidad y que absorberían gran parte del tiempo que precisa para vigilar el tráfico. Daría lugar, por otra parte, dada la complejidad y lentitud del proceso, a una demora de la imposición de la pena, perjudicial desde el punto de vista político-criminal. La experiencia de la vida enseña, sin embargo, que en el 99 por 100 de los casos estas infracciones de peligro abstracto se realizan dolosa o culposamente y de un modo antijurídico y culpable (16). La policía debe limitarse, pues, a comprobar el tipo objetivo, presumiendo la concurrencia del dolo o la culpa, así como la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta (17). Frey considera

---

(14) Véase, a este respecto, además de los textos legales pertinentes, MÜLLER, *Strassenverkehrsrecht*, I, 22 ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, págs. 5-6.

(15) Véase FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik. unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsstrafrechts*, págs. 327 y ss.

(16) Véase FREY, *ob. cit.*, págs. 321 y ss.

(17) FREY cree que ello es posible dentro del marco de la actual Ley del tráfico suiza mediante una simple inversión de la carga de la prueba. El juez, una

que hay que llegar a un tipo de proceso en que inmediatamente después de la comprobación de la infracción de tráfico por el agente de policía, éste imponga al infractor una pena, a reserva de la decisión del juez. Si el infractor no estuviera conforme con la pena impuesta por el agente de policía, podría recurrir al juez y alegar todas las razones que estime pertinentes para demostrar la inexistencia del tipo subjetivo o de la antijuricidad o culpabilidad de la conducta (18).

Este procedimiento exige naturalmente el establecimiento de unas penas fijas para cada infracción delictiva, independientes de las circunstancias concretas del hecho y de la personalidad del delincuente (19). Supone, por tanto, el abandono de la individualización en la medición de la pena y su sustitución por una generalización o esquematización de las sanciones penales. Para la realización concreta de estas propuestas se ofrecen, según Frey, dos sistemas: el de la advertencia con obligación de pagar una sanción pecuniaria, existente en Alemania Occidental, y el llamado sistema de tickets norteamericano (20). El primero, antes de la última reforma por la Ley de contravenciones de 24 de mayo de 1968 y la Ley de introducción a la Ley de contravenciones de la misma fecha, facultaba a los agentes de policía, cuando se tratase de faltas leves, a limitarse a hacer una advertencia al autor, exigiéndole además el pago de una sanción pecuniaria de uno a cinco marcos. Esto sólo era posible si el autor de la falta aceptaba la advertencia, una vez informado de su derecho a rechazarla y se avenía al pago inmediato de la sanción. Una vez hecho esto, la infracción no podía ser perseguida ya como falta (art. 22 de la Ley del tráfico, St.V.G., en su antigua redacción). Este sistema, según Frey, resulta más adecuado para las infracciones que se cometen cuando el vehículo no circula, por ejemplo, infracciones de las disposiciones que regulan los aparcamientos, por constituir la advertencia un acto administrativo concluyente.

Para las infracciones que se cometen cuando se conduce el vehículo (*moving violations*) es más recomendable, según Frey, una adaptación a las circunstancias de Suiza del sistema norteamericano de tickets (21). En éste, el agente de policía se limita a entregar al autor de una infracción de tráfico un ticket en el que se hace constar el objeto

---

vez comprobada la concurrencia del tipo objetivo, debe presumir la del tipo subjetivo, así como la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta mientras el acusado no pruebe lo contrario. A éste le queda, en todo caso, después de la condena, la posibilidad de exigir la intervención de la jurisdicción penal ordinaria, interponiendo recurso contra la sentencia (dictada por un juez de policía, es decir por un órgano de carácter administrativo). Véase FREY, *ob. cit.*, págs. 323 y 324.

(18) Véase FREY, *ob. cit.*, págs. 334-5.

(19) Véase FREY, *ob. cit.*, págs. 335-6 y 311 y ss.

(20) Véase FREY, *ob. cit.*, págs. 334-5.

(21) Sobre el sistema norteamericano de tickets, véase, también, BOKELMANN, *Umwandlung der Verkehrsübertretungen im Ordnungswidrigkeiten? Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo, 1967, págs. 183-4.

del reproche y la pena correspondiente. Esto es posible porque los tribunales establecen unas penas fijas para cada infracción delictiva, que suelen dar a conocer. Los tribunales aplican estas penas de un modo automático, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto o de la personalidad del delincuente, así como tampoco su situación económica. El acusado comparece luego ante el juez penal, y si se reconoce culpable y acepta la pena pecuniaria, se le comunica en el acto la sentencia, paga la multa y puede retirar su carnet de conducir, que había entregado al agente de policía para no tener que prestar una caución de su comparecencia ante el juez. El acusado puede no reconocer su culpabilidad, sin embargo, o reconocer su culpabilidad pero no aceptar la cuantía de la sanción. En este caso se le concede un auténtico proceso penal (trial), con interrogatorio de testigos, interrogatorio cruzado, etc. El juez no necesita atenerse entonces a la pena fija previamente establecida. Es decir, se lleva a cabo un examen de la culpabilidad y una individualización de la sanción penal. Queda, pues, garantizado el derecho del acusado a exigir un tratamiento individualizado.

Tiene una gran importancia en el sistema norteamericano de tickets la circunstancia de que se hace una anotación de la condena en el carnet de conducir, y de acuerdo con un sistema de puntos, cuando se ha alcanzado un cierto número de puntos negativos se le impone a su titular la privación temporal o definitiva del mismo.

Frey propone esta simplificación, aceleración y objetivación del procedimiento para enjuiciar las faltas de tráfico de peligro abstracto, por estimar que se trata de una exigencia de política criminal (22). Sólo así se puede hacer frente con éxito a la delincuencia masiva de tráfico. La pena ha de orientarse aquí sobre todo en el fin de la prevención general y especial por medio de la intimidación. Ha de adaptarse, por ello, al ciudadano medio, ha de ser relativamente indiferenciada y ser fácil y rápidamente aplicable. No es preciso que sea elevada, pero ha de ser rápida y segura. Con ello cree Frey que puede realizarse la tarea pedagógica y político criminal más urgente, que consiste en despertar en los ciudadanos la conciencia de la peligrosidad de la infracción de las reglas de tráfico.

La tesis de Frey me parece discutible, sin embargo. En realidad, el procedimiento que propone para el castigo de las faltas de tráfico que constituyen infracciones de peligro abstracto, implica, como él mismo reconoce, una vuelta a un Derecho penal en que la responsabilidad se determina por el resultado. Es decir, a un Derecho penal donde la gravedad de las sanciones se determina en función de la gravedad objetiva del hecho, sin atender a la medida de la culpabilidad, prescindiendo del examen de la personalidad del delincuente. Desde el punto de vista de la culpabilidad, implica una regresión a una especie de tipificación de la responsabilidad (el hecho mata al hombre).

---

(22) Véase FREY, *ob. cit.*, págs. 310 y ss.

parecida a la vigente en el Derecho penal germánico de la Edad Media. En éste se presumía la voluntariedad de los hechos que generalmente se realizaban de modo voluntario (23). La única diferencia estriba en que en el Derecho penal germánico de la Edad Media la presunción era irrefragable, no se entraba en ningún caso en el examen de la culpabilidad. En el sistema de tickets le queda, en cambio, al acusado la posibilidad de solicitar y obtener un proceso en el que se examine la culpabilidad y se lleve a cabo una individualización judicial de la pena. La pretendida eficacia del sistema se basa, sin embargo, en que la inmensa mayoría de los acusados no hagan uso de ese derecho (24). Por otra parte, la prevención general no puede reducirse a la intimidación. No puede olvidarse la función ético-social del Derecho penal. Sólo una pena justa puede contribuir a elevar la moral del tráfico, a despertar o aumentar en los ciudadanos la conciencia de la relevancia ético-social de las infracciones de tráfico.

El sistema de tickets se aplica, al parecer, con éxito en los Estados Unidos (25). Pero no hay que olvidar que la situación allí es muy diferente. No sólo la red de carreteras es mejor, sino que también es mucho más elevada la moral del tráfico (26). Y esto último, dice Bockelmann, no se debe a la eficacia del sistema de tickets, como pudiera creerse, sino a la actitud del norteamericano frente al Estado, la ley, los tribunales y la sociedad, que es la característica de la democracia en su sentido más originario y auténtico. Cada ciudadano se siente, como miembro del pueblo, titular del poder soberano, creador y parte integrante del Estado. «Para el norteamericano —dice Bockel-

(23) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed. 1969, págs. 9-10.

(24) Se han opuesto también a las tesis de WIMMER y FREY por ser contrarias al principio de culpabilidad, BAUMANN, *Schuldvermutung in Verkehrsstrafrecht?*, N. J. W. 1959, págs. 2293-4; y LANG-HINRICHSSEN, *Zur Krise des Schuldgedankens*, Z. Str. W. 73, 1961, págs. 233 y ss, en Alemania y entre nosotros, BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», págs. 50 y ss. (admite solamente el establecimiento de una presunción «iuris tantum» de la culpabilidad del autor); DEL ROSAL, *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación*, página 288; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, págs. 480 y ss. y 486.

(25) Véase a este respecto, FREY, ob. cit., págs. 311-2. El Consejo de Europa ha recomendado a los 18 Estados miembros la introducción de un procedimiento simplificado y rápido para enjuiciar las infracciones delictivas de tráfico de escasa gravedad. (Convención europea para la punición de los delitos de tráfico.) Se trata de aquellas infracciones de reglas del tráfico importantes que no van acompañadas de la producción de un daño o de la creación de un peligro concreto. En estos casos se debe invitar al infractor a pagar en seguida o en plazo breve una suma cuya cuantía deben fijar las leyes nacionales. Con ello debe quedar resuelto normalmente el asunto. El particular no debe poder recurrir una vez satisfecha la suma. Puede, no obstante, rechazar el pago y exigir un proceso ordinario. Véase, *Vereinfachtes Verfahren für geringfügige Verkehrsvergehen*, N.J.W. 1968, fasc. 47, pág. II.

(26) Véase, en este sentido, STRATENWERTH, *Grundfragen des Verkehrsstrafrechts*, *Basler Juristische Mitteilungen*, abril 1966, pág. 70; y BOCKELMANN, ob. cit., págs. 185 y ss.

mann—, el Estado es su Estado, el Presidente su Presidente, el Derecho su Derecho y el tribunal su tribunal, que él mismo ha establecido» (27).

Me parece, pues, que carece de justificación, al menos en nuestro país, la segregación de los delitos contra la seguridad del tráfico del cuerpo del Código. La segregación de Derechos penales especiales sólo debe hacerse cuando la especialidad está bien fundamentada, o cuando se trate de normas de carácter excepcional o transitorio, pues de lo contrario, como dice Quintano, se «acabaría por dar a traste con la codificación, colocándonos en una situación similar a la que nos hallábamos precisamente antes del siglo XIX» (28). En nuestro caso hemos visto cómo las razones aducidas en favor de la especialidad del Derecho penal del tráfico no eran convincentes. Por otra parte, no cabe duda de que las normas del Derecho penal del tráfico no tienen un carácter excepcional o transitorio.

b) *Naturaleza de estas infracciones delictivas.*

Un problema distinto es el de si lo injusto de todos o parte de los delitos de tráfico es realmente un injusto criminal o se trata de un simple ilícito administrativo.

Este problema no se plantea en los delitos dolosos o culposos de resultado material: en el homicidio y las lesiones corporales dolosas o culposas cometidas por medio de un vehículo de motor. Si se pusiera en duda su carácter delictivo, ello equivaldría, como ha señalado Bockelmann, a considerar que la conducción de un vehículo de motor constituye una causa de justificación, de exclusión de la culpabilidad o una excusa absolutoria (29).

Quintano Ripollés ha negado, sin embargo, entre nosotros, el carácter criminal de los delitos de peligro concreto y abstracto de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962. En su conferencia en el V Curso internacional de Derecho de la circulación, celebrado en Madrid en 1963, postuló su transformación de infracciones administrativas (30). En el tomo IV de su *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* mantiene el mismo criterio en relación con las nuevas figuras del Código penal (31).

En Alemania, Booss considera necesario renunciar a la exigencia de la culpabilidad en las infracciones de tráfico y conformarse con la

(27) BOCKELMANN, *ob. cit.*, págs. 186-7.

(28) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal común y especial de la circulación*, V Curso internacional de derecho de la circulación, Madrid, 1963, pág. 73; y *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, págs. 453 y 479-480.

(29) Véase BOCKELMANN, *Der Schuldgehalt des menschlichen Versagens im Strassenverkehr, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo, 1967, páginas 68-9.

(30) Véase *Derecho penal común y especial de la circulación*, V Curso internacional de Derecho de la circulación, Madrid, 1963, págs. 78 y ss.

(31) Véase págs. 482-3.

constatación de la infracción objetiva. Cree, sin embargo, que esto no es posible en el ámbito del Derecho penal, pues ello está en abierta contradicción con nuestra concepción del Derecho. Propone, por ello, transformar las faltas de tráfico en contravenciones. Es cierto que en la Ley alemana de las contravenciones se exige para su castigo que concurra el dolo o la culpa y la conciencia (real o posible) de la anti-juridicidad. Pero tratándose de una contravención —dice Booss— será más fácil «descuidar el lado subjetivo del hecho». Por otra parte, al ser sancionadas las contravenciones por funcionarios administrativos, será posible llegar a una esquematización de las sanciones pecuniarias; será posible renunciar al examen de la culpabilidad y a la individualización de la sanción. Booss cree incluso que no debe concederse al acusado en estos casos la posibilidad de elevar un recurso contra la resolución administrativa ante el juez penal y conseguir de este modo un tratamiento individualizado (32).

A las propuestas de Booss, en la medida en que apuntan a una objetivación de la responsabilidad penal, se pueden oponer las objeciones formuladas hace un momento a las tesis de Wimmer y Frey (32 a). Interesa ahora examinar, en cambio, hasta qué punto está justificada o es aconsejable desde el punto de vista dogmático o político-criminal la transformación de los delitos o faltas de tráfico en infracciones administrativas.

Interesa subrayar que la propuesta de Booss se refería únicamente a las faltas de tráfico que estaban reguladas en la Ley del tráfico (St.V.G.), el Reglamento de la circulación (St.V.O.) y el Reglamento de la autorización para la circulación (St.V.Z.O.) alemanes. No se trata de los delitos de peligro concreto del artículo 315 c (equivalentes al delito de conducción temeraria del núm. 2.º del artículo 340 bis a de nuestro Código), del artículo 315 b (equivalente a nuestro delito de creación de un riesgo grave para la seguridad de la circulación del artículo 340 bis b), ni de los de peligro abstracto del artículo 316 (conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes) o del artículo 21 de la Ley de tráfico (St.V.G.) (conducir sin permiso). Se trata, pues, de conductas que en nuestro país constituyen aún hoy simples infracciones administrativas castigadas en el Código de la circulación.

Por la Ley alemana de las contravenciones de 24 de mayo de 1968 y la Ley de introducción a la Ley de las contravenciones de la misma fecha, las antiguas faltas de tráfico se han transformado en contravenciones (art. 4.º Ley de introducción, que da nueva redacción, entre

(32) Véase, BOOSS, *Keine, Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht!*, N. J. W., 1960, fasc. 9, pág. 373.

(32 a) Véase, también, en contra de la tesis de Booss, por ser contraria al principio de culpabilidad, SCHMIDT-LEICHNER, *Verkehrsstrafrecht ohne Schuld-feststellung?*, N. J. W. 1960, fasc. 22, págs. 996-7. Recientemente se ha manifestado en contra de la esquematización del juicio de culpabilidad y de la medición de la sanción, MATTES, *Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, Z. Str. W. 1970, fasc. 1.º, págs. 38-9.

otros, a los arts. 23 y 24 de la Ley del tráfico). Esta reforma entró en vigor el 1 de enero de 1969. Las contravenciones están castigadas con una sanción pecuniaria (Busse) y en ciertos casos más graves (de infracción grave y reiterada de los deberes de conductor (art. 25 de la Ley del tráfico, en su nueva redacción) con la privación del permiso de conducir de uno a tres meses, que imponen las autoridades administrativas (en general, las de la policía). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que para el castigo de las contravenciones es preciso que concurra el dolo o la culpa y la conciencia, real o posible, de la antijuricidad (arts. 5.º y 6.º de la Ley de las contravenciones de 24 de mayo de 1968) y que cabe siempre un recurso al juez penal (art. 67 de la misma Ley). En los casos más leves, no obstante, los agentes de la policía pueden limitarse a formular una advertencia, acompañada de la obligación de satisfacer una sanción pecuniaria. Cuando por tratarse de contravenciones frecuentes y uniformes parezca indicado un tratamiento también uniforme, las autoridades administrativas deben determinar en qué casos y bajo qué condiciones debe formularse la advertencia y la cuantía de la sanción pecuniaria que se debe satisfacer. La formulación de una advertencia está excluida en principio en aquellas contravenciones que por su naturaleza pueden crear un peligro grave para las demás personas que participan en el tráfico o que tengan su origen en una conducta gravemente contraria a las reglas del tráfico o falta de toda consideración. En estos casos puede formularse también, sin embargo, una advertencia si por concurrir circunstancias muy especiales parece suficiente (art. 27 de la Ley del tráfico, en su nueva redacción) (33) (34).

---

(33) El Ministerio federal suizo de Justicia y Policía ha elaborado un Proyecto de Ley federal de sanciones pecuniarias en el tráfico, presentado por el Gobierno suizo a la Asamblea federal el día 14 de mayo de 1969. El Proyecto afecta únicamente a las infracciones de menor gravedad; no afecta a los delitos culposos de resultado material, ni a los delitos de peligro concreto y ni siquiera a las faltas de peligro abstracto en que dicho peligro sea elevado. El Proyecto de Ley evita los términos falta y pena, utilizando los de contravención y sanción y representa, por tanto, una administrativización de estas faltas transformándolas en contravenciones. Las sanciones pecuniarias inferiores a 20 francos suizos se impondrán por el agente de policía y se habrán de pagar en el acto, sin que quede constancia del nombre del infractor. Las sanciones superiores a 20 e inferiores a 100 francos suizos se impondrán así mismo por la policía tras un proceso muy breve y con un plazo de reflexión. En la imposición de las sanciones no se tendrán en cuenta las circunstancias personales ni la vida anterior del acusado. Se mantiene, sin embargo —con la importante restricción mencionada—, la exigencia de la culpabilidad. Cuando su inexistencia sea evidente, la policía no interviendrá o se limitará a formular una advertencia. En todo caso el acusado puede rechazar la sanción, quedando sometido entonces al proceso penal ordinario. El juez puede limitarse también en ese caso a imponer una sanción pecuniaria o puede imponer una pena. Véase PFISTER, A., «*Ordnungsbussen auf der Strasse*», «Schw. Z. f. Str. 1967»; fasc. 3.º, págs. 287 y ss. y la reseña legislativa de CLERC, en «Schw. Z. f. Str. 1969», fasc. 3.º, pág. 290.

(34) Por la Ley de 3 de mayo de 1967 (que entró en vigor el 1 de enero de 1968) se han convertido en infracciones administrativas gran parte de las faltas de tráfico en Italia. Según el art. 1.º de dicha Ley: «No constituyen delito y



Esta reforma da cumplimiento en gran parte a las propuestas de Booss al transformar en contravenciones las faltas de tráfico, renunciar en las más leves a la exigencia de la culpabilidad y establecer para ellas una sanción pecuniaria fija. No obstante, en las faltas más graves se mantiene la exigencia de la culpabilidad y de la individualización de la sanción (34 a). Cabe, además, recurrir al juez penal contra las resoluciones dictadas por la autoridad administrativa en el injuiciamiento de las contravenciones.

Por lo que respecta a nuestro Derecho me parece que no puede ponerse en duda el carácter criminal de lo injusto de los delitos de peligro concreto regulados en el artículo 340 bis a, núm. 2.º («El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto

están sujetas a la sanción administrativa del pago de una cantidad, las violaciones de las normas que a continuación se indican, cuando en ellas está prevista únicamente una multa (ammenda): a) normas del texto único sobre la circulación, aprobado por Decreto del Presidente de la República el 15 de junio de 1959, número 393, salvo lo que se dispone en el art. 16; b) normas del texto único aprobado por Real Decreto de 8 de diciembre de 1933, núm. 1.740, en las partes que todavía están en vigor; c) normas de la Ley de 20 de junio de 1935, número 1.349, sobre los servicios de transporte de mercancías por medio de vehículos de motor; d) normas de los reglamentos municipales y provinciales». En el artículo 2.º se dispone que la cuantía de la sanción será la misma que se establece para la multa en las disposiciones citadas. Entre las infracciones afectadas por la administrativización destaca Nuvolone: «a) todas las infracciones de las normas sobre la velocidad, con excepción de aquella que prohíbe la conducción a una velocidad superior en 5 Km/hora, a la establecida como límite en los lugares habitados (arts. 102 y 103 del Codice della strada); b) casi todas las infracciones que consisten en circular por mano contraria o prohibida (art. 104); c) algunas normas sobre la preferencia de paso, por ejemplo, las establecidas en los párrafos 1.º y 2.º del art. 105; d) las normas relativas al mantenimiento de la debida distancia entre los vehículos (art. 107); e) casi todas las normas sobre el uso de señales visuales (art. 110); f) las normas sobre el cambio de dirección o banda (artículo 111), y g) las normas sobre el uso de señales acústicas (art. 113). Las sanciones son impuestas por los agentes de policía (en caso de pago en breve plazo, con reducción), por el prefecto, el alcalde o el presidente de las Juntas provinciales. Contra las órdenes de pago, motivadas, del prefecto, el alcalde o el presidente de la Junta provincial cabe el recurso ante el juez de paz, es decir ante un órgano de la jurisdicción penal ordinaria. Véase el texto de la Ley, en «La Scuola Positiva», 1967, fasc. 2.º, págs. 322 y ss. y el artículo de NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, «Riv. it. Dir. e proc. penale», 1968, fasc. 1.º, págs. 60 y ss. (que tacha de inconstitucional la imposición de penas, en sentido material, por los órganos de la Administración pública y señala la presencia de infracciones de suma gravedad y peligrosidad entre aquellas que han sido convertidas en infracciones administrativas, como la de no señalar el cambio de dirección y el adelantamiento en curva que debía constituir, a su juicio, delito y no sólo falta penal). Para un conocimiento más detallado de esta Ley, véase, LAGOSTENA BASSI, AUGUSTA y RUBINI, Lucio, *La Depenalizzazione. Commento teorico-pratico della legge 3 maggio 1967 n. 317 e delle singole norme depenalizzate* («Codice della Strada - Regolamenti Comunali e Provinciali»), Milán, Giuffré, 2.ª ed. 1969.

(34 a) H. MATTES observa, sin embargo, que con la introducción en la práctica de catálogos o tablas de sanciones pecuniarias fijas (Bussgeldkataloge) se consigue la objetivación de la responsabilidad. Véase MATTES, *Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, Z. Str. W. 1970, fasc. 1.º, págs. 37-8.

peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes»), y en el artículo 340 bis b («el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1.<sup>a</sup> Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización o por cualquier otro medio. 2.<sup>a</sup> No restableciendo la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo»).

No creo que pueda estimarse que estas conductas sean irrelevantes desde el punto de vista ético-social o que su relevancia sea escasa y que la imposición de la pena no implique un reproche ético (35).

La gravedad y la frecuencia de los accidentes han producido una transformación de las concepciones o valoraciones ético-sociales en esta materia. Síntoma de este cambio es, por ejemplo, la carta pastoral de los obispos franceses de Tolón y Aix en Provence, hace ya algunos años, en que recordaban a sus fieles que faltar a las reglas de tráfico es pecado. Señalaban, incluso, que en las infracciones de tráfico están implicados varios pecados capitales (soberbia, ira, envidia y hasta la gula) (36). Pero ya antes, en 1959, en el libro titulado «Il peccato», elaborado por destacados teólogos morales católicos, se dedicaba un capítulo entero al estudio del peccato della strada. En él se afirmaba la existencia, en sentido religioso y católico, de una ética del tráfico y que el creyente que violara los principios éticos y las reglas del tráfico debería responder de ello ante Dios (37). Entre nosotros, el P. Beristain considera también que los delitos de tráfico tienen una dimensión ética y cree, además, que el Derecho penal debe influir en este punto en las valoraciones sociales (38).

No cabe duda de que en el tráfico como en otras muchas actividades el progreso técnico ha sido mucho más rápido que el desarrollo y adaptación de los principios de la ética tradicional a las nuevas posibilidades que se le han abierto al hombre de hacer el mal (39). El desarrollo de la ética del tráfico tiene, por ello, una importancia primordial y el Derecho penal, dada su función ético-social, puede prestar una ayuda muy valiosa en la formación y consolidación de los juicios y valoraciones ético-sociales de los ciudadanos (39). Es preciso despertar en todas

(35) De otra opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal común y especial de la circulación*, V *Curso internacional de Derecho de la circulación*, págs. 78 y ss. y *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, págs. 482-3.

(36) Crónica de Josefina CARABIAS, publicada en el «Ya» de Madrid, el 27 de abril de 1965.

(37) Véase, A. BELLOCCHI, *Etica della disciplina stradale*, V *Curso internacional de Derecho de la circulación*, págs. 164-5.

(38) *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1963, pág. 55. En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO, *El peligro como elemento rector de los delitos de tráfico*, V *Curso internacional de Derecho de la circulación*, pág. 66 y Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3-1967, de 8 de abril, «Revista de Derecho de la circulación», mayo-junio de 1967, págs. 228-9.

(39) Véase, en este sentido, STRATENWERTH, *Grundfragen des Verkehrsstrafrechts*, separata de «Basler Juristische Mitteilungen», abril, 1966, págs. 58-9.

las personas que participan en el tráfico, conductores o peatones, la conciencia de la relevancia ético-social de las infracciones de tráfico. Sería conveniente, por ello, que nuestros tribunales hicieran una más frecuente aplicación de estas figuras de peligro concreto (40).

La exclusión de los delitos de peligro concreto mencionados del ámbito del Derecho penal y su transformación en simples infracciones administrativas, como ha propuesto Quintano, sería contraproducente para el cumplimiento de la función ético-social del Derecho penal. La infracción de las reglas de tráfico que diese lugar a la creación de un peligro concreto para la vida de las personas, su integridad o sus bienes, sólo daría lugar a responsabilidad penal cuando se produjera un accidente con resultado de muerte, lesiones o daños. El que de una conducta peligrosa se derive o no un resultado lesivo depende, sin embargo, casi siempre del azar. No es posible imaginar nada más corruptor para la moral del tráfico que afirmar que la infracción de las reglas de tráfico carece de importancia, constituye una simple infracción administrativa y que sea solamente el azar el que determine una posible responsabilidad penal (41). La pena no sería ya expresión de un reproche ético-social, sino confirmación de la mala suerte del conductor. Para que el Derecho penal del tráfico pueda cumplir su función ético-social es preciso reducir en la mayor medida posible la influencia del azar en la determinación de la responsabilidad penal. Por esta razón se ha insertado entre las infracciones puramente administrativas (reguladas en el Código de la circulación) y los delitos culposos de resultado material, los delitos de peligro concreto: aquellas conductas que infringen las reglas de tráfico y crean peligro concreto para la vida, la integridad corporal o los bienes de las personas y aquellas conductas que, en expresión de Conde-Pumpido, crean «desde fuera» un grave riesgo para la circulación (42).

---

(40) La escasa aplicación de la figura delictiva de conducción con temeridad manifiesta del núm. 2.º del art. 340 bis a (del párrafo 1.º del art. 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962 y del delito de conducción a velocidad excesiva o de otro modo peligroso para el público, del art. 2.º de la Ley de 9 de mayo de 1950) ha sido señalada por QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, pág. 534; y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de uso y circulación de vehículos a motor (Estudio de los supuestos del Código penal que castigan las infracciones relacionadas con el uso de vehículos automóviles)*, «Rta. Gen. de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto 1968, págs. 38-9.

(41) Véase, en este sentido, BOCKELMANN, *Der Schuldgehalt des menschlichen Versagens im Strassenverkehr*, pág. 82 y *Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, pág. 190.

(42) La influencia del azar queda con ello reducida, pero no excluida, por supuesto, pues la producción del resultado puede dar lugar a la aplicación de una pena mayor y la creación del peligro concreto puede depender, como veremos, exclusivamente del azar. La influencia de éste en la responsabilidad penal en los delitos culposos (especialmente cuando no se castigan con pena las conductas imprudentes sin resultado) y en los dolosos (en que la producción del resultado depende a veces en gran medida del azar) ha sido subrayada por varios autores. Véase, por

Por otra parte, creo que no puede negarse la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general en el ámbito del Derecho penal del tráfico, como hace Quintano (43), con el argumento de que aún son mayores los males que amenazan al conductor en caso de que se produzca un accidente como consecuencia de su conducta imprudente. Con el mismo argumento y con mayor fuerza podría negarse la eficacia de la sanción administrativa, cuya aplicación propugna Quintano en lugar de las sanciones penales. Es verdad que la aplicación de la sanción administrativa es más rápida y segura, pero su desproporción con los resultados de muerte o lesión es todavía mayor. Pero es que, además, el argumento carece de fuerza, pues si el delincuente confía en que el delito quede impune, por no ser descubierto o ser absuelto en el proceso por falta de pruebas, más confía aún, cuando realiza la acción imprudente, en que no se produzca el resultado. Quintano presta sólo atención, además, a la intimidación, pero olvida la función ético-social del Derecho penal. La muerte o las lesiones corporales en un accidente no son, como la imposición de la pena, expresión de un juicio de reproche ético-social.

Parece, pues, indudable que los delitos de peligro concreto deben mantenerse dentro de la órbita del Derecho penal. ¿Cabe afirmar lo mismo de los delitos de peligro abstracto del núm. 1.º del artículo 340 bis a («El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes»), y del artículo 340 bis c («el que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso»)? En cuanto al primero, no cabe duda de la relevancia ético-social de la conducta del que conduce un vehículo de motor estando disminuida su capacidad de hacerlo con seguridad por haber ingerido bebidas alcohólicas o encontrarse bajo los efectos de una droga. La conciencia de la inmoralidad de estas conductas se ha extendido ya considerablemente en nuestra sociedad. Su punición aparece, además, aconsejable por razones de política criminal. Es cierto que el número de accidentes debidos a esta causa no es lo elevado que cabía suponer, si nos atenemos a la Estadística de Accidentes que publica la Jefatura Central de Tráfico (en 1965

---

ejemplo, RADBRUCH, *Vergl. Darst. Bes. Teil*, V, págs. 201-2; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* 11 ed., págs. 135-6; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, págs. 140 y ss.; KAUFMANN, Armin, *Das fahrlässige Delikt, Sonderabdruck aus der Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1964, Viena, págs. 41 y ss.; BAUMANN, *Probleme der Fahrlässigkeit bei Strassenverkehrsunfällen*, en «Kriminalbiologische Gegenwartsfragen», fasc. 4, Stuttgart, 1960, págs. 104-5; y mi artículo, *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, «Z. Str. W.», tomo 71, 1959, fasc. 1.º, pág. 53 (publicado también en castellano en el «Anuario de D.º Penal y C. penales 1959», fasc. 3.º, pág. 569), así como los autores citados en estos trabajos.

(43) Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal común y especial de la circulación*, pág. 79 y *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, páginas 452 y 481-2.

el 1,25 por 100 del total de accidentes con víctimas y en 1966, 1967, 1968 y 1969 el 6,96, el 6,31, el 6,54 y el 6,66 por 100, respectivamente, de los accidentes con víctimas debidos a factores humanos, categoría en la que se incluye el estado físico del conductor y las infracciones al Código de la circulación). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que los responsables de los accidentes suelen negarse a que les hagan pruebas alcohométricas, y éstas sólo se llevan a efecto a veces por mandato expreso del juez, cuando han transcurrido ya varias horas y ha descendido considerablemente la cantidad de alcohol en sangre (44).

El conducir un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso es para Quintano el caso más claro de ilícito administrativo elevado artificialmente a la categoría de delito. Según él no se trata siquiera de un delito de peligro abstracto (45). Esto no es cierto, sin embargo, (46). El conducir un vehículo de motor por una vía pública sin haber obtenido el correspondiente permiso es una conducta que generalmente entraña un peligro para la vida, la integridad corporal o los bienes de las personas que participan en el tráfico. Generalmente el que no ha obtenido el permiso carece de la pericia necesaria para conducir un vehículo de motor. Y el conducir un vehículo de motor sin poseer la pericia necesaria para ello no puede decirse que sea una conducta irrelevante desde el punto de vista de la ética social. No creo que se trate, pues, de un delito de simple desobediencia (47). Es cierto que pueden darse algunos casos en que una persona posea la pericia necesaria sin haber obtenido el permiso de conducir, pero estos casos no son muy frecuentes.

En la última reforma de 1967, una enmienda encabezada por Vizcaíno Márquez proponía convertir esta infracción en un delito de peligro concreto exigiendo que de la conducción sin permiso se derivara un

---

(44) Aunque los límites de tolerancia del alcohol sean muy diversos en las diferentes personas y los métodos alcohométricos no sean tampoco siempre absolutamente seguros, su utilización es imprescindible y creo que debería establecerse en España el examen alcohométrico obligatorio. En el art. 785, regla 8.ª, letra e, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prevé ahora únicamente que el juez puede disponer: «Cuando lo considere necesario que por el Médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que en un plazo no superior a cinco días enviará el resultado.»

(45) Véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, IV, págs. 540 y 542-3. Se manifiesta también partidario de convertir este delito en simple infracción administrativa, DÍAZ VALCÁRCCEL, *Aspectos sustantivos del Proyecto de ley del automóvil*, Revista Jurídica de Cataluña 1962, págs. 735-6.

(46) Véase también en este sentido DEL ROSAL, *Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación* (Ley de 8 de abril de 1967), pág. 29.

(47) Como estima QUINTANO, *lug. cit.* en la nota 45, y CONDE-PUMPIDO, *Las modificaciones...*, págs. 242 y 244, y ya antes en *La evolución de la doctrina en torno a los delitos formales de la circulación*. Estudios Penales, homenaje al R. P. Julián Pereda, Universidad de Deusto. Bilbao, 1965, págs. 187 y ss., especialmente 191 y ss.

«peligro para las personas o las cosas» (48). Esto excluiría algunos casos de menor gravedad, pero implicaría una restricción excesiva del ámbito de la punibilidad. Quedarían impunes los que careciendo de permiso condujeran un vehículo de motor sin la pericia necesaria cuando no se hubiera derivado un peligro concreto para la vida, la integridad corporal o los bienes.

No me parece, pues, justa ni político-criminalmente oportuna una restricción del ámbito de la punibilidad en nuestro Derecho penal del tráfico. Creo que hay que estudiar, en cambio, la posibilidad de inculpar otras infracciones de peligro abstracto. Se trata de las infracciones del Código de la Circulación que se cometen cuando se conduce el vehículo (las que llaman los anglosajones *moving violations*), cuando, según la estadística de accidentes, tengan gran importancia en la causación de los mismos.

En primer lugar, hay que subrayar la extraordinaria importancia que tienen las infracciones del Código de la circulación en la causación de los accidentes más graves; es decir, de los accidentes con víctimas. Según la Estadística de accidentes de la Jefatura Central de Tráfico, el 76,32 por 100 de los accidentes con víctimas, en carretera, en 1966 se debían a la infracción de las reglas de la circulación. En 1967 el porcentaje se elevó al 79,46 por 100, en 1968 al 80,92 por 100 y en 1969 al 82,59 por 100.

Se trata de examinar la conveniencia de castigar como falta, en el Libro III del Código penal, conductas como el conducir a velocidad excesiva (exista o no una limitación absoluta, expresa), no circular por la derecha en las curvas sin visibilidad o cambios de rasante, adelantarse antirreglamentariamente (cuando viene un vehículo en dirección contraria, en una curva sin visibilidad, en un cambio de rasante), girar incorrectamente y el no respetar la preferencia de paso, cuando no resultare un peligro concreto para la vida, la integridad corporal o los bienes.

Según la estadística de accidentes de la Jefatura Central de Tráfico, en 1969 de los accidentes con víctimas en carretera, debidos a factores humanos (estado físico del conductor o infracción de las reglas del Código de la Circulación), el 33,67 por 100 se había producido por circular a velocidad peligrosa, el 8,63 por 100 por adelantarse antirreglamentariamente, el 5,70 por 100 por circular por mano contraria o prohibida, el 7,05 por 100 por girar incorrectamente y el 3,42 por 100 por no respetar la prioridad de la derecha. No cabe duda, pues, de la influencia considerable de estas infracciones de las reglas del Código de la Circulación en la producción de accidentes (y en la estadística se recogen sólo los accidentes con víctimas en carretera).

Me parece indudable también la relevancia ético-social de estas

---

(48) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Parte Especial, tercera ed. 1969, págs. 888-9, nota 11.

conductas (49). Por otra parte, el que estas infracciones sean de carácter administrativo o constituyan el delito de conducción temeraria depende en muchas ocasiones exclusivamente del azar; de que al cortar en un coche una curva sin visibilidad o al adelantarse un coche a otro en un cambio de rasante, venga o no un vehículo en dirección contraria y haya entrado o esté próximo a entrar en la curva o en el cambio de rasante. Si es así, se dará el peligro concreto para la vida, la integridad corporal o los bienes y la conducta constituirá delito. Si no es así, la misma conducta será una simple infracción administrativa.

Estas infracciones de las reglas de tráfico suelen ser dolosas y el sujeto actúa casi siempre con la conciencia de la antijuricidad, con conciencia de la infracción de las reglas de la circulación. Se trata de una rebelión consciente contra las normas jurídicas (50).

El problema es, sin embargo, más complejo de lo que a primera vista parece. En primer lugar, la persecución penal de estas infracciones exigiría una multiplicación de la actividad y de los efectivos de la policía de tráfico (Guardia Civil o Policía urbana) para que el número de infracciones perseguidas representase un porcentaje aceptable de las realmente cometidas; para que la zona oscura no fuese excesivamente grande. De lo contrario, el azar, expulsado por la puerta, volvería a entrar por la ventana. Si el porcentaje de infracciones perseguidas fuera mínimo el conductor al que se aplicara una pena la consideraría más bien como una desgracia que como expresión de un reproche ético-social. En segundo lugar, si se consiguiera que la persecución penal fuera eficaz, como se cometen a diario miles de estas infracciones, se vería desbordada la capacidad de trabajo de los tribunales, lo cual exigiría probablemente una reorganización de los mismos con los consiguientes gastos.

Otro problema que se plantea es el de la diversa gravedad de estas conductas en el caso concreto. El que quebranta una limitación de velocidad al atravesar un pueblo a altas horas de la madrugada o el que circula por el centro de la calzada en un cambio de rasante de una carretera prácticamente desierta, realiza una conducta de menor gravedad que si lo hace de día o en una carretera de mucho tránsito. El que quebranta una limitación de velocidad de 50 kilómetros por hora yendo a 60 realiza una conducta de menor gravedad que si lo

---

(49) Véase en este sentido BOCKELMANN, *Möglichkeiten und Grenzen der Zivilisierung des Verkehrs durch das Mittel der Strafe, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo, 1967, pág. 128, y STRATENWERTH, en *Bericht über das Kolloquium «Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten»*, por G. Fischer, Z. Str. W. 1970, fasc. 1.º, pág. 111.

(50) Véase en este sentido BOCKELMANN, *Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, lug. cit., pág. 190; *Möglichkeiten und Grenzen der Zivilisierung des Verkehrs durch das Mittel der Strafe*, lug. cit., pág. 129; *Der Schuldgehalt des menschlichen Versagens im Strassenverkehr*, lug. cit., páginas 77 y ss.

hace a 90. Sería necesario, por ello, en caso de que se considerara conveniente la incriminación de estas conductas, redactar los tipos de las faltas con una gran concreción de modo que quedaran comprendidos en ellos exclusivamente los casos más graves (51).

Es éste un problema de política criminal de primera magnitud que es preciso estudiar a fondo y que me limito aquí a apuntar.

Si no se estima pertinente la punición de estas conductas sí sería conveniente, al menos, una aplicación estricta de las sanciones administrativas del Código de la Circulación. Ello contribuiría también eficazmente a la seguridad y a la elevación de la moral del tráfico. Es preciso, sobre todo, que se aplique efectivamente la sanción de suspensión del permiso de conducir, de uno a tres meses, prevista en el artículo 289 del Código de la circulación, en la redacción que recibió por el Decreto de 26 de diciembre de 1968, publicado en el «B. O. del Estado» de 16 de enero de 1969. Su posible aplicación está prevista en todos los casos que mencionábamos de moving violations, que según la estadística tienen gran importancia en la causación de los accidentes más graves (velocidad excesiva, artículo 18; infracción de las reglas de adelantamiento, artículo 30; no circular por la derecha en cambios de rasante o curvas de visibilidad reducida, párrafo 3.º del artículo 21; girar incorrectamente, artículo 25, apartado a; falta de respeto a la preferencia de paso, artículo 25, letras d y e, y artículo 40; todos ellos en relación con el artículo 289). En general es de esperar que el nuevo procedimiento sancionador previsto en el capítulo XVII (arts. 276 y ss.) del Código de la Circulación resulte eficaz en la práctica (52), pues la situación hasta la última reforma era verdaderamente lamentable en cuanto a la circulación urbana se refiere. En carretera la introducción de la Guardia Civil de Tráfico supuso una mejoría considerable. Para ello es necesario, sin embargo, que se dicten cuanto antes las normas oportunas para que puedan ejecutarse las multas por vía judicial (53). No hay nada más grave para la moral del tráfico que la conciencia, confirmada por la experiencia reiterada, de que las

---

(51) Véase en este sentido BOCKELMANN, *Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, lug. cit., págs. 188-9. LACKNER cree, en cambio, que esto no es posible y considera que el peligro concreto debe marcar en este punto el límite entre el delito y la contravención; véase *Bericht über das Kolloquium «Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten»*, por G. Fischer, Z. Str. W. 1970, fasc. 1.º, pág. 112.

(52) Véase AGUNDEZ, Antonio, *El procedimiento sancionador del Código de la circulación según las modificaciones del Decreto de 26 de diciembre de 1968*, «Rev. der. de la circulación», mayo-junio 1969, págs. 209 y ss.

(53) En la disposición transitoria tercera del Decreto de 26 de diciembre de 1968 se dispone que: «La ejecución de las multas impuestas en materia de circulación por los alcaldes que actualmente vienen utilizando para ello el procedimiento de apremio administrativo seguirá realizándose exclusivamente por esta vía hasta que se dicten las disposiciones oportunas para la utilización de la judicial prevista en el procedimiento sancionador del capítulo XVII.» Véase la corrección de errores del Decreto de 26 de diciembre de 1968 publicada en el «Boletín Oficial del Estado». de 1 de febrero de 1969.



multas de tráfico en las zonas urbanas no se pagan. Esto contribuye a reforzar la creencia equivocada de que las infracciones de las reglas de tráfico carecen de importancia, y que en caso de que de las mismas se derive un peligro concreto para la vida, la integridad o los bienes o un resultado lesivo, se tratará en todo caso de un delito leve, de un delito de caballeros. El principal objetivo de la política criminal en el tráfico motorizado consiste precisamente en desterrar esta creencia equivocada y en despertar la conciencia de la relevancia ético-social y de la grave trascendencia de las infracciones de tráfico.

Me parece un acierto la introducción en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, de 4 de agosto de 1970, de la medida de seguridad de privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo por tiempo no inferior a un mes ni superior a dos años (séptima del art. 5.º). Esta medida de seguridad puede aplicarse a los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa (art. 2.º, apartado decimotercero, y art. 6.º, apartado noveno). Es preciso distinguir claramente esta medida de seguridad de la *sanción* administrativa de suspensión del permiso de conducir de uno a tres meses y de la *pena* de la privación del permiso de conducir (art. 27 del Código penal). La medida de seguridad está en función no de la gravedad de la infracción administrativa o penal, sino de la peligrosidad del sujeto, en este caso, de la probabilidad mayor o menor de que vuelva a cometer infracciones graves del Código de la Circulación al conducir un vehículo de motor. En este sentido, restrictivo habrá que interpretar el término impreciso de «peligrosidad social» (53 a).

Es evidente que tiene también una gran importancia la labor preventiva que puede desarrollar el Estado mediante la mejora y ampliación de la red de carreteras, así como mediante una mejor señalización, pero por grandes que sean los avances en este sentido, siempre serán limitados, dada la escasez de medios económicos, en proporción con el crecimiento del parque automovilístico. La lucha contra los ac-

---

(53 a) Esta medida de seguridad puede aplicarse también a los ebrios habituales y toxicomanos; a los que con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas; a los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto o actividad de aquéllas, evidente predisposición delictiva; a los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello; a los que por su trato asiduo con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren, por la reiterada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas, revelen inclinación delictiva y a los declarados peligrosos por haber sido condenados por tres o más delitos y sea presumible la habitualidad criminal (art. 6.º, apartado 5.º c; 7.º, último párrafo; 8.º b); 11 c) y 13 b)). Esta medida de seguridad tendrá en unos casos carácter administrativo, por ir referida a un estado peligroso predelictual y en otros penal, por haberse revelado la peligrosidad a través de la comisión de un delito.

cidentes no ha de centrarse, por ello, en las mejoras técnicas, por importantes que éstas sean, sino en la elevación de la moral del tráfico.

Muy importante es también el cuidado y la seriedad en la formación y selección de los conductores. En este punto se han hecho ya bastantes progresos al pasar a depender los exámenes de las Jefaturas (Provinciales y Central) de Tráfico. Es de alabar también la reforma introducida por la Orden de 4 de febrero de 1969 en los exámenes para obtener el permiso de conducir, exigiendo un nuevo ejercicio práctico de circulación en circuito abierto al tráfico (arts. 1.º, 16 y ss.), que hace tiempo se exige ya en otros países (54). Al mismo fin de garantizar una mejor preparación de los futuros conductores, tiene el nuevo Reglamento, aprobado por la Orden de 29 de marzo de 1969, para la autorización y funcionamiento de las escuelas particulares de conductores de vehículos de tracción mecánica.

Por la Orden de 5 de febrero de 1969 se han fijado de nuevo, con un sentido de mayor rigor, las enfermedades y defectos físicos o psicofísicos que impiden la obtención de la licencia o permisos de conducir. Para la obtención de licencia o permisos de las clases A-uno, A-dos y B, el certificado de aptitud tiene que ser expedido por un médico con ejercicio profesional en la localidad de residencia habitual del solicitante o por la Jefatura Provincial de Sanidad. Para la obtención de permisos de las clases C, D y E, ha de ser expedido por el Instituto de Psicología Aplicada y Psicotecnia de la provincia en que el permiso se solicite. Es necesario, sin embargo, que la extensión de los certificados no se haga de un modo rutinario, sin previo reconocimiento, como sucedía hasta ahora muchas veces con los expedidos por los médicos. En los artículos 3.º y 6.º de la Orden citada se indica expresamente que las enfermedades y defectos que impiden la obtención de la licencia o permisos de conducir «deberán ser investigados en el reconocimiento previo a la expedición del certificado de aptitud».

Hay que partir de la idea, como dicen Frey y Welzel, de que conducir un vehículo de motor es una actividad tan peligrosa o más que muchas industrias en las cuales, para el manejo de las máquinas o he-

---

(54) Esta prueba se desarrollará en «un recorrido previamente seleccionado, de uno a tres kilómetros, en vías abiertas a la circulación ordinaria. Tal recorrido debe comprender tramos rectos, curvas a derecha e izquierda, intersecciones de diversos tipos y desniveles y en algunos de sus tramos, permitir desarrollar una velocidad de 50 kilómetros hora, al menos» (art. 17). «Para realizar esta prueba al doble mando del vehículo deberá ir el instructor o persona legalmente habilitada para conducir el vehículo de que se trate, que cuidará de la seguridad de la circulación. El examinador se situará en un asiento posterior o lateral, según el tipo de vehículo automóvil» (párrafo 1.º, art. 18). El instructor no deberá intervenir en el desarrollo de la prueba ni accionar los mandos del vehículo, salvo en caso de emergencia. Cualquier intervención suya, aun en caso de emergencia, determinará la suspensión de la prueba y la descalificación del aspirante (párrafo 3.º, art. 18).

rramientas se exigen unas condiciones muy especiales y un adiestramiento muy concienzudo (55).

Es preciso concentrar los esfuerzos para lograr una disminución del número de accidentes. En el año 1969 el número total de accidentes con víctimas, en carretera y zona urbana, fue de 54.897, con 3.951 muertos y 80.612 heridos. Los esfuerzos realizados hasta ahora no han sido baldíos, pues aunque las cifras absolutas de accidentes con víctimas en carretera han seguido aumentando, la tendencia relativa, en atención al número de vehículos y de kilómetros recorridos, ha sido decreciente. La tasa de accidentes con víctimas en carretera por 10<sup>8</sup> Vh/km/año fue en 1964 de 113,96, en 1965 110,13, en 1966 103,80, en 1967 94,31, en 1968 87,88 y en 1969 81,01.

---

(55) Véase FREY, *ob. cit.*, págs. 279-280 y WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, pág. 6.



# Motivo y ocasión en el robo con homicidio

ANGEL TORIO

Profesor Agregado de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

1. En el estudio del robo con homicidio, la doctrina española ha insistido con preferencia en el problema de culpabilidad. Mientras una dirección y la jurisprudencia dominante contemplan en la figura un supuesto de responsabilidad por el resultado, exige otro sector que el homicidio se produzca dolosa o, al menos, imprudentemente, a fin de someter el comportamiento del autor al régimen de la culpabilidad que se desprende del sistema del Código. Es particularmente ilustrativa del primer punto de vista la posición de Cuello Calón, en la que se dan cita diversas fórmulas objetivadoras acuñadas por la jurisprudencia a lo largo de su evolución: el homicidio no es preciso que se cometa como medio de ejecución del robo, ni que el culpable tenga intención de matar...; el delito existe aunque no concurra ánimo homicida, incluso si la muerte sobreviene por mero accidente..., siempre que se produzca con motivo o con ocasión del robo..., resultando indiferente que sea anterior, coetáneo o posterior a éste (1). Modernamente, la consideración del delito como un caso de responsabilidad por el resultado ha sido patrocinada en un importante trabajo por Gimbernat Ordeig, en el que se advierte que la doctrina suele resistirse a tal consideración con base en un principio (el de la culpabilidad), que si bien es una urgente necesidad *de lege ferenda*, no ha sido uno de los inspiradores de nuestro legislador (2).

En contraste con esta concepción, la dirección opuesta destaca que el robo con homicidio aparece sometido a las exigencias generales del código en materia de culpabilidad. La consecuencia más importante que se desprende de esta posición radica en que la producción fortuita de la muerte no puede subsumirse en el número primero del artículo 501, una determinación a la que no es posible atribuir más que un significado negativo, por muy relevante que sea, mientras que positivamente se sostienen puntos de vista que carecen de unidad. Así, se afirma que, constituyendo el caso fortuito el límite mínimo del delito,

(1) Vid. *Derecho Penal*, p. esp., t. II, v. II, 12.<sup>a</sup> ed., 1964, pág. 789.

(2) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 176 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. gen., 1949, pág. 230, concede también que se trata de un delito calificado por el resultado, según la interpretación jurisprudencial. no siempre sostenida.

el homicidio ha de ser causado dolosa o, al menos, imprudentemente, con lo que se equiparan valorativamente, y en contraposición con el sistema del código, la forma más grave y la más leve de culpabilidad, bien que mitigando las exasperaciones del «versari» (3). Finalmente, según otra opinión la figura desplaza no sólo las consecuencias fortuitas de la violencia, o de la intimidación, desplegadas por el autor, sino los efectos imprudentes del comportamiento, puesto que el legislador ha contemplado «una estructura jurídica de dolo» (4).

El cuadro teórico en que se han desenvuelto los problemas es suficientemente conocido, lo que dispensa de proporcionar más detalles al respecto. La profundidad de la argumentación desplegada para encontrarlos solución, a la que se puede calificar de excepcional, hace pensar que el antagonismo existente entre tales tendencias es difícilmente reductible. A partir de las contribuciones de Rodríguez Devesa, objeto de perfeccionamientos sucesivos, de Del Rosal, Cobo, Rodríguez Mourullo y Castro, de Quintano y de Gimbernat Ordeig, cuya línea argumental y metódica implica, sin duda, una nueva perspectiva, las tradicionales contraposiciones interpretativas se han agudizado hasta tal punto que parece difícil su reducción permaneciendo en la línea metódica que ha favorecido su aparición.

Si se repara en el estilo de ambas líneas de pensamiento, es fácil observar que la investigación ha operado sobre la base de determinadas características lingüísticas de la figura y desde postulados dogmáticos pertenecientes a la teoría de la culpabilidad. «Es dudoso, expone Rodríguez Devesa, que el *homicidio* sea un elemento normativo o descriptivo, porque la *palabra* homicidio es equívoca. De un lado, gramaticalmente, significa *muerte de un hombre*. Pero también sirve en la ley para designar al homicidio simple (doloso) del artículo 407... Si se atiende al significado gramatical será un elemento descriptivo. Si se atiende a cualquiera de los significados técnicos que tiene en el Código penal será un elemento valorativo, normativo» (5). Contra la primera solución, opone un argumento dogmático —la repulsa de la teoría a los delitos calificados por el resultado y la afirmación de que en tal caso habría que admitir un concurso del robo con homicidio y el homicidio simple cuando éste se hubiera producido dolosa o culposamente— y consideraciones históricas y sistemáticas, que a su juicio

(3) Vid. RODRÍGUEZ DEVESEA, *Derecho penal español*, 1969, págs. 378 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. VI, 1962, págs. 174 y ss.; DEL ROSAL, *Comentarios a la Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, 1961, «Del delito complejo», págs. 91 y ss., donde al tratar de la naturaleza jurídica penal del robo con homicidio, afirma que ambos delitos «conservan su propia fisonomía y requieren, por consiguiente, la culpabilidad»; DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO y CASTRO, *Código Penal*, 1964, págs. 648 y ss.

(4) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. II, «Infracciones patrimoniales de apoderamiento», 1964, págs. 412 y ss.; CORDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*, págs. 97 y ss.; sobre la base de una concepción final de lo injusto, destaca que «según pone de relieve la interpretación sistemática, homicidio equivale a acción de matar».

(5) Loc. cit., págs. 378.

fundamentan el punto de vista del delito complejo. Del Rosal, Cobo, Rodríguez Mourullo y Castro acuden también a la consideración lingüística y destacan que en este caso no se habla de «resultare muerte», sino de «resultare homicidio», lo que a su juicio permite entender que el número primero del artículo 501 define un verdadero delito complejo, para cuya existencia se requiere que se den todas las características, tanto de orden objetivo como subjetivo, propias del delito de homicidio (6). La argumentación plural de Gimbernat Ordeig tampoco deja de acudir al criterio lingüístico cuando afirma que el texto del precepto tiene un matiz tan objetivo como el que se refleja en los términos «motivo» u «ocasión», de forma que un importante sector doctrinal «concede que la tesis de la responsabilidad por el resultado es una interpretación posible», tesis a la que adhiere a la vista de la «considerable objetividad del precepto», a la que según su criterio se enfrentarían «débiles argumentos», y del carácter expansivo del *versari in re illicita* en el recinto del sistema (7).

A los argumentos lingüísticos suelen unirse consideraciones teleológicas. El balance de esta vía argumental, a los efectos que nos interesan, no puede ser, sin embargo, demasiado fructífero. El robo y el homicidio aparecen tipificados previamente, es decir, con prioridad lógica al robo con homicidio, en el recinto del sistema. Lo que constituye el objeto de la pregunta teleológicamente orientada es la finalidad del tipo configurado en el número primero del artículo 501, donde se trata de una forma peculiar de conexión entre dos comportamientos previamente tipificados, cuya función, evidentemente defensiva, tiende a exasperar la penalidad correspondiente a los mismos en el caso de ser castigados separadamente. Exactamente ha destacado Rodríguez Devesa esta nota del precepto al afirmar que la finalidad que anima al legislador es la de una mayor severidad. Esta puntualización, sin embargo, no constituye ningún apoyo interpretativo para la decisión del cuestionario de la culpabilidad, en uno u otro sentido, sino un criterio para dar respuesta sobre el tratamiento jurídico del robo con asesinato o parricidio y, lo que no deja de tener importancia, para determinar la disciplina jurídica del robo con tentativa de homicidio o, en su caso, de parricidio y asesinato (8) (9).

Finalmente, el examen de la literatura hace patente que, en general, el peso de la interpretación se ha hecho recaer sobre determinadas características, como las que han quedado mencionadas, en tanto que los demás elementos del tipo han merecido menor consideración. Así

(6) Loc. cit., pág. 652.

(7) Loc. cit., págs. 196 y ss.

(8) Loc. cit., pág. 379.

(9) El problema del robo con tentativa de homicidio, parricidio o asesinato está en función de la respuesta general que se dé al discutido problema de la tentativa en los delitos calificados por el resultado. La posición adoptada por el artículo 512 respecto a la consumación no resuelve varios grupos de casos. La tentativa a la que no se vinculan lesiones de la víctima deja abierto el problema de si debe ser tratado como concurso —entre tentativa de homicidio y robo— o como tentativa de robo con homicidio.

es fácil observar que algunas aportaciones no conceden un peso particular, para la decisión de los numerosos problemas que suscita la figura, a las nociones «motivo» y «ocasión». En otros casos, se percibe que la determinación de su contenido no es intentada con una profundización argumental correlativa a la que se emplea para delimitar el sentido de los demás requisitos. Cuando, por último, se procura fijar su alcance más radicalmente, la función que se les atribuye queda relegada a relacionar dos comportamientos, el robo y el homicidio, sobre los que diversas vías argumentales parecen haber dicho la última palabra. Según este punto de vista, los conceptos «motivos» y «ocasión» cumplen un papel meramente relacionante de aquellas realidades, precisadas sin tenerlos en cuenta, con lo que se prejuzga, en cierto modo, su falta de virtualidad exegética a fines que no sean los de determinar la naturaleza de la conexión exigida legislativamente entre ellas.

En el presente trabajo se adopta una posición distinta. La interpretación de la norma es, ciertamente, precisión del alcance de cada uno de sus elementos constitutivos individualmente considerados. El sentido del precepto sólo puede captarse cuando se dispone del alcance conceptual de cada una de sus notas configuradoras. Simultáneamente, la interpretación debe articular o interrelacionar tales características. Atribuir una función particular a la noción «homicidio» o al término «resultare», para decidir si en la figura se alberga un delito complejo o un caso de responsabilidad por el resultado, y prescindir de esa posible función, respecto a los demás elementos conformadores del tipo —motivo, ocasión—, sólo puede hacerse cuando se ha interrogado respecto a todos ellos a idéntico nivel.

Este nivel es el del tipo, no el de la culpabilidad. El análisis de cada una de sus notas ha de preceder, por razones de lógica jurídica, al examen de si el principio de culpabilidad experimenta aquí particulares desviaciones. La situación actual de la literatura sugiere la conveniencia de remitir este problema al momento en que lógicamente debe ser abordado, examinando previamente lo que deba entenderse por homicidio, robo, motivo y ocasión, y la eventual interdependencia de tales nociones típicas en el seno del número primero del artículo 501 C. p.

Las consecuencias de este planteamiento coinciden con un sector de la doctrina, de la que difiere en la línea interpretativa. En el artículo 501, número primero, el Código menciona un proceso más complejo que el enunciado con la expresión de «robo con homicidio». Recientemente, se ha llamado la atención sobre la exigencia de una conexión peculiar, jurídicamente delimitada, entre ambos comportamientos, aludiéndose a la necesidad de que el robo motive u ocasione el homicidio (10) o a que éste sea el medio que lleve el apoderamiento (11). No basta, pues, una conexión más o menos indeterminada. El tipo re-

(10) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, loc. cit., pág. 380, advirtiendo que «las palabras 'motivo' y 'ocasión' han venido a convertirse en uno de los logogrfos de la parte especial».

(11) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit., pág. 203.



clama una vinculación peculiar, sometida al principio de seguridad jurídica. Aparte su función de garantía, el examen de la relación de motivación y del nexo ocasional constituye un *prius* lógico del tratamiento de la culpabilidad. En este aspecto, la naturaleza del robo con homicidio como delito de responsabilidad por el resultado, se afirma en mayor medida al precisar el sentido del concepto de «ocasión», a cuyo través el criterio del *versari in re illicita* se proyecta en el precepto.

2. La concepción del robo con homicidio como delito calificado es el efecto de equiparar «homicidio» y «muerte», como proceso de causación que no es preciso referir subjetivamente al autor. Para este punto de vista, el «homicidio» es una noción descriptiva con función paralela a la que cumple el acontecimiento muerte en otros delitos de la parte especial (arts. 348, 411, 488). El examen de referencias típicas como «resultare» o «sobreviniere la muerte», es decir, la consideración del lenguaje legislativo conduciría a dar respuesta positiva al tema de si la norma se desvincula en algunos delitos del principio de culpabilidad. A la consideración lingüística hay que añadir que en los casos citados existe un comportamiento antijurídico con el que está en relación el resultado ulteriormente sobrevenido, en la dirección consagrada por el principio *versanti in re illicita tenetur etiam pro casu*. En el sistema español, donde el artículo 8, eximente octava, y el artículo 64 impiden la absolución por el delito vinculado a una acción típica procedente, aunque no concurra culpabilidad, los casos de responsabilidad por el resultado consagrados en la parte especial son particularizaciones del principio mencionado (12).

---

(12) Vid. PEREDA, *El versari in re illicita en la doctrina y el Código penal*, 1948, donde pese a su conocida posición se concede la posibilidad de que el artículo 8, eximente octava, reconozca indirectamente el criterio del «versari» (sin analizar la conexión ocasional particularmente); ANTÓN ONECA, loc. cit., pág. 228; COBO, *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, en «ADPCP», 1965, páginas 85 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. I, 1946, págs. 30 y ss. Contra el criterio del texto, vid. CEREZO, *El versari in re illicita en el Código penal español*, en «ADPCP», 1962, págs. 57 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, t. II, 1962, págs. 85 y ss.; RADRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, en ADPCP, 1963, págs. 273 y ss., y particularmente la pág. 302; recientemente RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. gen., 1970, pág. 524, con nuevos puntos de vista orientados a restringir los efectos del art. 64. En la jurisprudencia, destaca recientemente la sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> de 15 de noviembre de 1969, en la que se toma posición sobre el sentido del «versari» en el Código: «El loable principio espiritualista, con más valor, hasta ahora, de ideal aspiración que de realidad legal, a cuyo tenor la responsabilidad criminal a título de dolo no debe extenderse más allá de la cierta y efectiva culpabilidad del agente, cualquiera que hubiere sido la extensión o gravedad del mal resultante de su conducta sufre en los ordenamientos penales positivos y por influjo de explicables exigencias político-criminales, sensibles desviaciones que implican otras tantas concesiones en provecho del objetivismo, e inspiradas en el viejo criterio del «versari in re illicita» y plasmadas en nuestra legalidad punitiva vigente, en fórmulas tales como los concretos delitos agravados por razón del resultado y, sobre todo, y con genérica amplitud de «numerus apertus», poco usual en el Derecho comparado, en el peculiar instituto de la preterintencionalidad, desdoblada en la ate-

En tales supuestos, sin embargo, no es suficiente la presencia de la acción base y la ulterior calificación (13), sino una conexión de determinada especie, jurídicamente acotada, entre los dos objetos. El Código, previa la singular regulación del caso fortuito, la configura como vinculación ocasional en el seno del robo con homicidio.

La comprobación del lenguaje legislativo y las referencias positivas al *versari* en el sistema son los criterios para decidir la existencia de una desviación al principio de culpabilidad. La decisión del problema sobre esta base resultaría, sin embargo, prematura. El carácter descriptivo del concepto «homicidio» puede obtenerse por otro camino, sin rebasar anticipadamente el ámbito del tipo, es decir, sin prejuzgar el cuestionario de la culpabilidad. En cierto modo, el punto de vista contrario sólo puede mantenerse conforme a los postulados de la dirección finalista, viendo en el dolo un elemento del tipo de lo injusto, no una forma de culpabilidad. Si se decide de antemano que el «homicidio» comporta la voluntad finalista de dar muerte a la víctima del robo, acaba por resolverse el problema de acuerdo con el estilo sistemático de la dirección final y el dolo (o la culpa) no son ya contempladas como formas de culpabilidad (14).

A esta precisión metodológica se une un argumento que pertenece en cierto modo al círculo de la interpretación auténtica. La noción de «homicidio» puede fijarse por vía distinta a partir de la reforma de

---

*nuante 4.º del art. 9.º, calificable de preterintencionalidad homogénea o de grado menor, y en la preterintencionalidad heterogénea o de grado mayor, contemplada en el casi inédito apartado primero del art. 50 implantados uno y otro en la ambigua declaración del párr. 3.º del art. 1.º, expresivo de que «el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar»; todo ello con el complemento que, «a sensu contrario» y en función delimitadora entre la convencional responsabilidad dolosa, acabada de aludir, de una parte, y lo lícito y aún lo meramente culposo, por otra, sientan, respectivamente, el núm. 8.º del artículo 8.º, atinente al caso fortuito, y el 565, referente a la imprudencia o negligencia punible».—«Dada la vinculante imperatividad del régimen objetivista que queda bosquejado y cualquiera que fuere la opinión que pudiera profesarse acerca de la justificación racional del mismo que, partiendo del decisivo valor atribuido al dolo inicial llega a la paradójica consecuencia de tomar en cuenta voluntades o propósitos exclusivamente ficticios y no reales e incriminar como homicidios dolosos —más o menos atenuados— conductas carentes de ánimo homicida, es lo cierto que, en tanto subsista la actual normativa, es inexcusable su acatamiento y consiguiente observancia, lo que no empece una inteligencia restrictiva en su aplicación, eludible ésta en cuantos casos pueda quebrar el obligado supuesto de hecho, abriéndose así distintas y más benignas posibilidades propicias a la admisión de la forma imprudente o culposa, cual ocurrió en la S. de 17 de diciembre de 1958, que, si bien debe ser evocada con la más prudente cautela, en evitación de desmedidas y peligrosas generalizaciones, extensivas de su criterio o situaciones diferentes de la allí enjuiciada, marca rumbos progresivos, contrario a todo desbordamiento de la responsabilidad objetiva, para aquellos casos que, por la inequívoca afinidad que ofrezca con el entonces resuelto, no venga a chocar con el valladar infranqueable de la norma legal».*

(13) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit., pág. 169.

(14) Vid. CÓRDOBA RODA, *La doctrina de la acción finalista*, cit., págs. 97 y ss.

1944. En el artículo 512 el «homicidio» es equiparado a la lesión de la vida humana, a la «producción del resultado lesivo para la vida», prescindiéndose de toda referencia al coeficiente subjetivo de la conducta causante del efecto. A través de tal identificación, el sentido de la característica puede establecerse sin recurrir a posteriores precisiones. El tipo contempla, pues, un proceso objetivo de causación, que deja provisionalmente imprejuizado si la figura contiene o no un caso de responsabilidad objetiva. La neutralidad del concepto respecto al tema de la culpabilidad posibilita una concepción más rigurosa de las nociones de «motivo» y «ocasión».

La existencia del homicidio depende solamente del nexo causal entre la conducta del autor y el resultado lesivo para la vida. A la vista de la preocupación que suscita la causalidad en los delitos calificados, es preciso advertir que la pretendida «objetividad» del delito exige un examen escrupuloso de los problemas concernientes al nexo causal. La literatura ha mencionado con frecuencia la sentencia de 15 de enero de 1936 a este respecto (15). Lo que resulta problemático en ella es si está presente la conexión causal apropiada entre el comportamiento de los autores y la muerte de la víctima. Por el contrario, son injustificados los reproches dirigidos a la sentencia de 12 de septiembre de 1934, pues los hechos básicos de la resolución muestran el enlace causal entre los disparos de los autores del robo y la muerte de uno de ellos, con lo que la presencia del tipo es indiscutible (al igual que la del delito) (16).

3. El sentido de la noción de robo del número primero del artículo 501 tampoco es pacífico en la literatura. Se discute la naturaleza del «robo» exigido por el tipo. En la actualidad, se admite que la comisión de un robo con fuerza en las cosas en relación con la muerte de la víctima no es bastante para que pueda hablarse de robo con homicidio.

El criterio de Rodríguez Devesa es que robo con fuerza en las cosas y robo con homicidio son realidades incompatibles, puesto que el artículo 501 sólo proyecta la responsabilidad sobre el culpable de robo con violencia o intimidación (17). El parecer de Quintano Ri-

---

(15) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, loc. cit., quien habla de extensiones causales algo remotas. La conocida sentencia que se cita en el texto apreció robo con homicidio en el hecho de maniarar con cuerdas y echar ropas de la cama encima a una anciana, falleciendo a consecuencia de un síncope y de tales violencias.

(16) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, cit., pág. 414. En la sentencia no se trata de que uno de los ladrones fuese muerto por los disparos de la policía que los perseguía, caso en el que la estimación de robo con homicidio sería rechazable. Por el contrario, los autores encañonan con sus armas a la víctima, quien lejos de amedrentarse, arrojó el quinqué que llevaba contra uno de los atracadores, dejando a oscuras la habitación, disparando aquellos sus armas y resultando la muerte de uno de los codelincuentes a consecuencia de un balazo y lesiones por arma de fuego a la víctima del robo. La condena por robo con homicidio aparece, en consecuencia fundada. Incluso los partidarios de la teoría del delito complejo verían aquí un «error in persona», irrelevante. La crítica dirigida por varios autores parte de una concepción equivocada de los hechos.

(17) Vid. *Derecho penal*, p. esp., cit., pág. 378.

pollés va más allá aún. A su juicio, exige la figura «la realidad jurídica originaria del robo».

En consecuencia, sería censurable la práctica jurisprudencial, ejemplificada por la Sentencia de 4 de abril de 1927 de extender al hurto su radio de acción, cuando el apoderamiento inicialmente subrepticio determinó violencias subsiguientes (18). Con posterioridad, ha destacado Gimbernat Ordeig que, conforme a la letra de la ley, estafa hurto y robo con fuerza en las cosas y subsiguiente homicidio no pueden subsumirse en el artículo 501, número primero, al faltar uno de sus requisitos; es decir, el robo con violencia e intimidación; incluso la preexistencia de un robo violento fundará un concurso, y no un robo con homicidio, cuando la muerte sobreviene después de consumada la sustracción en base a violencias ejecutadas también después de realizado el robo violento contra la propiedad (19). De acuerdo con la doctrina dominante, ha de reconocerse que la precisión de la noción de robo en el marco del tipo aparece vinculada a dos premisas iniciales: a) las agravaciones del artículo 501 suponen la existencia de un robo con violencia e intimidación. A este efecto es concluyente el texto de la ley; b) la consumación del hurto o del robo con fuerza en las cosas impide que la violencia o la intimidación surgidas *ex post* incidan retroactivamente sobre un comportamiento que ha sido objeto de valoración jurídica definitiva.

El problema, sin embargo, exige aclaraciones sucesivas a partir de tales premisas. Determinados procesos reales cobran carácter polémico cuando se les pone a la luz del expediente de la «realidad jurídica originaria del robo» como exigencia del tipo. El ejemplo del hurto al que sucede la persecución del autor y la causación por él de la muerte del sujeto pasivo evidencia las vacilaciones a que lleva tal criterio interpretativo. La solución a que conduce —concurso entre hurto y homicidio— parece menos fundada que la apreciación de un robo con homicidio, al emerger la violencia en el *iter criminis* como medio para fundamentar el apoderamiento.

La realidad es que al apoderamiento le precede un proceso real constituido por una pluralidad de actos susceptibles de ser enjuiciados como «acción» mediante la abrazadera del tipo, actos entre los que se dan siempre lapsos cronológicos en los que puede surgir la violencia. Esto sucede en el robo violento, en el robo con fuerza en las cosas y en el hurto, delitos que conforme a la terminología italiana pueden

(18) Vid. loc. cit., pág. 415. Se cita equivocadamente el contenido de la sentencia. En realidad los autores observan a la víctima durante la mañana, le esperan por la tarde merodeando el lugar por el que había de pasar, y al llegar a éste, la siguen a través del monte, alcanzándola en sitio poco visible por los accidentes del terreno, acometiéndola en forma que no resulta precisada, pero sí que consistió en agresión armada, causándole siete heridas por arma corta de fuego y la muerte instantánea, sin que aparezca prueba de que la sustracción llegara a consumarse. El Tribunal Supremo condena correctamente por robo con homicidio, afirmando que la violencia determinativa del robo está representada por el homicidio.

(19) Vid. loc. cit., págs. 185 y ss.

clasificarse entre los denominados «*plurisubsistentes*» o que se perfeccionan mediante una pluralidad de actos. En el robo con fuerza en las cosas, el apoderamiento ha de ser precedido por actos diversos a él: el escalamiento, la fractura, etc., etc. No otra cosa sucede en el hurto, de acuerdo con las soluciones actuales al problema de la consumación, en el que el proceso natural, en cuanto acción, implica el contacto con la cosa, el quebrantamiento del estado posesorio preexistente y la fundamentación de una nueva custodia por el autor. La consideración analítica de ambos procesos evidencia que en cualquier momento de su transcurso puede aparecer la violencia.

El carácter complejo del proceso ejecutivo ha permitido afirmar que el homicidio no tiene por qué aparecer al final del mismo, contemporáneamente al apoderamiento, sino que puede enlazar causalmente en cualquier elemento del complejo, incluso en el acto inicial (20). Como ha quedado expuesto, lo que resulta indispensable es que la violencia no subsiga a la creación de una custodia nueva sobre la cosa; es decir, a la consumación del ataque a la propiedad. Si el tipo del hurto o del robo con fuerza en las cosas ha sido cumplido, la aparición *ex post* de la violencia —incluso tratándose de lapsos poco significativos— determinará la existencia de concurso, no de robo violento ni de robo con homicidio.

La violencia, o la intimidación han de preceder al apoderamiento (en cuanto consumación). En el derecho extranjero, el tratamiento de la violencia o de la intimidación que surgen *a posteriori* de la consumación del ataque a la propiedad se logra mediante tipos particulares. El derecho alemán contempla en el párrafo 252 cómo hurto violento (*räuberische Diebstahl*), el despliegue de la violencia con el fin de sostener una posesión previamente adquirida, excluyendo o desplazando de su ámbito la fundamentación violenta de la posesión, constitutiva indudablemente de robo. El código italiano, a su vez, trata de una conducta paralela en el artículo 628, párrafo primero, incriminando la violencia o amenaza empleadas inmediatamente *después* de la sustracción con el fin de asegurar al autor o a un tercero la posesión de la cosa sustraída, o procurar para sí u otros la impunidad (*rapina impropia*). Ambas figuras presentan una relación inversa a la característica del robo: la violencia no precede a la sustracción: la sigue; no se concibe como medio para conseguir el apoderamiento, sino como vía para la conservación de la posesión previamente adquirida (21).

Las consideraciones precedentes hacen más que dudoso el requisito de la realidad jurídica originaria del robo como característica implícita del tipo. La aplicación del artículo 501, número primero, a los casos

(20) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. gen., cit., pág. 380.

(21) Vid. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, 13.<sup>a</sup> ed., 1967, pág. 1149, quien ve la esencia del delito en «la protección de la cosa con los medios del robo»; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p. esp., I, 1960, página 280, alude a que «el robo impropio está formado por iguales elementos que el propio dispuestos, sin embargo, en orden inverso, ya que la violencia o la amenaza no precede al hurto, sino que lo sucede».

en que el autor da comienzo a la ejecución de un hurto y recurre a la violencia para consolidar la sustracción fue censurada, como ha quedado dicho, por Quintano Ripollés, viendo en tal procedimiento un caso de interpretación extensiva, e «incluso de analogía legal», ya que la complejidad predicada del robo con homicidio habría de quedar reducida a las sustracciones que conforme al artículo 500 merecieran *ab initio* la calificación de robo (22). De acuerdo con ello, en tales casos habría de afirmarse el concurso entre hurto y homicidio.

Es fácil observar, sin embargo, que cuando el autor comienza a ejecutar una conducta de hurto, y para lograr el apoderamiento, acaba por recurrir a la violencia, lo que se presenta es un concurso de leyes. Análiticamente, se percibe la realización parcial del tipo del hurto y la ejecución plena del robo con violencia o intimidación. La concurrencia de los tipos es, sin embargo, aparente, y la solución del conflicto se logra con sencillez acudiendo al criterio de la consumación. El desvalor del robo violento consume el de los actos precedentes de tentativa de hurto (o, en su caso, de robo con fuerza en las cosas). A la tesis que reclama la existencia del robo en el momento inicial, cabe oponerle válidamente la suficiencia de que la sustracción se halle mediatizada por la violencia. Cuando ésta produce la muerte de la víctima, existirá robo con homicidio.

El comportamiento violento, por tanto, ha de ser anterior a la consumación de la sustracción. La determinación del momento en que ésta se produce tiene que remitirse a los criterios teóricos sobre el momento consumativo del hurto, puesto que el problema se plantea de la misma forma en el robo con fuerza en las cosas. Al respecto, resultarán suficientes las indicaciones que siguen.

La doctrina española suele contemplar la consumación en la adquisición de la disponibilidad sobre la cosa por el autor, criterio seguido mayoritariamente por la jurisprudencia en la que reaparecen con frecuencia otros puntos de vista, que privan a la doctrina de la disponibilidad de carácter unitario (23). Una reflexión independiente sobre el

(22) Vid. loc. cit., págs. 415 y ss.

(23) Vid. FERRER SAMA, *Estudio de la acción en el delito de hurto*, en «Estudios Jurídicos», fasc. 3, págs. 137 y ss.; DEL ROSAL, *Comentarios*, cit. (*Consumación en el hurto y otros problemas*), págs. 282 y ss., afirmando la consumación cuando se ha realizado la «apropiación en el riguroso sentido de la palabra»; RODRÍGUEZ DEvesa, *Hurto*, en NEJ, T. 11.º, 1962, págs. 216 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, cit., págs. 177 y ss., advierte que la doctrina de la disponibilidad parece haberse ya impuesto en la jurisprudencia. Importante es la sentencia de 28 de enero de 1970: «Al necesitar la consumación delictual, que el sujeto activo efectúe la acción u omisión, tal y como exige el tipo que proclama descriptivamente la infracción, dando vida a todos los elementos constituyentes de la ejecución, en el delito de robo, el significado y alcance semántico del verbo apoderar que como núcleo y elemento forma emplea el art. 500 del C. P., para que aquél dinámico actuar quede perfecto, no puede entenderse constituido por la mera «contractatio» que es simple acto de tocar o poner mano sobre la cosa mueble ajena para sustraerla desentendiéndose de posteriores situaciones de posesión o tenencia, ni tampoco por la «illatio» que representa una apropiación real y definitiva, agotada por su absoluta perfección. con traslado y ocultamiento del bien

problema no es de este lugar. Baste con indicar que la concepción sustancial de la norma obliga a ver en el hurto una lesión de las facultades inherentes al dominio. De ahí se sigue que el contacto con la cosa (la *contrectatio*, según algunas interpretaciones): el desplazamiento de un lugar a otro (la doctrina de la *amotio*), e incluso la vulneración por el autor del estado posesorio preexistente (la teoría de la *ablatio*) parecen adelantar injustificadamente el momento consumativo.

La producción de la lesión surge claramente cuando el autor logra fundar una posesión autónoma independiente, en sentido penal, sobre la cosa. La desposesión de la víctima no origina aún la consumación, pues ésta requiere la creación de un estado posesorio que permita desenvolver una actividad fáctica sobre la cosa de carácter independiente, aunque sea de forma momentánea (24). Atendiendo, pues, a la dinámica ejecutiva del hurto, o del robo con fuerza en las cosas, existirá solamente peligro, es decir, tentativa en sentido amplio, cuando el nuevo estado posesorio no haya sido fundamentado todavía por el agente. En esta situación, la aparición de la violencia o la intimidación dirigidas al apoderamiento, determinará la presencia de robo con homicidio si, simultáneamente, son causales de la muerte.

El anterior proceso interpretativo ha intentado delimitar las nociones de homicidio y robo y permanecer al margen del cuestionario.

---

*sustraído, poniéndolo a buen recaudo, totalmente fuera de la protección del propietario y bajo la custodia ilimitada del delincuente, que se aprovecha de ella sin posibilidad de recuperación, pues resulta suficiente la actuación intermedia de la «aprehensión» para que se consume la dinámica de la acción que comenzando por la material toma de contacto, produce la sustracción por desplazamiento del objeto—ablatio— que se coloca fuera del poder o potestad dominical del perjudicado, consiguiendo por el contrario el agente su efectiva posesión con mínima disponibilidad, en potencia al menos de disfrute, aunque sea por tiempo escaso, y aunque se frustré luego el aprovechamiento económico, necesario sólo para el agotamiento del delito, que no tiene efectos penales, porque el lucro no es indispensable en su intangible realidad, aunque sí debe estar presente en el deseo impulsor o finalista del sujeto activo para la consumación, ya que con esta aprehensión el mismo hace suya la cosa, apartándola total o provisoriamente del patrimonio legítimo del dueño o poseedor, pues hasta sólo que hipotéticamente pueda disponer de ella, aunque sea de momento para encontrarse la consumación en la disponibilidad más ideal que material del agente, que supera a la mera o provisoria tenencia, y aunque, como se dijo, no se llegue a ejercitar la facultad dispositiva, pues sirva la mera potencialidad de realizarla, por lo que el desistimiento luego de la aprehensión no tiene repercusión penal, al resultar tardío, por realizarse después de la consumación, tanto se deba a la liberal intención del delincuente, como a causas ajenas que acepte en su voluntad, consumación que se ha de entender también realizada sobre la totalidad de los objetos aprehendidos, cuando se disponga de una parte de lo apoderado, porque la disponibilidad se produjo ya, aunque fuera parcialmente.»*

(24) La terminología de las diversas teorías no es unitaria en los autores. El sentido del texto coincide sustancialmente con ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, p. esp., II, cit., pág. 194 y ss. y 211 y ss., quien resuelve el problema de la consumación en función del concepto de posesión penal, exigiendo la creación de un señorío independiente, es decir, de una nueva posesión, a favor del autor.

de la culpabilidad. Entre los dos comportamientos ha de darse una relación de motivación o, alternativamente, un nexo ocasional.

4. La importancia de la conexión reclamada por el precepto no se ha destacado suficientemente por la literatura, pese a la existencia dilatada del robo con homicidio en el derecho codificado. La investigación se ha dirigido con preferencia hacia otros problemas, como el de la culpabilidad, el del tratamiento del robo con asesinato o parricidio o el del robo con pluralidad de muertes. Entre los comentaristas del S. XIX es de observar que las nociones de motivo y ocasión son ajenas al comentario de Pacheco y que Groizard tampoco les atribuye un peso particular (25). En la literatura contemporánea suele destacarse la suficiencia de la conexión ocasional. Así, se advierte por Cuello Calón que la separación entre robo y homicidio, es decir, la existencia de concurso, debe afirmarse cuando el homicidio no se produce con motivo u ocasión del robo, sino por causas extrañas a toda relación con él, como sucede en el caso de un ladrón que da muerte a un codeincuente por motivos independientes, o cuando el homicidio surge una vez consumada la sustracción (26). Algún autor advierte que «la interpretación *temporal* y *causal* de los términos motivo y ocasión sería un problema muy digno de tenerse en cuenta» y que, en cuanto a su contenido, habría de estarse al significado *psicológico* de ambas nociones, con preferencia al cronológico, aunque la consideración temporal reclamaría un cierto tracto entre los dos comportamientos básicos (27).

El sentido de la conexión típica ha sido investigado con mayor profundidad por otros caminos. No basta un robo con homicidio —advierte Rodríguez Devesa—, sino que hace falta una relación entre ambos. Aunque de ordinario el peso del problema haya recaído sobre los conceptos «motivo» y «ocasión», la esencia de tal relación vendría dada, a su juicio, por el verbo «resultare», alusivo a una conexión consistente en que el homicidio debe ser una consecuencia del robo, y éste, un antecedente causal de aquél. Según esta opinión, el legislador precisaría el vínculo citado en los términos «motivo» y «ocasión». El homicidio con motivo del robo sería el que entra en la línea de la violencia para conseguir el apoderamiento, como cuando el autor maltrata brutalmente a la víctima a fin de que revele dónde tiene la cosa, falleciendo a consecuencia del comportamiento violento. El homicidio con ocasión del robo se caracterizaría por aparecer en la periferia del comportamiento, como cuando el vecino acude en auxilio del robado y el ladrón le da muerte para conseguir el apoderamiento (28).

---

(25) Vid. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., t. III, 1856, págs. 294 y ss.; GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 1.<sup>a</sup> ed., t. VI, págs. 64 y ss.

(26) Vid. *Derecho penal*, cit., pág. 801, con citas de jurisprudencia.

(27) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, cit., pág. 416.

(28) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. esp., cit., pág. 380 y ss.



Finalmente, la índole de la conexión típica es contemplada por Gimbernat Ordeig al margen de ambas nociones, como una relación de medio a fin: «decisivo —advierte— será únicamente si se mató para robar o no»; en el artículo 501, número primero, estaría presente «la conexión característica de todo delito complejo», conforme a la cual «el homicidio ha de ser también el medio para la sustracción» (29).

5. El sentido de la relación típica hay que buscarlo, empero, a través de sus conceptos configuradores. Cuando el agente se propone la muerte de la víctima para conseguir el apoderamiento de la cosa, es decir, cuando mata para robar, es posible hablar de una relación de motivación entre los dos comportamientos. Es característico de ella el contenido subjetivo: la predisposición de la muerte para el logro del apoderamiento. En esta situación puede decirse que éste fue el elemento motivador de aquélla. Al dotar a la noción de motivo de un contenido semejante al que posee en la Psicología, la Criminología y el Derecho penal, se contempla en el lenguaje legislativo una referencia natural y normalmente exacta a los objetos que menciona. La concepción expuesta coincide así con la investigación científica y el uso general del lenguaje. En principio, no parece que puedan oponerse razones de gran peso a esta forma de considerar el problema.

La teoría del motivo es una de las más cambiantes de la psicología general (30). Mezger la ha adjetivado de ambigua, entendiendo el motivo como conjunto de representaciones, bien matizadas por los afectos, bien queridas, que causan el acto de voluntad del agente (31). El punto de vista de Kern es semejante, destacando también el factor intelectual y el afectivo, al caracterizar la noción como una representación cargada de afecto, que posee la fuerza necesaria para producir el acto de voluntad (32). Con arreglo a tales criterios, la distinción, ciertamente comprometida, entre motivo y móvil, quedaría remitida a la capa intelectual y a la anímica del sujeto, respectivamente.

A la hora de precisar la fluida distinción entre motivo, móvil y fin de la acción (33), se ha sugerido que toda acción supone la perse-

(29) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit., págs. 188-191.

(30) Sobre el problema, vid. la contribución colectiva *Die Motivation menschlichen Handelns*, dirigida por HANS THOMAE, 1965; la afirmación es de LINDWORSKY (*Zur Klärung des Begriffes Motiv*), pág. 37.

(31) Vid. *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1955, págs. 50 y ss.

(32) Vid. *Vom Seelenleben des Verbrechers*, 1964, pág. 34: «a la investigación anímica precedente al delito pertenece también la investigación del motivo... Al motivo le corresponde un factor intelectual (el fundamento de realización) y un factor emocional (el impulso).

(33) Vid. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, 1955, pág. 25: «no existe acuerdo en la doctrina sobre la noción de motivo..., pero las diversas opiniones presentan una característica común: el motivo, concebido como el fin último que se propone el sujeto, o como impulso de obrar, presenta pacíficamente el carácter de un hecho psíquico, sin el que el agente no habría actuado...»; PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, 1955, págs. 535 y ss.

cucción de un objetivo por parte del sujeto, reconocido por él como *desideratum*, que constituye el fin del comportamiento. El móvil se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva, como conjunto de deseos, pasiones y emociones que impulsan a la acción. El motivo, finalmente, sería la razón de ser del comportamiento o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican (34).

En esta línea de pensamiento fin de la acción homicida es la muerte de la víctima: motivo, el apoderamiento lucrativo. Lo necesario es que el apoderamiento actúe como elemento impulsivo de la acción que conduce a la muerte, en el sentido propuesto por Seelig, que ve la esencia de la motivación en ser causalidad contemplada desde dentro, caracterizándola como una vivencia que precede al acto de voluntad, hallándose con él en relación de sentido y contribuyendo a su nacimiento (35). La ley tipifica, una vez que se comprenda el «motivo» en un sentido riguroso, un momento anímico del autor, en cuya virtud la representación del apoderamiento impulsa a la ejecución de la acción letal.

En la doctrina italiana han sido numerosas las aportaciones que, a la vista de las particulares exigencias del Código de 1930, han pretendido delimitar el ámbito del concepto. El motivo es, para Bettiol, lo que la voluntad pretende alcanzar mediante el acto mismo, relacionando su posición con las distinciones de la teología moral entre *finis operis* (el fin de la acción) y *finis operantis* (la finalidad subjetiva del autor). Considerando el motivo como fin impulsivo del acto, como los precedentes causales de índole psicológica de la acción, se destaca que la finalidad en el homicidio es unitaria, en tanto que la motivación puede ser ilimitadamente diversa (36). Tal observación se encontraba previamente en Josserand a fin de precisar el contraste entre motivos e intención. Esta se incorpora al acto del que no puede escindirse lógicamente, en tanto que aquellos permanecen detrás de la acción, fuera de ella, preexistiéndola y determinándola. De ahí deriva que la intención sea idéntica para cada categoría jurídica y que los motivos puedan variar ilimitadamente, habida cuenta de su peculiaridad individual (37). La finalidad es uniforme en el tiranicidio realizado por un delincuente por convicción y en el ejecutado por precio, puesto que en ambos casos se trata de la supresión de una vida humana. Cada comportamiento, sin embargo, responde a una causalidad interna independiente, a distinta motivación.

El Código hace depender el robo con homicidio de la presencia de una relación de motivación entre aquel y este comportamiento. Tiene a la vista un proceso subjetivo en que el apoderamiento lucrativo funciona como factor interno a partir del que se dispone la muerte

(34) Vid. SARTRE, *L'être et le néant*, 1943, págs. 508 y ss.

(35) Vid. *Tratado de Criminología*, 1958 (trad. de RODRÍGUEZ DEVESA, páginas 188 y 198).

(36) Vid. *Diritto penale*, 6.ª ed., pág. 445 y ss.

(37) Vid. *Alcune considerazioni sui motivi in diritto privato e in diritto penale*, en «Rivista Italiana di Diritto penale», 1934, págs. 5 y ss.

de la víctima. El tipo contempla unitariamente lo que, desde el punto de vista del autor, tiene carácter unitario. La relación de motivación entre los dos comportamientos se concibe como el proceso más característico del robo con homicidio, en el que el autor mata para robar.

Dogmáticamente, la concepción expuesta obliga a caracterizar el concepto «motivo» como un elemento subjetivo del tipo (38). Las repercusiones de este punto de vista en el terreno de la culpabilidad no pueden ser todavía adelantadas. La técnica legislativa, indudablemente incorrecta, configura el robo con homicidio alternativamente, y equipara la conexión por motivación y la conexión ocasional. De ahí que la decisión sobre si la figura contiene un delito complejo o un caso de responsabilidad por el resultado no pueda ser proporcionada más que cuando se haya procedido a delimitar el concepto de ocasión.

6. El legislador se refiere a la *occasio delicti* en varios pasajes del Código. En las circunstancias agravantes se contempla la de cometer el delito con *ocasión* de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia (art. 10, circunstancia undécima). En el ámbito del desacato punible, el artículo 244 menciona la *ocasión* como característica del tipo. La presencia del caso fortuito depende también, entre otras notas, de que el mal constitutivo del delito, es decir, el resultado, se cause con *ocasión* de la ejecución de un acto lícito. La noción aparece, además del robo con homicidio, en otras normas penales, y su pertenencia a la descripción del caso fortuito le otorga un sentido general en el ámbito del Código y le confiere la más alta importancia. El artículo 64 muestra que esto es así. La ilicitud de la *occasio delicti* hace que la eximente octava del artículo 8 no pueda entrar en juego, puesto que aquel precepto sitúa todas las características del caso fortuito a idéntico nivel (38 bis).

En la literatura española, las referencias a la ocasión, como concepto concerniente a los estudios de parte general y cuya posición en el sistema correspondería al tratamiento de la causalidad o del «*versari in re illicita*», son infrecuentes. A lo sumo, se proyectan los problemas que plantea sobre los tipos que la contienen como requisito. La índole de este trabajo impide una consideración más pormenorizada del problema que la que en él se efectúa. Incluso la referencia del artículo 64 no deja de ser problemática, puesto que la norma se hallaba vinculada a la regulación de la imprudencia en los Códigos de 1848 y 1870, diversa de la actual.

En la literatura italiana, por el contrario, la determinación de la *occasio delicti* ha constituido un tema de la parte general. La doctrina ha procurado distinguir la ocasión de la condición y de la causa. En los trabajos preparatorios del Código penal de 1930 fue discutido am-

---

(38) Vid. ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la parte especial del Derecho penal*, 1959, págs. 82 y ss.

(38 bis) La doctrina actual procura limitar el alcance de esa norma. Vid. la nota 12 y bibliografía allí citada.

pliamente el alcance del nexo meramente ocasional. En la teoría existen dos tesis principales al respecto.

Conforme a su concepción de la causalidad, Antolisei identifica la causa con la condición que contribuye a la producción del resultado. Sin embargo, cuando la relación entre conducta y resultado se produce en virtud de factores excepcionales, el nexo deberá reputarse meramente ocasional y, por tanto, insuficiente para la afirmación de la causalidad (39). La tesis de Antolisei no coincide exactamente con el criterio dominante.

Entre las diversas aportaciones destaca singularmente la de Battaglini (40). A su juicio, la ocasión se distingue de la condición y de la causa: aquélla es la coincidencia, la circunstancia más o menos favorable para que la causa actúe. Una vez efectuada la distinción, resulta impropio hablar de causa ocasional, pues lo característico de la ocasión es que no constituye un antecedente que produzca el resultado —al contrario que la causa—, lo que impide contemplarla como una variedad o subespecie de ésta. La ocasión ejerce un papel atrayente: de ella puede decirse tan sólo que es elemento inclinante, pero nada más. El citado autor advertía que la precisión del contenido de la *occasio* es de gran interés. La advertencia es importante cuando se la proyecta sobre un ordenamiento jurídico que, como el español, ha situado a la *occasio* en la fórmula del caso fortuito, que constituye, en buena medida, el banco de prueba del concepto de culpabilidad. Aunque la distinción entre ocasión y causa posea límites fluidos, puede aceptarse que a la causalidad le es inherente la necesidad lógica, mientras que la ocasión se limita a inclinar a la causa a su actuación (41).

Si se ponen a la luz de este esquema los pasajes legislativos en que se menciona el nexo ocasional, parece evidenciarse su correspondencia. En la agravante undécima del artículo 10, el incendio, el naufragio, etc., se conciben como factores inclinantes de la acción delictiva, no como factores causales del delito, ya que para el derecho penal la causa es siempre y sólo comportamiento humano. Entre el delito y las situaciones mencionadas sólo está presente un nexo ocasional. En el artículo 244, el desempeño de la función pública tampoco puede considerarse como una determinación causal de la calumnia, la injuria, el insulto o la amenaza de hecho o de palabra. La idea contraria, es decir, la equiparación entre ocasión y causa obligaría a ver en el comportamiento del funcionario, dentro de su esfera de actuación, una contribución al delito, con lo que se establecería una premisa de la que una consideración formalista de los problemas podría derivar consecuencias inadmisibles. En esa clase de desacato, la función pública

(39) Vid., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1934, págs. 195 y ss.

(40) Vid., *L'interruzione del nesso causale*, 1954, con amplias referencias a la situación de la teoría italiana. Como síntesis afirma que «lo característico de la *mera ocasión*, lo que le *confiere individualidad inconfundible* es ser un elemento objetivo, que atrae solamente hacia el resultado, sin llegar a determinarlo» (pág. 27).

(41) Vid. BATTAGLINI, cit., págs. 28 y ss.

se muestra como factor meramente inclinante o atrayente del comportamiento del autor.

En el robo con homicidio aparece exigido por el tipo la realización del robo, del homicidio y el nexo ocasional entre ambos. No otra cosa, por tanto. Al igual que sucede con la relación de motivación, ha de proceder el Juez a un examen plural de estos tres elementos del tipo, situados, conforme a la idea de seguridad jurídica, a idéntico nivel. La noción de homicidio exige la fijación autónoma del nexos entre el comportamiento del autor y el resultado lesivo para la vida, de acuerdo con la imagen que proporciona el artículo 512. El robo reclama la presencia del apoderamiento violento (o la intimidación). La precisión del vínculo ocasional es igualmente una nota del tipo. Esta fundamentación ha de cumplirse atribuyendo a cada una de sus notas idéntica jerarquía.

La noción del robo, sin embargo, es multívoca. No sólo porque el Código conozca diversas especies de robo, ya que, según ha quedado expuesto, sólo el robo violento se halla comprendido en el número primero del artículo 501, sino porque el concepto presenta dos vertientes esenciales: el apoderamiento y la violencia (o la intimidación). A la vista de ello, podría dudarse de si el legislador ha acentuado uno u otro dato como núcleo del nexos ocasional. La solución del problema no plantea dificultades si se repara en que el comportamiento violento cumple en el tipo un papel causal, como acción determinante del resultado lesivo para la vida. En este sentido, puede decirse que el robo, como conducta violenta, es causa del homicidio, mientras que es ocasión suya la ejecución del apoderamiento. Son estos los casos en que la jurisprudencia habla de la naturaleza accidental del homicidio, cuya característica es que el autor, sin voluntad previa de matar, realiza una acción violenta para conseguir el apoderamiento, que actúa como factor atrayente o inclinante de su obrar, determinante de la muerte de la víctima. Si se repara en esta fórmula, podrá observarse su paralelismo con la descripción del caso fortuito. La ejecución de un acto antinormativo —el apoderamiento— actúa como ocasión de la conducta causal del resultado lesivo para la vida. Consecuentemente, no parece aventurado anticipar que en el número primero adquiere concreción lo que se dispone para el ámbito total del sistema en la eximente octava del artículo 8, respecto a los efectos de la conexión por ilicitud entre varios comportamientos, efectos a los que se hará referencia después.

El criterio que se deja expuesto permite solucionar varios grupos de casos.

El sujeto que da principio a la ejecución de un hurto (o de un robo con fuerza en las cosas) e imprime un giro violento al proceso ejecutivo, determinando la muerte de la víctima, comete robo con homicidio. En esta situación, el apoderamiento actúa como ocasión del resultado lesivo para la vida, puesto que la sustracción de la cosa ha inclinado a la realización de la conducta determinante de la muerte.

Esta conducta aparece, simultáneamente, como la violencia típica del robo.

La conexión ocasional se hallará presente, con mayor razón, cuando el sujeto recurre originariamente a la violencia para posibilitar el apoderamiento. Los malos tratos inferidos a la víctima para desbordar su resistencia serán causales de la muerte y constituirán a la vez la acción típica del robo. El apoderamiento ha facilitado la aparición del comportamiento homicida y ha sido ocasión de él.

El tratamiento de los dos grupos es idéntico, porque la materia sometida a valoración en cada uno de ellos también lo es. La inexistencia de una «realidad jurídica originaria del robo» en el primer ejemplo carece de relieve, como fue expuesto precedentemente.

Por último, hay que referirse a otro grupo posible. El autor consuma la sustracción y despliega a posteriori la violencia determinante de la muerte. Si la sustracción precedente cae bajo los tipos del hurto o del robo con fuerza en las cosas, la sobrevenida violencia no podrá influir retroactivamente sobre un comportamiento que ha sido objeto de valoración definitiva por el Derecho. Si lo que ha de tener carácter ocasional es la ejecución del apoderamiento, o el logro del apoderamiento, una vez que ha sido conseguido, sólo cabrá hablar de concurso de delitos.

La solución es correlativa cuando lo que ha sido objeto de consumación previa es un robo violento o con intimidación. La teoría ha destacado convincentemente, a través de otras vías argumentales, que la sucesión cronológica entre robo violento y homicidio es insuficiente para que pueda afirmarse la conexión típica (42). La realidad es que en tales casos está ausente el nexo ocasional, pues, al igual que en el ejemplo anterior, la realización previa de la sustracción impide considerarla como factor inclinante hacia la acción violenta, es decir, como *occasio delicti* del comportamiento homicida. En este caso existirá también concurso entre robo con violencia o intimidación y homicidio.

Las observaciones anteriores se han desenvuelto con indiferencia o al margen del problema de la culpabilidad. La afirmación de que el resultado lesivo para la vida ha sido causado por la acción violenta del autor deja absolutamente sin prejuzgar la cuestión del delito complejo o de la responsabilidad por el resultado. En tanto que el contenido atribuido a la relación de motivación, y la concepción del motivo como un elemento subjetivo del tipo, anticipa implícitamente la exigencia de la producción intencional de la muerte, la conexión ocasional, tal como ha quedado delimitada, nada dice aún sobre el problema de la culpabilidad.

7. La aclaración de este problema exige retornar sobre algunas precisiones anteriores. El homicidio motivado por el robo es concebido

---

(42) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit., pág. 176.

por el tipo como la producción finalista de la muerte, al reclamar que el sujeto mate para robar. La motivación lucrativa del homicidio es suficiente para la existencia del delito, incluso para la consumación en virtud de lo dispuesto en el artículo 512, sin que sean precisos ulteriores datos de tipo psicológico, que aproximen la realización delictiva a la del delito premeditado, como cuando se habla de un plan previo del autor, frente al homicidio que surge incidentalmente.

Mientras que la noción de motivo obliga a ver el homicidio como ejecución final de la muerte, la conexión ocasional deja imprejuizado el problema de la referencia subjetiva del autor al acontecimiento. Su presencia como característica típica depende tan sólo de que el logro del apoderamiento lleve al autor a ejecutar una acción causal, no una acción final, del resultado lesivo para la vida. En ella tiene la prioridad el contenido objetivo, mientras que la relación de motivación se decide sobre la dirección subjetiva del autor.

Es ahora cuando resulta posible dar respuesta al cuestionario de la culpabilidad. A este fin, conviene destacar que si la conexión por motivación comprende todos los casos de producción final de la muerte, sin necesidad de un plan previo del autor, ni de ulteriores características psicológicas, la conexión ocasional deberá referirse a una realidad diversa, es decir, a la causación con dolo eventual culposa, o fortuita del homicidio. La distinción legislativa entre motivo y ocasión indica que ambos conceptos tienen un contenido diverso que el intérprete ha de respetar.

Sin embargo, la razón más importante a favor de la concepción objetiva de la figura se halla en su paralelismo con la noción de caso fortuito y la relación de éste con el artículo 64. El que con ocasión de la ejecución de un robo violento (acto ilícito) causa el resultado lesivo para la vida sin culpa ni intención de causarlo no podría aspirar a la impunidad aunque el artículo 501, número primero, no estuviera ahí cumpliendo su propia función. Pues la absolución por falta de culpabilidad, es decir, por haber producido «fortuitamente» la muerte, se hallaría en contradicción con la regulación cumulativa de la eximente octava del artículo 8 y el artículo 64 del Código.

El artículo 501, número primero, consagra una situación paralela a la descrita. El nexa ocasional entre la ejecución del apoderamiento y la conducta homicida funda el robo con homicidio aunque la muerte haya sobrevenido fortuitamente. El examen del contenido subjetivo sólo puede influir en la medida judicial de la pena.

Al recapitular cuanto queda expuesto, se confirma que el robo con homicidio es un delito calificado por el resultado. Al no ser necesario que la culpabilidad del autor se proyecte sobre la muerte de la víctima, debe rechazarse la teoría del delito complejo propuesta por un sector de la doctrina, puesto que en tal clase de delitos se trata de la unificación típica de figuras independientes, que exigen la presencia de la culpabilidad del autor, en tanto que en los casos de responsabilidad por el resultado, la culpabilidad no es preciso que alcance a la conse-

cuencia agravatoria. La atribución de esa doble naturaleza resulta, pues, incongruente (43).

El hecho de que la producción fortuita de la muerte caiga bajo el tipo del artículo 501, número primero, y que la relación de motivación se refiera a un proceso de ejecución doloso, indica que las formas intermedias —culpa, dolo eventual— son objeto de idéntica desvaloración. La configuración diversa de la relación de motivación y del nexo ocasional podría crear la apariencia de que se está, no sólo ante conductas distintas, sino también ante delitos distintos. La realidad, por el contrario, es que la figura comporta un juicio unitario de desvalor frente a formas intercambiables de comportamiento. El robo con homicidio es una ley mixta alternativa, en que las formas típicas de ejecución «carecen de independencia», «siendo permutables entre sí, como especies de una realidad jurídica unitaria, que posibilita su fijación alternativa en el proceso (44).

En la crítica de la regulación, hay que conceder cuando ha sido dicho por la doctrina en torno a los delitos calificados por el resultado, fenómeno más sensible en un código que hace del *versari* un principio informador de su sistema. Incluso podría llegarse más allá cuando se advierte que el legislador procede a equiparar comportamientos valorativamente diversos, amenazando una pena unitaria a la producción dolosa, culposa y fortuita de la muerte.

---

(43) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. gen., cit., pág. 342.

(44) Vid. MEZGER, *Tratado*, cit., t. I, págs. 395 y ss.



# Las embarcaciones deportivas a motor, origen de nuevas manifestaciones criminosas

JOSE LU. S MESEGUER SANCHEZ  
Capitán Auditor de la Armada

SUMARIO: I. Introducción y método.—II. La expresión «vehículos de motor». Su contenido y alcance.—III. Legislación penal actualmente aplicable: 1. Delitos materiales y formales: a) en aguas marítimas; b) en aguas continentales. 2. Delitos de lesión y peligro.—IV. Disposiciones reglamentarias: 1. Zonas reservadas a bañistas. 2.—Títulos que habilitan para el manejo de embarcaciones de recreo. 3.—Inscripción y matriculación.—V. Estadística.—VI. Necesidad de una nueva legislación penal.—VII. Seguro obligatorio.—VIII. Conclusiones y propuestas.

## I. INTRODUCCION Y METODO

El Derecho constituye una ordenación de relaciones vitales; nace, crece y se desarrolla en la vida y en ella adquiere validez y vigencia. Legaz Lacambra (1), frente a la postulación axiomática de los sociólogos franceses de que «el Derecho es la vida» afirma que el Derecho es una forma de vida social que resiste la espontaneidad móvil de la vida de cuyo seno procede; y Enneccerus (2), partiendo de una concepción voluntarista sobre el origen del Derecho, sostiene que éste nace, no de la mera voluntad del Estado, sino de la voluntad de una colectividad, cuya soberanía o poder supremo sobre los individuos puede producir derecho.

Dejando aparte la disquisición sobre si el Derecho como expresión del vitalismo de una colectividad se manifiesta sólo en normas consuetudinarias o también en las escritas y si éstas se concretan por el legislador directamente o por delegación de dicha colectividad, conviene recordar que el Derecho nace a la vida integrado necesariamente por tres predicados intrínsecos y constantes que constituyen

---

(1) Luis Legaz Lacambra: Filosofía del Derecho; pág. 171 y ss. Barcelona, 1953.

(2) Enneccerus-Nipperdey: Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Parte General; páginas 120 y ss. Barcelona.

el esqueleto lógico del mismo: a saber: la proporcionalidad, la igualdad de regulación y la alteridad o bilateralidad. Esta última determinación, la alteridad, implica siempre, por propia definición, la existencia de un elemento social que es a la vez una consecuencia lógica de la misma.

Este aspecto social que se manifiesta como elemento permanente y natural del Derecho en general, ya se considere como integrante del mismo ya como su consecuencia lógica, es más claro, si cabe, en el Derecho penal que en las restantes ramas del Derecho. En feliz frase de Del Rosal (3) el pensamiento jurídico penal es «un pensar enraizado en la misma problemática de la existencia humana». En efecto, la alteridad, superada ya la fase antigua de la venganza privada y la composición, supone el enfrentamiento del ofensor (delincuente) no con el ofendido, es decir, individuo contra individuo, sino con la comunidad representada por sus órganos adecuados, ya que la norma penal, necesariamente escrita, expresa de modo directo un interés general de la colectividad, en definitiva un interés social. De no ser expresión del sentir de esa comunidad del ideal ético de justicia de la misma, la norma no se integrará en la forma social de vida de esa comunidad, es decir, en el Derecho (4).

Pero, además, como el Derecho penal es en parte, normativación de las formas de manifestarse en la vida social las conductas activas y pasivas, reprobadas por la comunidad como contrarias a ella, bien por lesionar su integridad, bien por suponer un peligro para la misma (5), el legislador ha de hacer uso del elemento social como reflejo de una situación socialmente determinada, al describir las conductas que considera culpables, es decir, al tipificar esas acciones como penalmente antijurídicas.

Esta idea la expresa claramente la Exposición de Motivos del Código penal de 1944, diciendo que «toda reforma de la legislación represiva mira a tres sectores... que son: la parte técnica..., la parte política... y la parte social, que es la consagración por el legislador del acervo de cultura y sentimientos de la Nación que ha de regir», por cuya razón, además del Consejo de Estado y la Comisión revisora, cooperaron en la formación del Código «las Cortes, aportando el sentir nacional». En el texto revisado de 1963 se introdujeron en el Código «nuevas modalidades delictivas, creadas al amparo de la insoslayable presencia de manifestaciones criminales en la cotidiana realidad en que se vive». Con esta expresión la Exposición de Motivos alude a la realidad social como fuente de nuevos delitos, y a la reprochabilidad que producen esas «manifestaciones criminales» en la conciencia social, que

(3) Juan del Rosal: La personalidad del delincuente en la técnica penal. Página 191. 2.ª edición. Valladolid, 1953.

(4) Luis Legaz Lacambra: Obra citada, págs. 190 y ss.

(5) Para Cesare de Beccaria «el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos». De los Delitos y de las penas. pág. 38. Madrid, 1968. Alianza Editorial, n.º 133.

justifica por sí sola que el legislador eleve a la categoría de tipo penal la conducta considerada culpable por la comunidad, cumpliendo ésta un doble papel, pues recibe protección del legislador con sus normas, al tiempo que sirve a éste de luz en su labor normativa dotándole, como dice Del Rosal (6), de los «objetos sobre los que puede recaer la acción delictiva» o de los «medios con los cuales pueden ejecutarse los designios criminales» integrantes unos y otros «del estado de cultura del hombre actual» del que son extraídos e incorporados al Derecho penal tras una elaboración técnica de su concepto jurídico penal.

Hoy en día, la comunidad, alarmada por sus consecuencias, demanda con imperiosa necesidad la normativación y sanción de nuevas formas delictivas, surgidas en los últimos años al socaire del bienestar económico, que lesionan o ponen en peligro la vida social. Constituye un ejemplo, la llamada por algunos «delincuencia económica y social» consistente en actividades delictivas cometidas a nivel de empresa que, cuando son conocidas, conmocionan la conciencia social por afectar, generalmente, a grandes y determinados sectores de la sociedad que, en definitiva, constituye el sujeto pasivo de la nueva manifestación criminal. Como tales podemos señalar los hundimientos de nuevas construcciones, las estafas de sociedades inmobiliarias, etc.

Esta alarma social se manifiesta cada vez con mayor intensidad en el constante y permanente riesgo que en la vida moderna, como grandeza y servidumbre de la misma, suponen los vehículos de motor, resuelta en parte, respecto a los delitos de circulación por carreteras y demás vías públicas, primero con las leyes especiales de 1950 y 1962. Ahora con su integración en la técnica del Código penal: pero, que todavía permanecen sin regular en todas sus consecuencias criminosas respecto a los vehículos de motor náuticos objeto de nuestro estudio. La navegación de estos vehículos es cada vez mayor y más alarmante, tanto en aguas de mar como en las demás aguas del interior susceptibles de la práctica deportiva con embarcaciones de motor cuyo constante aumento, condicionado por la elevación del nivel de vida nacional y por la gran avalancha turística que en los últimos años nos invade, hace de imperiosa urgencia la normativación penal de las conductas generadas con estas embarcaciones de motor, que son medios adecuados para lesionar gravemente o poner en peligro, también grave, la seguridad, la integridad y la vida de los bañistas. Conductas que son preciso tipificar, objetiva y subjetivamente, en atención al resultado típico no necesariamente material, producido, para lo cual será necesario complementar con figuras delictivas específicas, generalmente dolosas, las genéricas culposas previstas en el artículo 565 del Código penal.

Es conveniente advertir, antes de comenzar el estudio que nos proponemos emprender, que en él se emplearán indistintamente y como sinónimas las expresiones embarcaciones de motor, embarcaciones deportivas a motor y embarcaciones de recreo a motor, para significar

---

(6) Juan Del Rosal: Obra citada, pág. 184.

con ello que se excluyen del ámbito del mismo todas aquellas otras embarcaciones dotadas de motor, bien sean mercantes, de pesca o de tráfico interior, porque aun siendo medios adecuados a la producción de resultados objetivos culposos, no dan lugar, por su escasa frecuencia, a la creación de un riesgo alarmante para la sociedad; ello sin perjuicio de que lo dicho aquí pueda serles de aplicación, pues aunque se utilicen las mencionadas expresiones no pretendemos con ello recortar el alcance del concepto genérico de embarcaciones de motor, sino concretar nuestro estudio a aquellas conductas que realizadas por medio de embarcaciones quedan fuera de las previsiones especiales de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante.

Pretendiéndose en este trabajo fijar la realidad e importancia de esta nueva delincuencia moderna nacida del maridaje de la técnica con la necesidad humana de encontrar sensaciones nuevas en un mundo cada vez más materializado e insensiblemente egoísta, cuyo fruto más inmediato es el exceso de velocidad con desprecio del riesgo que la misma produce, partiremos, en primer lugar, del examen del contenido y alcance de la expresión «vehículos de motor» y su posible aplicación, conceptual y legislativa, a las embarcaciones deportivas a motor, para pasar luego a estudiar la legislación penal hoy aplicable y las disposiciones administrativas que reglamentan el uso y navegación de las mismas. Después, a la luz criminológica de la estadística, procederemos a examinar si la actual represión penal es suficiente para poner remedio a esta modalidad criminosa o, por el contrario, es necesaria una regulación *ex novo* de las nuevas figuras delictivas o, al menos, una reelaboración técnica de aquellas normas penales actualmente vigentes que podrían ser aplicadas a las mismas por analogía, si ésta, en salvaguardia de la Justicia no estuviera proscrita del moderno Derecho penal por el principio de legalidad incardinado en la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*.

## II. LA EXPRESION «VEHICULOS DE MOTOR». SU CONTENIDO Y ALCANCE

Fijando su procedencia etimológica en el verbo latino *vehere*, que significa conducir, transportar, la Academia de la Lengua define la palabra vehículo como «artefacto, como carruaje, embarcación, nartira o litera, que sirve para transportar personas o cosas de una parte a otra», de lo que se desprende que vehículos de motor serán «esos y otros artefactos dotados de aparato capaz de producir una fuerza motriz que los haga desplazarse por sí mismos sin valerse del concurso de otras fuerzas impulsoras ajenas».

Bajo este significado amplio y propio se comprenden, por tanto, cualesquiera artefactos mecánicos que, siendo capaces para transportar personas y cosas, estén dotados de fuerza propia y adecuadas para impulsarlos sin distinción del medio físico en que se muevan ni de las características de dichos vehículos: en este sentido tan vehículos de

motor serán las aeronaves y las embarcaciones, como los automóviles considerados en general.

Pero, con la irrupción del automóvil en la vida moderna, el lenguaje usual y corriente, mutilando su alcance gramatical y genérico, concretó el significado de la expresión «vehículos de motor» a la sola designación de los automóviles excluyendo de su contenido no sólo a los artefactos mecánicos a motor susceptibles de ocasionar un riesgo marítimo o aéreo sino también aquéllos que desplazándose en el espacio terrestre no estaban afectos al tráfico por carretera, vías públicas y demás caminos transitables.

Procede ahora preguntarse en cuál de estos sentidos, si en el amplio o en el restringido, emplea nuestro ordenamiento penal la expresión «vehículos de motor». No cabe duda alguna que el legislador español, desde 1944, al servirse de la frase «vehículos de motor» como elemento social definidor de una determinada realidad criminosa, lo hizo en el sentido específico restringido de que le dotaba la sociedad, sin pararse a considerar los posibles riesgos que otros vehículos mecánicos de índole similar podían originar en un futuro no lejano.

En este sentido lo entiende el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 17 de octubre de 1956 (7) al sentar que para que proceda la aplicación de la agravante específica prevista en el artículo 565 del Código penal, el vehículo habrá de tener «debido encaje en la denominación que del autmóvil o de otros medios de viajar o de transporte análogos se da en el artículo 4.º del Código de Circulación». Con anterioridad a esta Sentencia Cuello Calón (8) y Díaz Palos (9) equipararon la expresión «vehículos de motor» con el término «automóvil» definido en el citado artículo 4.º.

Luzón Domingo (10), sin embargo, estima que esta expresión ha de ser tomada en sentido amplio en referencia únicamente de los terrestres, considerando que conviene igual «a todos los vehículos semejantes a los automóviles, ya sean utilizables por carretera como las motocicletas, ya lo sean por ferrocarril, como locomotoras, autovías, etcétera», excluyendo de la consideración penal de «vehículos de motor» a los que transporten personas o cosas por el mar o por el aire por estar regidas por los preceptos de la legislación penal especial que le son aplicables: creemos, no obstante, que empleado este criterio en todo su contenido nos conduciría a una laguna en el ordenamiento, pues, si partimos, como hace Luzón, de la consideración de que sólo son vehículos de motor los terrestres, excluyendo de dicha expresión a las embarcaciones y aeronaves por la sola razón de estar sujetas a leyes penales especiales, nos encontramos con una insalvable contradic-

(7) Manuel Rodríguez Navarro: Doctrina Penal del Tribunal Supremo: Tomo 3.º, pág. 4.699. Madrid, 1960.

(8) Eugenio Cuello Calón: Ley Penal del Automóvil. Página 21. Barcelona, 1950.

(9) Revista Jurídica de Cataluña, 1954. Número 2. Página 177.

(10) Manuel Luzón Domingo: Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal. Tomo II, pág. 97. Barcelona, 1960.

ción toda vez que con estas embarcaciones deportivas o de recreo a motor se pueden ejecutar conductas criminosas que están fuera de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante.

En la doctrina más reciente Pera Verdaguer (11) y Reyes Monterral (12), comentando la Ley 122/62, consideran con la generalidad de los autores que ambos términos, automóviles y vehículos de motor, son sinónimos, excluyendo del alcance de la referida expresión no sólo aquellos vehículos que no estén definidos como «automóviles» en el artículo 4.º del Código de la Circulación, sino incluso a los que estando comprendidos en dicha definición no se encuentren circulando por carretera, vías públicas y caminos transitables, haciendo aparecer así, sobre todo Reyes Monterral, un nuevo elemento definidor de tal expresión legal: *la transitabilidad*.

En contra, podemos anotar las opiniones de Loustau Ferrán (13) y Quintano Ripollés (14). Este último considera que a los pilotos de «aviones y aeronaves en general que tienen sin duda alguna la consideración de vehículos y, por añadidura, lo son de motor» le son aplicables las sanciones de retirada del permiso de conducir, afirmando además que podrán imponérseles «todas las agravaciones específicas que el párrafo último del artículo 565 del Código penal permite e impone, aunque no, probablemente, las de la Ley especial de 1950, que obviamente, se refieren a cuestiones de circulación en vías terrestres».

Esta afirmación de Quintano que podría resultar admisible, aunque personalmente creemos que no, hasta la publicación de la Ley 122/62 por falta de una interpretación auténtica del citado artículo 565, es hoy inaceptable, pues, dicha Ley en su disposición final tercera derogaba la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor y el artículo 565 del Código penal en cuanto se refiriera a las infracciones cometidas con vehículos de motor y a la sanción de privación del permiso de conducir, y disponía, al mismo tiempo, la acomodación a dicha Ley en el desarrollo de la Base 17 de la Ley para la revisión y reforma parcial del Código penal. Mandato éste que, según el Decreto 691/1963 de 28 de marzo «se ha cumplido en los artículos 30 y 565 señalando la duración de la pena de retirada del carnet de conducir dentro de los límites mínimos y máximo fijados en dicha Ley» que fue dada, exclusivamente, para uso y circulación de vehículos de motor, es decir, para los artefactos considerados automóviles en sentido administrativo. Más claro todavía es la reforma introducida en el artículo 565 por la Ley 3/1967 de 8 de abril que

(11) Francisco Pera Verdaguer: *La Ley del Automóvil*; pág. 35. Barcelona, 1963.

(12) José María Reyes Monterral: *Comentarios a la Ley de uso y circulación de vehículos de motor*. Páginas 29 y siguientes. Barcelona, 1965.

(13) *La culpa penal en la navegación aérea*. Instituto F. de Vitoria, Sección Derecho Aeronáutico, n.º 8. Madrid, 1953.

(14) Antonio Quintano Ripollés: *Derecho Penal de la culpa (imprudencia)*; página 550. Barcelona, 1958.

respecto a la retirada definitiva del permiso de conducir relaciona dicho precepto con el artículo 340 bis a) que está contenido en la Sección 1.ª, Capítulo II, Título V del Libro segundo bajo la rúbrica de «delitos contra la seguridad del tráfico» y que provienen todos ellos de la hoy derogada Ley 122/62.

Sin embargo, a efectos del Seguro Obligatorio, el artículo 6.º del Reglamento para su aplicación, promulgado por Decreto de 19 de noviembre de 1964 modificado por el de 6 de mayo de 1965, amplía la consideración de vehículos de motor: a todo artefacto o aparato apto para circular por vías públicas accionado por un mecanismo motor; a los trolebuses y tranvías que circulen por vías de uso común; a los tractores y la maquinaria agrícola o de obras susceptibles de trasladarse por medios propios.

Por tanto, ante estas declaraciones legales rotundas, hemos de concluir que no cabe en modo alguno retorcer hermenéuticamente el significado de la expresión «vehículos de motor» para forzar en ella la entrada de las aeronaves y, con menos razón todavía, de las embarcaciones deportivas a motor que no *circulan* ni siquiera ocasionalmente (por su propio impulso, claro está) por el espacio terrestre. En consecuencia, las acciones voluntarias cometidas con este tipo de embarcaciones que generantes de un resultado de muerte, lesiones o daños sean inculpanbles por culpa no podrán ser consideradas como realizadas por medio de «vehículos de motor», ya que esta expresión por su contenido concreto no alcanza en su extensión a las embarcaciones deportivas o de recreo a motor.

### III. LEGISLACION PENAL ACTUALMENTE APLICABLE

Múltiples son los problemas que en la realidad social del momento actual presentan las conductas actuadas por medio de embarcaciones de motor que serán o no consideradas delictivas según que, llevando ínsitas la voluntariedad, imputable a dolo o culpa, estén o no penadas por la Ley, es decir, bien por el Código penal o por una Ley especial que les sea aplicable. La dificultad estriba precisamente en determinar qué norma será de aplicación a las acciones u omisiones tipificadas como delito o falta, que se hayan cometido en el uso v navegación de estas embarcaciones con independencia de la afección competencial por razón del ámbito físico de su perpetración. Es decir, la cuestión reside en saber si un mismo hecho cometido en el mar o en aguas del interior (esta expresión se emplea, obvio resulta decirlo, en un alcance propio y completamente distinto del término «aguas interiores» consagrado por el Derecho Internacional Marítimo) es idénticamente sancionable por el mismo precepto y, sobre todo, si los distintos bienes jurídicos que estos medios son tendentes a lesionar o a poner en peligro son salvaguardados por las normas penales actualmente en vigor.

Hemos afirmado anteriormente en dos ocasiones, que determinadas conductas generadas por medio de embarcaciones de motor estaban

excluidas de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante; afirmaciones que, en una primera determinación, es necesario matizar en orden a una clara exposición de los preceptos penales que a esas conductas son aplicables, sin perjuicio de volver sobre ellas cuando se haga expresa mención de las normas de dicha Ley especial. En primer lugar y con carácter general, quedan excluidas de su ámbito de aplicación todas las embarcaciones deportivas o de recreo, bien sean propulsadas a remo, vela o motor, pues la finalidad de la Ley Penal y Disciplinaria es la de sancionar unas conductas motivadas por la profesionalidad, por la especial disciplina de a bordo y por los específicos intereses jurídicos que tutela. En segundo lugar, quedan excluidas especialmente, todas las embarcaciones que practiquen la navegación fuera de las aguas del mar, desembocaduras de ríos y ríos navegables.

Las acciones perpetradas con estas embarcaciones excluidas, con las excepciones que luego indicaremos, habrán de ser enjuiciadas con arreglo a los preceptos del Código penal; también aquéllas que por no suponer una expresa violación de los intereses tutelados por la Ley Penal y Disciplinaria se cometan con embarcaciones que están bajo su estera penal.

Delimitada, en principio, la Ley aplicable a las actuaciones criminosas cometidas por medio de embarcaciones de motor, deportivas o de recreo, veamos si aquéllas se encuentran tipificadas y, por tanto, sancionadas en nuestro Código penal, para lo cual seguiremos como es lógico, los derroteros del derecho positivo pero valiéndonos de la doctrina como brújula orientadora, para que de este modo, usando como cuadrículas la clasificación de los delitos hecha en consideración al resultado producido (delitos materiales y formales, de lesión y de peligro), ir escribiendo las marcaciones que permitan situar el punto exacto que estas actuaciones criminosas ocupan en el vigente ordenamiento penal.

### 1. *Delitos materiales y formales*

La distinción entre unos y otros estriba en que los primeros, también llamados de resultado, son los que producen una modificación del mundo exterior, un resultado, mientras que la acción en los segundos no provoca alteración externa alguna.

Los delitos de resultado material, inmutables a dolo, no presentan dificultad alguna en nuestro Código, pues los tipifica con independencia del medio empleado en su comisión, del mismo modo que los delitos de igual clase incriminables por culpa; si bien éstos últimos presentan el problema, no menguado por cierto, del lugar que el legislador ha buscado para su punición y que, no obstante las valiosas críticas de la doctrina, ya desde el inicio de esta sistemática en el Código de 1848, se ha empeñado en mantener en el Libro Segundo dedicado a los delitos en especial.



Como dice Quintano Ripollés (15), «el artículo 565 no contiene un tipo normativo de delito de culpa, no es un *crimen culpae*, sino un precepto general» que debería ser arrancado del lugar poco propicio que ocupa para implantarlo en la Parte General, a fin de evitar con ello los repetidos tropiezos que en la práctica proporciona al juzgador, de lo que es prueba la constante jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo que califica los hechos como delito de imprudencia con resultado de muerte, lesiones o daños, en vez de calificarlos correctamente como homicidio culposo, de lesiones, o de daños por imprudencia.

En realidad, nuestro Código con su artículo 565 no hace más que adoptar el sistema del *numerus apertus* en la tipificación de los delitos culposos, evitando así el casuismo del *numerus clausus* seguido por otras legislaciones y la posible falta de incriminación de nuevas conductas culposas, que cada vez con mayor frecuencia desplazan a las dolosas en la delincuencia moderna; por cuya razón, tratando de sustituir la lista específica de delitos culposos, ha incrustado en la Parte Especial un precepto general definidor de una de las formas de presentarse la culpabilidad, dando con ello motivo a no pocas discusiones en torno al referido artículo, que aún mantienen dividida a la doctrina sobre el juego que el mismo presta en relación con el término «voluntarias» empleado en el artículo 1.º del Código. Y aunque cada vez es más firme la postura doctrinal (15 bis) que afirma que dicho término subsume por igual al dolo y a la culpa, que ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de enero de 1951, todavía se oyen voces maestras como las de Cuello Calón (16) y del Rosal (17), que interpretan dicho término como sinónimo exclusivamente de intención o malicia, de dolo en una palabra.

Dos han sido las posturas adoptadas por los autores respecto al sistema de nuestro Código Penal en cuenta a la tipificación de la culpa. Una, la de los que elogian, como Quintano (18), el sistema del artículo 565 y consideran que la tipicidad indirecta establecida en el mismo permite al juzgador, por su amplitud, el castigo de cualquier conducta culposa sin sujetarle a concretas tipificaciones que puedan resultar insuficientes en una sociedad como la moderna que se encuentra en constante evolución y abocada inexorablemente a una delincuencia culposa. Aunque estos autores censuran su terminología y

---

(15) Obra citada; pág. 236 y s. En igual sentido Luis Jiménez de Asúa: Tratado de Derecho Penal. Tomo V; págs. 1722 y ss. Buenos Aires, 1956.

(15 bis) Antón Oneca: Derecho Penal. Tomo I; págs. 140 y 205. En igual sentido, Díaz Palos: Culpabilidad Juridicopenal. Nueva Enciclopedia Jurídica; página 72. Barcelona, 1954. Quintano Ripollés: Obra citada, págs., 214 y 216.

(16) Eugenio Cuello Calón: Derecho Penal. Tomo I; pág. 282. Barcelona, 1953. En igual sentido L. Jiménez de Asúa: Obra citada, pág. 873 y ss. Pero es sin duda, Ferrer Sama quien más decididamente defiende en la actualidad la dirección dualista trazada por Silvela: Comentarios al Código Penal. Tomo I, página 23.

(17) Juan Del Rosal: Derecho Penal (Lecciones), pág. 321, Valladolid, 1924.

(18) Obra citada; pág. 229 y ss.

su sistemática metodológica, por lo que piden una estructuración dogmática de su contenido y la inserción del mismo en la Parte General del Código. Otra postura es la defendida por los que propugnan el sistema seguido en los Códigos modernos y que formularemos con las mismas palabras de Jiménez de Asúa (19): «concepto general de la culpa en el Libro primero, con reserva sobre su excepcional incriminación, y tipicidad expresa de aquellos delitos que hayan de ser considerados como punibles en su índole culposa».

Si en la técnica del artículo 565, las muertes o las lesiones causadas por imprudencia temeraria o por simple imprudencia con infracción de Reglamento no ofrece dificultad alguna respecto a las producidas mediante embarcaciones a motor, sí las presentan, en cambio, los daños ocasionados culposamente; pues aquí cabe plantearse la cuestión antes embozada, sobre aplicación de los preceptos del Código Penal o los contenidos en la legislación especial para la Marina Mercante. Para ello habrá que distinguir entre daños causados a otras embarcaciones y a objetos fijos, según se produzcan en el mar o en aguas no sometidas al imperio de dicha legislación penal especial.

a) En el mar y ríos navegables abiertos al tráfico marítimo, no cabe la menor duda que los daños producidos por colisión de unas embarcaciones contra otras habrán de ser calificadas como causadas por abordaje, figura típica sancionada en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante y en consecuencia se aplicarán los preceptos de la misma contenidos en los artículos 59 y 60 que expresamente incriminan el abordaje bajo las dos formas de culpabilidad. Esto, aún cuando la colisión se produzca por embarcaciones deportivas o de recreo, que como antes se dijo están excluidas de dicha Ley; pues tanto la doctrina (20) como las legislaciones comparadas, excepto en Bélgica, se muestran unánimes en considerar a dichas embarcaciones sometidas a las reglas mercantiles en materia de abordajes. Principio éste consagrado por el Derecho Internacional en el Reglamento para prevenir abordajes convenido en Londres el día 10 de junio de 1948 cuyo artículo 1.º letra c) no excluye este tipo de embarcaciones de la definición de buque (21).

Problema distinto, y más complejo, plantean los daños, en su sentido legal propio, causados con embarcaciones de recreo; ya que estando excluidas de la regulación penal especial, sin tener en este aspecto una equiparación doctrinal ni legal con las embarcaciones dedicadas al normal tráfico mercantil, habrá de determinarse, en primer lugar, qué norma sea aplicable cuando estas embarcaciones produzcan daños a objetos fijos o flotantes que por su propia naturaleza no tengan la consideración jurídica de buques; es decir, si los preceptos

(19) Obra citada: Tomo V, pág. 738.

(20) Francisco Fariña Guitián: Derecho Comercial Marítimo. Tomo III; pág. 17. Barcelona, 1956. Daniel Danjón: Tratado de Derecho Marítimo. Tomo I. Madrid, 1931.

(21) José Luis de Azcárraga: Legislación Internacional Marítima; pág. 305. Madrid, 1955.

de aplicación serán los de la Sección Segunda del Capítulo VI de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante o los contenidos en el Capítulo IX, Título XIII del Libro Segundo del Código Penal y, en su caso, las disposiciones del artículo 565.

Entendemos que, dada la redacción del artículo 69 de la Ley especial, único de dicha sección, no cabe duda alguna que este será el precepto aplicable pues la Ley hace abstracción aquí del medio empleado en la producción del delito, sin que los daños, en su sentido legal, dejen de ser tales porque la destrucción de una boya luminosa o de unas redes reglamentariamente caladas, pongamos por caso, se realicen por medio de embarcación o desde ésta o desde el agua mediante un objeto contundente, un cuchillo o simplemente con la mano. Y esto, en razón de que la Ley, con independencia del medio adecuado a dañarlos, protege —repetimos la frase de Del Rosal— unos determinados «objetos sobre los que puede recaer la acción delictiva» y que el legislador cifra expresamente en balizas, boyas luminosas o de otra clase, señales establecidas en el mar para servicio de la navegación: las establecidas para marcar los lugares en que se encuentran fondeadas reglamentariamente artes fijas de pesca: los puertos, sus muelles, varaderos, establecimientos y utillajes, en depósitos flotantes o artefactos navales: en artes reglamentariamente caladas o remolcadas por otra embarcación, viveros o parques establecidos dentro del mar. Pero esta larga lista de objetos tutelados expresamente no quiere decir que sólo sobre ellos podrá recaer la acción delictiva, sino que solamente ellos están amparados por el citado precepto, siendo los demás daños objeto de la tutela general del Código Penal, por ejemplo, en las artes de pesca caladas en forma distinta de la reglamentaria.

Sentado, pues, que la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante será la norma penal especialmente aplicable en caso de deterioro o destrucción de los objetos descritos en su artículo 69, conviene saber si este delito de daños cometido por embarcaciones de recreo a motor será inculparable por las dos formas de culpabilidad, el dolo y la culpa, o sólo por dolo.

Quintano Ripollés (22) afirmó que no puede haber una definición descriptiva del daño criminal por la sencilla y poderosa razón de que, siendo un concepto genérico abarcable tanto a lo civil como a lo penal, solamente la norma de esta clase es capaz de especificarlo en cada caso, y que cabe sostener en doctrina la posibilidad y hasta la licitud de la culpabilidad del delito de daños. Partiendo de estas afirmaciones y a la vista de que la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante distingue en delitos de tanta importancia como el abordaje y el naufragio, la intencionalidad y la culpa, Orcasitas (23) se pregunta que ¿cómo no va a distinguirse también en el delito de daños?: afirmando en conse-

---

(22) Antonio Quintano Ripollés: Comentarios al Código Penal. Vol. II; págs., 488 y ss. Madrid, 1946.

(23) Luis Orcasitas Llorente: Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante: pág. 88. Madrid, 1961.

cuencia, que el citado artículo 69 «habrá de aplicarse tanto en el daño doloso como en el culposo, aunque se dé la circunstancia de que por rigidez de la pena (en pocos casos es la Ley tan rígida) haya que castigar con la misma sanción el dolo y la culpa».

Nosotros, además de respetar el principio general *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, consideramos que el legislador, que sistemáticamente usa a lo largo del articulado de esta Ley la distinción entre acciones maliciosas e imprudentes, ha huido expresamente, en la tipificación de este delito, de la estimación subjetiva de la culpabilidad inculpinable por una u otra forma, sustituyendo así, este elemento esencial del delito, que es consustancial con el moderno Derecho Penal, por el arcaico principio de la responsabilidad objetiva, en el que Belling veía «un vestigio de incultura», con lo que se quiebra, una vez más, el principio *nullum crimen sine culpa*, imputándose al agente el resultado dañoso por el simple juego del vínculo natural «no imputable a dolo ni a culpa», en expresión de Cuello Calón (24). Para basar esta interpretación, creemos suficiente transcribir el párrafo primero del mencionado artículo 69 en el que a simple vista se observa no sólo una total exclusión de elementos subjetivos definidores, sino un reforzamiento de los objetivos, resaltados por las cinco palabras que subrayamos. «Serán castigados con la pena de presidio menor siempre que el valor del perjuicio causado exceda de diez mil pesetas y con la de arresto mayor si fuere inferior, pero excediera de quinientas pesetas, los hechos siguientes». Después, en cuatro números se limita a señalar los objetos cuya sola lesión generan el delito, sin que ninguno de ellos incorpore palabra alguna que permita vislumbrar el atisbo subjetivista necesario, por mínimo que fuera, para desterrar la concepción de la responsabilidad sin culpa que tanto repugna hoy, con razón, al pensamiento jurídico penal.

b) Las acciones imputables a culpa que generan un resultado de muerte, lesiones o daños cometidas con embarcaciones a motor en lagos, embalses y, en general, en aguas continentales o del interior, por la misma naturaleza de sus aguas, no ofrecen duda alguna respecto de la legislación penal aplicable: pues los preceptos del Código Penal habrán de ser tenidos en cuenta en todos los casos, bien el artículo 565 en relación con los que definen el «hecho que, si mediare malicia, constituiría delito», cuando se actúe con imprudencia temeraria o con simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos, bien los artículos 586, núm. 3.º y 600, cuando actuando con simple imprudencia sin infracción de reglamento se cause un mal a las personas o daños a las cosas, respectivamente, que de mediar malicia constituirían delito o falta.

De lo dicho se deduce que las mismas acciones culposas generantes de un resultado material de daños (las de muerte y lesiones son igua-

---

(24) Eugenio Cuello Calón: Derecho Penal. Tomo I; pág. 580. Barcelona, 1953.

les) cometidas con embarcaciones de motor, encuentran distinta sanción en nuestro ordenamiento penal según sean producidas en aguas del mar o continentales y, generalmente, por tratarse de una ley especial, a las cometidas en los espacios marítimos se les aplica unas penas más graves, pues aun gozando los Tribunales encargados de aplicarla de amplio arbitrio para la graduación de las mismas, están sujetos, por imperativo de la Ley, a las reglas del artículo 61 del Código penal que como todos los del Libro Primero son de aplicación supletoria, mientras que, por expresa liberación del artículo 565, no ocurre así respecto de los delitos incriminables a culpa sancionados conforme a nuestro primer Cuerpo legal en materia criminal. Esta enojosa situación se evitaría, sin más retoques legislativos, transponiendo el contenido del mencionado precepto al Libro Primero del Código, con lo que se obviarían si no todos, sí muchos de los graves problemas que tiene planteados el controvertido artículo único del Título XIV del Libro Segundo, del que no espresivamente el menor el que ahora comentamos, pues provoca una situación de desigualdad insostenible que si antes hemos calificado de enojosa ha sido por parecernos muy fuerte etiquetarla, comparativamente, de injusta.

Hemos dicho que en los delitos formales, también llamados de mera o simple actividad, la acción no provoca alteración externa alguna, no tiene influencia en el mundo exterior, pues en ellos «el resultado queda sumido en la manifestación de voluntad» (24 bis).

La mayoría de las figuras delictivas de esta especie contenidas en nuestro Código penal a raíz, principalmente, de la reforma llevada a cabo por la Ley 3/1967, podrían ser cometidas con embarcaciones a motor si la procedencia de estos preceptos no delatase el alcance que en los mismos tiene la expresión «vehículos de motor»: con lo que pese a la generalidad que se les ha querido imprimir incluyéndolos en el Código, siguen conservando su naturaleza especial que excluye a cualesquiera otros artefactos de motor que no participen del estricto sentido que el vigente ordenamiento penal otorga a dicha expresión.

No sucede así con el artículo 489 bis. Este artículo, sobre la omisión del deber de socorro, es el único que es aplicable a cualquier conducta dolosa, aunque según Cuello Calón (25) y Quintano Ripollés (26) no puede excluirse la posibilidad de la comisión culposa, que sea inactiva ante el deber impuesto por la ley de prestar socorro, y, por tanto, será sancionable por las dos figuras delictivas tipificadas en él el Patrón, o sus acompañantes, que omitiere el deber de prestar socorro o demandar auxilio ajeno, pues está redactado con la suficiente generalidad para que no quede fuera de sus preceptos conducta alguna que voluntariamente se inhiba del deber que la Ley impone.

---

24 bis) Juan Del Rosal: Derecho Penal (Lecciones); pág. 403. Valladolid, 1954.

(25) Derecho Penal. Tomo II (Parte especial); pág. 737. Barcelona, 1955.

(26) La omisión de socorro. Información Jurídica, 1949; pág. 295. En igual sentido José María Rodríguez Devesa: Derecho Penal Español. Parte especial; página 105. Valladolid, 1966.

Esa generalidad es todavía más encomiable en el párrafo tercero donde al describir el tipo cualificado, el legislador ha huido de la expresión «vehículos de motor», no obstante haber extraído dicha agravación de la Ley 122/62, dotando así al artículo de una mayor posibilidad de aplicación al prever la inclusión en el tipo de cualquier conducta generante de un accidente con independencia del medio empleado en su producción.

## 2. *Delitos de lesión y de peligro.*

Esta clasificación es una nueva faceta del delito considerado bajo el prisma de la acción, que no difiere sustancialmente de la estudiada de delitos materiales y formales, pues este último término conviene, en el aspecto que le es propio, a los delitos de peligro. La concreción de la fórmula se debe a Binding (27) que clasificó los delitos tripartitamente en: de lesión, de peligro y de desobediencia. Antes Carrara (28) había enseñado que sólo podían elevarse a la categoría de delitos, aquellos actos externos «que han dañado o que tenían la aptitud de dañar los derechos ajenos, o aquéllos que en su desarrollo han puesto el derecho en peligro actual».

Los delitos de peligro, como los de simple actividad, son inculminables sólo a dolo, aunque algunos autores, como Quintano Ripollés (29), consideran que los delitos de riesgo con resultado jurídico cierto en el sentido de «hecho» en lenguaje del artículo 565, no necesariamente de daños, pueden serlo a título de culpa. Con esta expresión de «resultado jurídico cierto» Quintano se cubre de las palabras que otrora escribiera el gran maestro de Pisa (30) y que conservan toda su fuerza y valor. «No puede aceptarse —decía— la extravagante doctrina de algunos (se refiere a Winssinger y Lelièvre) que han sostenido, ni más ni menos, que se pueden inculminar también los hechos culposos que no han ocasionado daño alguno».

La reforma llevada a cabo por la Ley 3/1967 ha introducido en nuestro Código, como decíamos antes, la rúbrica «de los delitos de riesgo en general», dedicando su Sección 1.<sup>a</sup> a los delitos «contra la seguridad del tráfico» tipificados todos ellos en consideración al peligro que los vehículos de motor son susceptibles de provocar, dando así entidad propia dentro del Código a los delitos de peligro, pero sin atreverse a agotar sus consecuencias agrupando bajo dicha rúbrica todos aquéllos que se encuentran dispersos por su articulado.

(27) Binding: *Die Normen*, 2.<sup>a</sup> edic., vol. I, pág. 364. El tercer término de esta clasificación parece corresponderse con el de igual orden señalado por Beccaria, obra citada, pág. 39, que señala, después de distinguir los delitos públicos y los privados, que otros «son acciones contrarias a lo que cada uno está obligado hacer o no hacer, según las leyes respecto al bien público».

(28) Francisco Carrara: Programa del curso de Derecho Criminal. Parte General. Vol. I, págs. 88 y ss. Parágrafo 100. Buenos Aires, 1944.

(29) Derecho Penal de la Culpa (Imprudencia), pág. 196. Barcelona, 1958.

(30) Francisco Carrara: Obra citada; pág. 104. Parágrafo 126.

Respecto a la posible incriminación de las conductas actuadas por medio de embarcaciones de recreo a motor que suponga un peligro para la vida de las personas, su integridad o sus bienes, repetiremos nuevamente que tal incriminación no es hoy posible por estar dichos preceptos concebidos para ser aplicados en exclusiva a los vehículos de motor que pongan en peligro la seguridad del tráfico por carreteras, vías públicas y demás caminos transitables y ya hemos dicho antes que tal expresión no puede retorcerse interpretativamente para hacerla extensiva a las embarcaciones de motor ni a otros artefactos, motorizados o no, que pongan en peligro concreto o abstracto, de ser lesionados los mismos bienes jurídicos que amparan actualmente las específicas normas recogidas en los artículos 340 bis a), 340 bis b) y 340 bis c). Estos artículos continúan conservando la misma naturaleza que tenían en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 24 de diciembre de 1962. ¡Lástima que el legislador no haya prodigado más el acierto tenido en el artículo 489 bis!

#### IV. DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS

La naturaleza de las aguas donde se practique la navegación con estas embarcaciones de recreo, además de la legislación penal aplicable, condiciona la competencia administrativa en materia de seguridad y policía, cuya regulación dependerá, en el mar, del Ministerio de Comercio y en aguas del interior, del Ministerio de Obras Públicas, y determina, también, la Jurisdicción competente, de Marina y Ordinaria, que se verán obligadas cada una en su esfera propia a aplicar reglamentaciones distintas para enjuiciar hechos idénticos. Esta circunstancia puede influir de modo decisivo a crear una situación de inseguridad social motivada por la incertidumbre de la norma reglamentaria desobedecida, ya que, según el ámbito espacial de aplicación, dicha norma resultará decisoria en la calificación judicial de la conducta incriminable a título de culpa; pues según medie o no infracción de los reglamentos, la conducta culposa no calificada de temeraria estará incardinada como delito, en el artículo 565 o como falta contra las personas o contra la propiedad en los artículos 586, número 3.º y 600 del Código penal.

Pero esta dualidad administrativa no supone, como a primera vista pudiera parecer, la existencia de una profunda escotadura que separe ambas reglamentaciones a modo de rocas aisladas e incommunicables, pues las normas que regulan la navegación de las embarcaciones de recreo a motor están asentados, en su origen, sobre una base común: la patente necesidad de proteger a los bañistas de los múltiples riesgos que la práctica de esa navegación supone para ellos. Necesidad que el Ministerio de Comercio reconoció ya en 1964 al establecer unas zonas prohibidas a los deportes náuticos con estas embarcaciones, delimitación que venía condicionada por «el gran incremento que están teniendo los deportes náuticos con embarcaciones de vela y motor, el

constante aumento de las velocidades que pueden alcanzar estas últimas y la gran afluencia de personas que acuden a la playa, calas y puntos de la costa».

Si comparamos estas palabras justificativas de la Orden de 2 de julio de 1964 con las contenidas en el preámbulo de la Ley 122/62 de 24 de diciembre sobre uso y circulación de vehículos de motor, vemos que en unas y otras palpita la misma necesidad de evitar los accidentes y aminorar los peligros que el uso de ambas clases de vehículos generan para las personas y sus bienes. La diferencia estriba, innecesario parece decirlo, en el distinto trato que, como lógica consecuencia de la naturaleza de ambos ordenamientos, se imponen a las acciones contrarias a lo dispuesto en la Orden y Ley referidas; para nosotros, como ya hemos dicho anteriormente, esta distinción normativa resulta injustificada en su inicio e insostenible en el momento actual, pues esa necesidad se ha agudizado en relación con las embarcaciones a motor hasta el extremo que la sociedad demanda imperiosamente una expresa protección penal, fácil de conseguir con la mera transmutación de las normas administrativas en normas penales, siguiendo con ello el camino marcado por la primera ley especial del automóvil.

Como a los fines de este trabajo resultaría excesivo un estudio global de las diversas disposiciones administrativas, nos limitaremos tan sólo a esbozar las conexiones y diferencias que presentan entre sí algunas de las normas reglamentarias de los citados Ministerios, agrupándolas sistemáticamente por conceptos.

### 1. *Zonas reservadas a bañistas.*

La citada Orden de 2 de julio estableció con carácter general una zona en el mar a lo largo de todas las costas españolas con una anchura de doscientos cincuenta metros en las playas y de cien metros en el resto del litoral reservada exclusivamente a bañistas, hasta el extremo que cuando éstos acudan no podrán realizarse en ella «actividades deportivas ni de recreo en la que se empleen embarcaciones o artefactos provistos de hélice, o de que, sin tenerla, puedan desarrollar velocidades superiores a los cinco nudos». Ahora bien, como la uniformidad en la extensión de esta zona no podía establecerse de modo absoluto sin desconocer la varia configuración de las costas españolas y los múltiples intereses en juego, comerciales y turísticos, se concedió a las Autoridades Locales de Marina, en sus funciones delegadas del Ministerio de Comercio, la facultad de modificar a su juicio esa extensión con la obligación de precisar con balizas u otros sistemas de señalización la anchura de la zona delimitada. Además dichas Autoridades estarán obligadas a fijar, debidamente señalizados, canales de arranque, atraque o varada de las embarcaciones con velocidad superior a cinco nudos, en los que se prohíbe la práctica de la navegación.

Aun admitiendo este sistema como el más perfecto de los dos actualmente empleados por la Administración, creemos que sería aconsejable disponer, en todo caso, la señalización con balizas u otros siste-



mas adecuados de la zona reservada a bañistas, para obviar así los inconvenientes de toda delimitación ideal en las zonas limítrofes a los cien y doscientos cincuenta metros, con intercambios de bañistas y embarcaciones de una zona a la otra por imposibilidad de determinar la distancia exacta a la costa.

Sistema distinto sigue el Ministerio de Obras Públicas. La Orden de 19 de julio de 1967, que regula la práctica de la navegación en embalses, obliga a las Comisarías de Aguas de cada cuenca hidrográfica a fijar, entre otras, las zonas «en las que se prohíbe la navegación por el peligro para los bañistas», pero sin establecer, con criterio general y supletorio, una delimitación de zona para todos los embalses en los que se autorice la navegación. El sistema de supletoriedad ofrece la ventaja, en defensa de los bañistas, de cubrir el período de tiempo que necesariamente ha de mediar entre la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Orden autorizando la navegación en un determinado embalse y el balizamiento por las Comisarías de Aguas de las zonas delimitadas exclusivamente para bañistas.

El hecho que el establecimiento de zonas reservadas a bañistas se haga, en todo caso, en consideración de las costas y riberas de las aguas navegables, presenta, a nuestro entender, un importante problema, bien estén delimitadas dichas zonas con carácter general en una extensión uniforme para todas las costas españolas, con las excepciones dispuestas por las Autoridades Locales de Marina en atención a la especial característica del litoral, bien estén fijadas por cada Comisaría en particular relación a las específicas circunstancias de cada embalse concreto. El problema consiste en la situación de inseguridad en que quedan los bañistas dotados de aptitudes natatorias, pongamos por caso, que traspasando los límites de la zona a ellos reservada practiquen la natación a distancias superiores de la costa o riberas a las reglamentariamente fijadas.

Esta circunstancia está prevista en el artículo 5.º de la tan repetidamente citada Orden del Ministerio de Comercio; no en las disposiciones de Obras Públicas. Establece dicho artículo que «cuando en concursos de natación, entrenamiento o cualquier otra actividad deportiva hayan de salir nadadores de la zona a ellos reservada habrán de ir acompañados de embarcaciones que señalen su presencia y puedan recogerlos en caso necesario». Pero ¿qué sucede si los nadadores infringen esta norma? Como es lógico, no cabe pensar en dejar sin protección la posibilidad de traspasar los límites señalados, pues ello supondría tanto como conceder administrativamente patente de corso a las personas que patronean embarcaciones, sean o no de motor, presuponiendo en ellas una diligencia por el mero hecho de navegar en zonas autorizadas a tales embarcaciones. Por el contrario, la conducta causante de un accidente u originadora de un riesgo para las personas o las cosas, con independencia del lugar en que acaecieron los hechos, habrá de ser valorada judicialmente para determinar si la misma es o no inculpada a culpa, sin que pueda alegarse, en modo alguno, la

imprudencia de la víctima como causa de exoneración de la propia imprudencia. Esto en base a dos razones: La primera, consiste en la previsibilidad que debe formarse el patrón en zonas limítrofes del posible incumplimiento por los nadadores del requisito de ir acompañados de una embarcación; la segunda, más importante, radica en el principio de la no compensación de culpas que resulta incontrovertible en el Derecho penal, pues «la conducta culposa de la víctima no interrumpe el nexo de causalidad entre el hecho inicial del resultado dañoso y este mismo resultado» (31).

El problema se resolvería, sin abandonar el sistema de delimitación actual, estableciendo unas *zonas de influencia o seguridad* en torno a los bañistas e incluso a las embarcaciones y objetos fijos tales como balizas, boyas, etc., con lo cual se evitarían múltiples accidentes y se salvaguardaría mejor la integridad de los esquiadores acuáticos que sin contravenir los reglamentos, pues dicho deporte ha de practicarse necesariamente fuera de las zonas de bañistas, pueden quedar sumergidos en el agua por pérdida del equilibrio, por reducción de velocidad o por avería de la embarcación que los remolque. La determinación de estas zonas que llamamos de *influencia o seguridad* podría hacerse por medio de circunferencias cuyo radio, partiendo como centro de la persona o cosa protegidas, fuera igual al doble de la longitud máxima autorizada a los cables utilizados en el deporte del esquí acuático. Con lo cual, autorizando tan sólo la navegación tangencial a dichas circunferencias, se reducirían considerablemente los accidentes producidos con embarcaciones a motor.

## 2. Título que habilitan para el manejo de embarcaciones de recreo.

La citada Orden del Ministerio de Obras Públicas exige expresamente como requisito para el manejo o gobierno de embarcaciones de recreo estar en posesión del correspondiente título xpedido por la Subsecretaría de la Marina Mercante.

Según la Orden del Ministerio de Comercio de 10 de noviembre de 1965 modificada por la de 6 de marzo de 1969, tales títulos serán, en atención a las características de las embarcaciones cuyo manejo habiliten, de cinco categorías: Capitán de Yate, Patrón de Yate, Patrón de Embarcaciones deportivas a motor de primera clase, Patrón de embarcaciones deportivas a motor de segunda clase y Patrón de embarcaciones deportivas a vela. No precisarán de estos títulos las embarcaciones deportivas a vela de hasta una tonelada de desplazamiento y las de motor del mismo tonelaje de hasta ocho HP fiscales, ni las embarcaciones deportivas a remo y las neumáticas con motor fuera borda de potencia no superior a los 4 HP fiscales; pero será necesaria para el manejo de esas embarcaciones una autorización de la Federación correspondiente con el visto bueno de la Autoridad de Marina, si están comprendidas

(31) Eugenio Cuello Calón: Derecho Penal. Vol. I. Parte General, página 444.

en los dos primeros tipos y un permiso de la Autoridad Local de Marina, si lo están en los dos últimos.

La Orden citada señala como característica especial de estos títulos la de ser de carácter meramente deportivo y carecer de condición profesional, por lo que prohíbe a sus poseedores contratar sus servicios y, como lógica consecuencia, percibir emolumento alguno por su ejercicio.

Es curioso observar cómo ambos Ministerios tasan sus palabras al referirse a estos últimos, eludiendo conscientemente todas aquellas que pudieran sugerir cualquier conexión con los legalmente denominados vehículo de motor. Así, repiten de continuo los términos «manejo», «gobierno», etc., y designan con los nombres de Capitán o Patrón a los que manejan estas embarcaciones, relegando al olvido la expresión «conductor de embarcaciones de recreo» empleada por la Orden del Ministerio de Comercio de 14 de junio de 1934.

### 3. *Inscripción y matriculación.*

Por exigencias de la Orden de 19 de julio de 1967 y la del Ministerio de Comercio de 10 de febrero de 1966, todas las embarcaciones de recreo precisan para poder navegar en aguas sujetas a la competencia administrativa de uno u otro Ministerio, la inscripción en el Registro de Buques que se lleva en las Comandancias y Ayudantías de Marina, donde se les asignará un folio de la Lista de recreo y de una matrícula, datos éstos que habrán de estamparse en la placa de la Inspección de Buques que va unida al casco.

:-: :-: :-:

En este leve esbozo de las disposiciones administrativas se nota una ausencia de normas generales que regulen la navegación de embarcaciones de recreo en ríos, lagos y lagunas que habrán de suplirse con aquellos preceptos de la Ley de Aguas de 1879 que le sean de aplicación..., si es que una Ley de tal vetustez puede aplicarse a un fenómeno social tan reciente. También se observa el carácter fragmentario y disperso de las normas existentes, que ofrecerán siempre serias dificultades a los usuarios de las aguas públicas, bien sean de mar o continentales, para abacar íntegramente su contenido, cuando en realidad el pleno conocimiento de tales normas constituiría la primera medida de prevenir los riesgos que entraña este tipo de navegación.

Con criterio unificador y movidos por el deseo de obviar cuantos inconvenientes puedan oponerse a una completa reglamentación general de la navegación de embarcaciones de recreo, tanto a motor como a vela o remos e incluso la de hidropedales, cualquiera que sea la naturaleza de las aguas en que se practique, sugerimos que por la Presidencia del Gobierno se nombre una Junta interministerial de los ramos competentes, para el estudio y redacción de un Código de la Navegación de embarcaciones de recreo que, a semejanza del Código de la Circulación, aune criterios y establezca las bases, requisitos y re-

glas a que deberán ajustarse materias de tanta importancia como: expedición de títulos, autorizaciones y permisos; requisitos administrativos para poder navegar; delimitación de zonas con carácter general, sin perjuicio de establecer normas a las que se acomoden las posibles excepciones; balizamiento, en todo caso, de esas zonas; determinación de distancias mínimas a que deben navegar unas embarcaciones de otras, así como la distancia a que dichas embarcaciones deben pasar de bañistas y balizas u otros objetos; luces reglamentarias; sistema de señales en demanda de socorro; material de salvamento de que deben ir provistas; y, en general, todas cuantas se encuentren relacionadas con la navegación de estas embarcaciones en aguas públicas, así como las sanciones administrativas a que den lugar la infracción de sus preceptos.

## V. ESTADÍSTICAS

Vamos a entrar ahora, de pasada, en el debatido tema de la Estadística criminal que por jugar un papel importante para el conocimiento de la etiología de la delincuencia y suponer —en frase del profesor Del Rosal (32)— la «expresión cuantitativa del delito en la vida social» ha sido objeto de un abusivo empleo que ha contribuido, en parte, a su descrédito pero que ha de servir en nuestro estudio para fijar la realidad social del fenómeno criminoso que constituye la *ratio essendi* del mismo.

Si toda formulación estadística es relativa al plasmarse en la esquemática frialdad de unos simples números, que aun siendo veraces no reflejan la exacta relevancia de su contenido, no debe olvidarse que en el tema tratado este relativismo es aún mayor si se compara de una parte con el grado de desarrollo económico y de mecanización que tenemos en España y de otra con los delitos de esta índola cometidos con otros vehículos de motor. Existe tal desproporción entre el parque nacional automovilista y la flota de embarcaciones de recreo a motor que forzosamente, la aparente escasez de resultados lesivos producidos por tales embarcaciones, ha de valorarse en su justa proporcionalidad y medida. A este respecto, conviene recordar el ejemplo anotado por Quintano (33) que demuestra de forma precisa la relatividad de la Estadística: así, partiendo de la comparación de los 38.840 accidentes de vehículos de motor con resultado de muerte en Estados Unidos con los 1.501 en España en 1955, establece luego la proporción con el número de automóviles existentes arrojando el sorprendente resultado de 495 muertos en España por cada 100.000 vehículos y sólo 72 en Estados Unidos. Por tanto, a pesar del menor número global de muertes, no cabe duda que en España se producen *relativamente* más accidentes mortales que en E.E.U.U.

(32) Juan del Rosal: Derecho Penal (Lecciones), pág. 13.

(33) Antonio Quintano Ripollés: Derecho Penal de la culpa, pág. 130 y ss.

A falta de una estadística nacional conjunta en aguas del mar y en las continentales de los accidentes ocurridos con esta clase de vehículos, hemos de valernos exclusivamente de los parciales resultados que nos brindan los registros de las Secretarías de Justicia de los Departamentos Marítimos de Cartagena, El Ferrol del Caudillo, Cádiz y la Base Naval de Canarias (33 bis).

En el Departamento Marítimo de Cartagena, que comprende Baleares y las aguas de la zona costera que va desde la frontera de Francia hasta la provincia de Almería, durante los años 1962 a 1969, ambos inclusive, se han producido cincuenta y dos accidentes de navegación con embarcaciones de recreo a motor con resultado de muerte o lesiones. De ellos, 29 tuvieron lugar en los años 1962 a 1967; cifra que ha sido casi igualada en sólo los dos últimos años con un total de 23 accidentes.

El hecho de que estas conductas criminosas están en directa relación con el bienestar económico y el incremento del turismo, nos lo muestran los siguientes datos en los que los accidentes se han agrupado por Comandancias de Marina, excepto los ocurridos en las de Mallorca e Ibiza que se hacen bajo la común denominación de Baleares:

Barcelona, 20; Baleares, 20; Alicante, 6; Tarragona, 3; Castellón, 1; Valencia, 1 y Cartagena, 1.

Por último, es digno de mención que de estos 52 accidentes, 28 han sido producidos por extranjeros y de ellos 13 han tenido lugar en los años 1968 y 1969.

Dos puntualizaciones se pueden hacer en torno a estas cifras aparentemente pobres: una, que en esta relación numérica sólo se reflejan las acciones que han producido un efectivo resultado lesivo a las personas, sin que se hayan sumado a ellos los actos dañosos propiamente dichos ni los que generan graves riesgos para las personas o la navegación, ni se hayan valorado aquellas conductas que, en la mayoría de los accidentes señalados, además de producir el resultado lesivo, hubieran constituido en otro ordenamiento penal más adecuado, la figura delictiva de patronear sin el correspondiente título; otra, que *todos* estos accidentes de navegación con vehículos de motor náuticos se han producido en el corto período de tiempo que media entre el día 1.º de julio y el último día de septiembre de cada año.

En base a cuanto se ha dicho y a la política expansiva seguida por el Gobierno en las esferas económica y turística, no resulta difícil prever que este aumento de accidentes con resultado de muertes y lesiones experimentado en los dos últimos años, se verá ampliamente rebasado en los venideros si antes no se toman las oportunas medidas de índole penal y administrativa que permitan, además de una eficaz prevención de los riesgos y accidentes, una represión adecuada a la antisocialidad de estos delitos que constituyen una modalidad destacada en la delin-

---

(33 bis) En el momento de publicarse este trabajo aún no hemos recibido la estadística solicitada de los Departamentos Marítimos de El Ferrol del Caudillo, Cádiz y Base Naval de Canarias.

cuencia de nuestros días, caracterizada por la velocidad y la imprudencia.

## VI. NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACION PENAL

Hemos venido exponiendo a lo largo de este trabajo que en el actual *entorno* social las normas penales vigentes resultan insuficientes para prevenir las consecuencias de esta nueva forma de manifestarse la criminalidad imprudente y, desde luego, inadecuadas para reprimir las modalidades delictivas que, con la legislación del automóvil, han tomado carta de naturaleza en nuestro ordenamiento penal. Generalmente se tipifican como figuras dolosas aunque, como dice Quintano (34), por ser delitos de mera desobediencia y puro formulismo «no se trata propiamente de que en ellos no opere la culpa, sino de que es indiferente esa forma de culpabilidad o la del dolo, hermanados ambos en la objetividad de la infracción».

Esta insuficiencia e inadecuación de la normativa jurídico-penal con la realidad ofrecida por las embarcaciones a motor, no cabe duda que año por año será más patente conforme España, por el camino emprendido, vaya integrándose económica y socialmente en la Comunidad europea con el consiguiente aumento del nivel de vida que se traducirá en un mayor consumo de bienes dedicados al recreo y solaz de todos los españoles, al igual que ha ocurrido con los vehículos de motor terrestres. Por ello, es necesario contener el progresivo incremento de accidentes con vehículos de motor náutico, que ya en los años 1968 y 1969 han provocado la alarma en la sociedad y, principalmente evitar que proliferen otras manifestaciones criminosas ante la incapacidad de la ley penal para reprimirlos. Para tal objeto es preciso que el legislador, prestando a estas manifestaciones criminales la atención que merecen, las defina y sancione por medio de tipos amplios que encuadren las conductas, activas o pasivas, actuadas por medio de embarcaciones de motor con independencia de la naturaleza de las aguas en que naveguen.

Hora es ya de señalar las acciones u omisiones que el uso y navegación de embarcaciones a motor presentan como susceptibles de ser incriminadas a dolo o a culpa y que en la actualidad, no obstante ser la más frecuente, permanecen impunes. De mayor a menor frecuencia, sin entrar en el estudio de la dogmática jurídico-penal de cada una de ellas, citaremos las siguientes: a) patronear sin el correspondiente título, autorización o permiso que habilite para ello; b) manejar las embarcaciones con temeridad manifiesta que pongan en peligro inminente, en zonas reservadas a bañistas, la vida o integridad de éstos y, en zonas libres, la seguridad de la navegación; c) los daños a otras embarcaciones de este tipo y a cualesquiera otros objetos, trasplantando los preceptos del artículo 69 de la Ley Penal y Disciplinaria de la

(34) Obra citada; pág. 287.

Marina Mercante al Código penal para obviar así la actual laguna legislativa que presentan los mismos hechos realizados en aguas continentales; d) omitir el número de matrícula; en realidad el hecho más frecuente es el de navegar sin tener debidamente alistada la embarcación en el registro correspondiente. Sin que se pueda descartar la falsificación, sustitución o alteración de la matrícula asignada, sobre todo en caso de anotaciones en su folio y cambio de aguas donde se practique la navegación; e) el hurto de uso de estas embarcaciones, que deben ser penalmente protegidas por el elevado valor de las mismas, incluso las más modestas; en la legislación actual sólo se sancionarán estas conductas disciplinariamente por las Autoridades de Marina por aplicación del artículo 100 letra *b* de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, de no estar excluidas del ámbito de dicha ley especial concebida en aras de la profesionalidad; f) manejar embarcaciones de recreo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes; g) por último, como consecuencia lógica de la anterior tipología, el delito le quebrantamiento de condena caso de patronear una embarcación sin haber extinguido la condena de suspensión o privación del título, autorización o permiso reglamentario.

Conscientemente hemos dejado fuera de esta numeración de nuevas manifestaciones criminosas actuadas con embarcaciones de recreo, el delito de omisión del deber de socorro por considerar, como dijimos en su lugar oportuno, que las sanciones fijadas por el Código en su artículo 489 bis, por la generalidad de su tipificación son igualmente aplicables a los patrones y ocupantes, en su caso, de las embarcaciones de recreo que infrinjan el concreto deber impuesto por la ley.

Dos son los sistemas que el legislador puede adoptar en orden a la tipificación de las nuevas figuras delictivas: el primero, regulándolas *ex novo* por medio de una ley especial aplicable a estas embarcaciones cualquiera que fuese la naturaleza de las aguas en que navegan, y por consiguiente, con total independencia de otras figuras delictivas afines cometidas con vehículos de motor. El segundo, introduciéndolas directamente el Código Penal por medio de una reelaboración técnica de los preceptos que, procedentes de la Ley 122/62, son aplicables a los delitos ocasionados con vehículos de motor.

Este segundo sistema es el más adecuado y aceptable según nuestro criterio. Con él el legislador no precisa más que retocar los artículos 27, 30, 279 bis, 334, 340 bis *a*), 340 bis *b*), 340 bis *c*), 516 bis, 565 y 586, en cuanto hagan referencia al permiso de conducir o a figuras típicas del automóvil, para que las embarcaciones de recreo a motor queden subsumidas con todas sus consecuencias e implicaciones en los actuales tipos penales definidores de los delitos con vehículos de motor.

El primer paso, primordial y básico para lograr esta subsunción habrá de consistir en la reconducción jurídica de la expresión «vehículos de motor» a su genuino significado gramatical, dotándola de un sentido amplio que abarque por igual a los automóviles, embarcacio-

nes, aviones o cualquier otro artefacto que, propulsado por una fuerza motriz propia, sirva para transportar personas o cosas con entera independencia del medio físico en que se realice el transporte. De este modo, fijada esta expresión en todo su pleno contenido, resultará fácil llegar a una formulación general del tipo penal, adecuado que alcance a las embarcaciones de recreo a motor o a cualquier otro vehículo, bien por eliminación de palabras consagradas por el uso como exclusivas para los automóviles, bien por yuxtaposición de otras que amplíen su contenido cuando por necesidad terminológica resulte difícil su presión o sustitución.

A nuestro entender, son dos las consecuencias más importantes que puede presentar la incardinación de las embarcaciones de recreo en la expresión «vehículos de motor». Una en orden a la punición de los delitos cometidos con toda clase de vehículos, estableciéndose las penas, sobre todo la privación del permiso reglamentario, en atención a la especial característica de cada uno de los vehículos que sirva de medio en la comisión del delito. Habrá de tenerse en cuenta que la mayoría de estas embarcaciones deportivas únicamente se usan durante la temporada veraniega con lo que la pena de privación del título de patrón, la autorización o el permiso concedido por la autoridad competente, impuesta por un año sólo produciría un perjuicio para su titular durante los meses de julio, agosto y septiembre, por ser los meses que realmente puede utilizarla; sin embargo, la misma pena impuesto a un automovilista sería más gravosa por suponerle la pérdida de la posibilidad de usar su vehículo todos los días del año. Así pues, de no tomarse en cuenta a la hora de sancionar unas determinadas conductas esta situación de temporalidad o permanencia en el disfrute de los distintos vehículos de motor, podría inducirse a los juzgadores a cometer una injusticia en la sanción, si bien este defecto está paliado en parte con el gran arbitrio que el legislador les concede para graduar la pena de privación del permiso.

La otra consecuencia es en orden al aseguramiento del pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios sufridos por la víctima. En este orden, las embarcaciones de recreo como auténticos vehículos de motor habrán de quedar sometidas al régimen del Seguro Obligatorio y sus riesgos cubiertos por el Fondo Nacional de Garantía. De esta cuestión nos ocuparemos, también someramente, en el apartado siguiente.

## VII. SEGURO OBLIGATORIO

No pretendemos ahora abordar la problemática general que presenta la actual reglamentación del Seguro Obligatorio en los vehículos de motor, remitiéndonos expresamente a las obras de Pera Verdaguer (35) y Reyes Monterreal (36) que hacen un acabado estudio del tema y cuyas

(35) Obra citada; págs. 194 a 259.

(36) Obra citada; págs. 281 a 348 y 443 a 516.



consideraciones y puntualizaciones pueden ser de aplicación en su día a las embarcaciones de motor que constituyen un tipo especial de los llamados vehículos de motor.

En torno a su naturaleza jurídica conviene matizar las características estudiadas por la doctrina (37) y señaladas en la Ley y en el Reglamento de ser un seguro de tipo privado y de los llamados de límite, con la expresa mención que hace el preámbulo del Decreto de 19 de noviembre de 1964 de constituir un seguro de *finalidad social*, que garantiza a la víctima una indemnización. Pero esta especial finalidad, para ser verdaderamente social ha de ser integradora de la vida social humana (38), no pudiendo marginarse de su aplicación a un amplio sector de la sociedad expuesto a sufrir semejantes accidentes con otros vehículos de motor, aunque legalmente no estén considerados como tales.

Esto, en parte, lo ha tenido en cuenta el gobernante ampliando el alcance protector del seguro obligatorio a artefactos de motor excluidos del concepto legal. Así el artículo 6.º citado en el apartado segundo, extiende, a los solos efectos del seguro obligatorio, la consideración de vehículos de motor a los trolebuses, tranvías y tractores y maquinarias agrícolas y de obras que no gozan en el ordenamiento penal de tal consideración; incluso antes de la derogación de la Ley 122/62 creemos, amparados en la frase «apto para circular», que el régimen del seguro obligatorio cabía aplicarlo en los accidentes ocurridos en garajes o como consecuencia de circulación de vehículos de motor fuera de las vías públicas, que según Reyes Monterreal (39) quedaban fuera de las prescripciones de la Ley.

Importa en este momento y de manera especial llevar al ánimo del legislador la urgente necesidad de insertar las embarcaciones de recreo a motor en el marco conceptual de los vehículos de motor. Necesidad que si antes en el campo penal hemos señalado como imperiosa, se presenta ahora como perentoria en la esfera civil, para que la víctima de estos accidentes con embarcaciones a motor no se vea desasistida en orden a las responsabilidades civiles ni sienta frustrada la posibilidad de percibir la indemnización que declare el Juzgado. Frustración que puede darse bien por insolvencia del que maneja la embarcación caso que ésta no sea de su propiedad, esté o no autorizado para su uso; bien por ser extranjero el patrón y marche a su país antes de decretarse el afianzamiento; bien por darse a la fuga el culpable o por cualquier otra circunstancia que imposibilite a éste a indemnizar a la víctima o sus herederos.

De no producirse rápidamente esta equiparación en orden al aseguramiento de las responsabilidades civiles, el legislador mantendría con su silencio la absurda situación actual en la que se ha subvertido la escala de valores encontrándose los causantes de accidentes con embarcaciones a motor en plano indebidamente privilegiado no sólo frente a

---

(37) José María Reyes Monterreal: Obra citada; pág. 445.

(38) Luis Legaz Lacambra: Obra citada; págs. 321 y 453.

(39) Obra citada; pág. 31.

sus víctimas, sino también frente a los causantes de daños con otros vehículos de motor, pues estos últimos están sujetos al brocardo «el que causa un daño está obligado a indemnizarlo» (40) que desde su categoría suprema de principio general del Derecho informa todo nuestro ordenamiento jurídico general. Pero debe tenerse en cuenta que la actual concepción del régimen de seguro obligatorio ha invertido el signo de este principio, precisamente para darle más efectividad y evitar que por insolvencia del causante del accidente o cualquier otra circunstancia ajena al perjudicado, éste quede sin percibir satisfacción económica por los daños sufridos; en realidad hoy podría formularse con más rigor jurídico dicha máxima diciendo que «el que recibe un daño tiene derecho a ser indemnizado» con lo que el resarcimiento en sí queda independizado de la persona responsable del accidente que podrá o no ser la que realmente indemnice.

Sin duda el problema más acuciante en torno al seguro obligatorio de las embarcaciones deportivas o de recreo a motor lo plantean, en el ámbito personal, los extranjeros. En efecto, la práctica nos enseña que al producirse un accidente las primeras diligencias judiciales tienden a fijar exclusivamente los hechos depurando la naturaleza de los mismos por medio de la formación de Diligencias previas o de un Procedimiento Previo, según terminología de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Código de Justicia Militar, respectivamente. Hasta que se decreta su elevación a causa y el consiguiente procesamiento transcurre un período de tiempo que, por breve que sea, permite al presunto culpable la salida del territorio español sin que los derechos de la víctima queden suficientemente garantizados, que se verá obligada a soportar, además de las lesiones, los gastos de hospitalización y asistencia facultativa.

Este caso no es insólito ni aislado en nuestras costas mediterráneas donde, como hemos visto estadísticamente, más de la mitad de los accidentes con resultado de muerte o de lesiones se producen por extranjeros, si bien la mayoría, justo es decirlo, convienen extrajudicialmente la indemnización con la víctima o sus familiares aunque no siempre en beneficio de éstos, unas veces por la entidad de las lesiones y los gastos producidos en su curación que no habían podido preverse, otras por el temor de no percibir indemnización alguna si el causante del accidente marchaba a su país de residencia.

Por último, concretándonos al examen de las disposiciones reglamentarias encontramos dos situaciones distintas. El Ministerio de Obras Públicas en la citada Orden de 19 de julio de 1967 para autorizar a una embarcación de motor de potencia superior a 5 CV que navegue en un embalse, exige como requisito necesario «la presentación de póliza de seguros contra daños a tercero» a cuya vigencia supedita la autorización. Se establece así administrativamente una obligatoriedad en el seguro, pero que, aun siendo digna de loa, no cubre en modo alguna la laguna que deja el régimen del seguro obligatorio en la navegación de este tipo

---

(40) Medina y Maraón: *Leyes Civiles de España*. Tomo I; pág. 793. Madrid, 1958.

de embarcaciones; dejando por otra parte sin cubrir los daños provocados con embarcaciones de motor hasta 5 CV, que obvia haciendo responsable al titular de la respectiva autorización de los daños y perjuicios que ocasione el uso de la embarcación.

El Ministerio de Comercio, por el contrario, no exige como requisito para despachar la embarcación de motor la obligación de presentar póliza alguna por daños a terceros (41). Sólo en la Orden de 21 de marzo de 1968 sobre autorizaciones para actividades marítimas turístico-deportivas, se exige el «certificado de hallarse vigente el seguro de accidentes amparando a tripulantes y pasajeros».

A la vista de la parquedad o ausencia de normas que exijan la obligación de asegurar las embarcaciones de motor por daños a terceros. creemos que queda suficientemente patente la necesidad de extender a esta clase de vehículos de motor la regulación legal y reglamentaria del seguro obligatorio con la supletoriedad salvaguardadora de los derechos de la víctima que supone el Fondo Nacional de Garantía.

## VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Al formular nuestras conclusiones no pretendemos ni mucho menos dar por finalizado un tema tan sugerente y apenas esbozado torpemente por nosotros; al contrario, deseamos abrir una puerta a los estudiosos del Derecho penal para que ellos con su técnica y sus voces consagradas clamen por la imperiosa necesidad de incardinar las embarcaciones de recreo a motor en el vigente orden de principios penales y civiles, que informan el contexto social de la normativa reguladora de los vehículos de motor terrestres. De esta manera, *ex lege ferenda* prestarán, una vez más, un gran servicio a la sociedad y al ideal de justicia que en ella late, que precisamente por ser social se integra y enraiza en el auténtico pensamiento jurídico penal,

Primera.—En la legalidad vigente las embarcaciones deportivas o de recreo a motor están marginadas del contenido y alcance de la expresión «vehículos de motor».

Pero no obstante esta marginación legal, en un sentido gramatical y técnico estas embarcaciones son auténticos vehículos de motor al igual que los actualmente calificados como tales por el Código penal

Segunda.—Si no ofrece duda alguna que a estas embarcaciones de recreo les conviene plenamente el concepto de vehículos de motor, menos todavía la presenta la consideración jurídica que hechos de igual naturaleza cometidos con artefactos mecánicos conceptualmente iguales, constituyen idénticos delitos que habrán de tipificarse conjuntamente en las mismas leyes y sancionarse con idénticas penas. Teniendo en cuenta esta consideración la reforma llevada a cabo en 1967, al introducir en el Código los delitos cometidos con vehículos de

(41) O por lo menos, el autor de este trabajo desconoce la existencia de cualquier disposición general dada en este sentido.

motor, extendió esta expresión a vehículos terrestres antes excluidos de tal consideración legal; para conseguirlo, bastó al legislador hacer desaparecer el requisito de transitabilidad en vías públicas que como elemento teleológico y definidor empleó el artículo 1.º de la Ley 122/62.

En consecuencia, tanto los vehículos de motor terrestres como los náuticos deberán estar cobijados bajo los preceptos generales de un único Código penal y aunados en unas mismas normas, puesto que es de carácter genérico el medio empleado para delinquir: un vehículo de motor.

Tercera.—Como lógico corolario de lo anterior, y sin pretender en modo alguno llegar a una concepción administrativista del Derecho penal, en orden a los vehículos de motor náuticos urge elevar a la categoría de tipos penales, como se hiciera en su día con los terrestres, algunas de las infracciones que tienen hoy un rango meramente reglamentario, así: gobernar una embarcación sin título, autorización o permiso suficiente; omitir la inscripción de la embarcación o los datos de la matrícula; patronear bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estúpefáciles; etc.

Cuarta.—En el orden administrativo procede la unificación de normas reglamentarias para evitar el desconcierto entre los usuarios de embarcaciones que puedan navegar en unas u otras aguas y sobre todo, para prevenir con la unicidad la contravención de dichas normas.

Quinta.—Sentada antes, en beneficio de la sociedad, la urgente necesidad de unificar, en la esfera que les sea propia, las normas penales y las administrativas que actualmente son aplicables al uso y navegación de estas embarcaciones en el mar y en aguas del interior, así como la de integrar a éstas en el concepto de vehículos de motor, procede ahora, en defensa de los intereses individuales de naturaleza social, afirmar la necesidad de extender a las víctimas de tales vehículos los derechos otorgados por el régimen del seguro obligatorio y asegurados por el Fondo Nacional de Garantía.

Como obligado colofón de estas conclusiones y en base a la perentoria urgencia de una total inserción de las embarcaciones de recreo en el ordenamiento jurídico que regula los vehículos de motor, formulamos —como resumen de lo propugnado en los apartados IV y VI— las siguientes propuestas:

PRIMERA: Designación de una Junta Interministerial con representantes de los Ministerios de Justicia, Marina, Comercio, Obras Públicas, Información y Turismo y cualquier otro ramo afectado, para estudio y elaboración de un Código Administrativo de la Navegación de Vehículos de Motor que una vez aprobado y publicado por la Presidencia del Gobierno fuera de aplicación por igual en todas las aguas públicas, tanto marítimas como continentales. Con ello, se obviaría la duplicidad de normas y lo que es peor la inexistencia de disposiciones de carácter general que regulen la práctica de esta navegación en aguas del interior no comprendidas en la conceptualización de embalses.

SEGUNDA: Modificación de los artículos 27, 30, 279 bis, 334, 340 bis *a*), 340 bis *b*), 340 bis *c*), 516 bis, 565 y 586 todos del Código penal, en orden a una nueva elaboración técnica que permita el adecuado encaje de las embarcaciones de recreo a motor en los tipos penales que definen los delitos cometidos con vehículos de motor.

Opinamos que esta adecuación al Código penal debe afrontarse de manera amplia y general dentro del articulado del nuevo Código repressivo que últimamente viene anunciándose; pero sin olvidar que la realización de este deseo produciría una prolongada e innecesaria espera que redundaría en perjuicio de unos bienes jurídicos que, según hemos visto, están necesitados de una inmediata protección.

Para obviar esta dificultad, sin parchear de nuevo el vigente Código penal, formulamos nuestra propuesta

TERCERA: Promulgación de una ley de breve articulado que declare expresamente aplicable los artículos citados a las conductas incriminables a dolo o a culpa que actuadas por embarcaciones de motor caigan dentro de los tipos penales definidos, así como las disposiciones contenidas en el texto refundido de la Ley 122/62 de 24 de diciembre, por Decreto de 21 de marzo de 1968 y lógicamente los preceptos del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso de vehículos de motor.



## Los abogados argentinos contra la pena de muerte

El pasado año 1970 se restableció en la Argentina la pena de muerte y se derogaron ciertos artículos del Código Penal («B. O.» 3-6-70).

La publicación de tal Ley en la Sección Legislativa del ANUARIO DE DERECHO PENAL (T. XXIII, 1970, fascículo II, pág. 411), bien merece ser completada dando a las prensas los ecos que tal legislación ha causado, y sobre todo las autorizadas resoluciones de las Corporaciones forenses, tratando de «histeria legislativa», violaciones de derechos humanos, etc., etc.

Ya la Federación Argentina de Colegios de Abogados se ocupó del entonces anteproyecto de Ley sobre secuestros de personas y extorsiones, *elaborado por la Policía Federal*, en la sesión de su Junta de Gobierno celebrada en San Nicolás el 11 de septiembre de 1970, bajo la presidencia del doctor Edgard A. Ferreyra, y a la que asistieron representantes de veintidós Colegios de Abogados, generalmente sus presidentes o delegados titulares, licenciados de conocido prestigio en Argentina y aun fuera de sus fronteras.

Los Colegios de Abogados de Santa Fe, Salta y otros denunciaron públicamente «una legislación represiva que deja de lado los principios rectores de nuestra Constitución y la Ciencia del Derecho y que la historia ha demostrado su ineficacia...». Por la unanimidad del criterio que expresan entre los expresados por los Colegios de Abogados Argentinos, reproducimos a continuación, en lo pertinente, la resolución de la ASAMBLEA EXTRAORDINARIA celebrada los días 14, 20, 27 de agosto y 1 de septiembre de 1970 por el Colegio de Abogados de Rosario, que tanto honró el fallecido profesor don Rafael Bielsa, de grata e impercedera memoria (1).

Tras un considerando en que se recuerda que la legislación represiva es atentatoria de los derechos y libertades públicos y se invocan las premisas de un estado de Derecho y los deberes de los Abogados según aquel mandamiento del famoso decano uruguayo doctor Couture, que consideraba al Derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana, la justicia como destino normal del derecho, la paz

---

(1) Véase la REVISTA DE LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE COLEGIOS DE ABOGADOS, núm. 12, octubre 1970, páginas 18 y siguientes.

como sustitutivo bondadoso de la Justicia y sobre todo la libertad, sin la cual no hay derecho, justicia ni paz, la Asamblea de la Federación, entre otros pronunciamientos, declaró:

«IMPLANTACIÓN DE LA PENA DE MUERTE: 7) Que la precipitada reimplantación de la pena la muerte por la Ley 18.701 luego de más de cuarenta y cinco años de abolida, constituye otra expresión vanamente intimidatoria, fuera ya de cuanto en tales condiciones ha de considerarse nuestra tradición legislativa. No sólo adolece de graves reparos por apartarse de la doctrina más caracterizada del país. Además, tipifica en colisión técnica, indiscriminadamente, delitos comunes y delitos que pudieran ser políticos, con evidente riesgo de violarse el artículo 18 de la Constitución Nacional que ha abolido la pena capital por causas políticas, esto es, legislándose a espaldas de nuestra ley fundamental y de los más avanzados dictados de la ciencia penal y sus disciplinas afines, la criminología y la penología.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: 8) Que en la misma línea de los principios fundamentales —el mal no justifica el mal— la violencia desencadenada desde algunos órganos de seguridad pública no pocas veces bajo métodos de torturas infligidas a detenidos comunes y políticos o con detenciones prolongadas más allá de los límites legales, son hechos que constituyen otros tantos ataques y violaciones de elementales derechos humanos absolutamente incompatibles con el Derecho y la Justicia de una sociedad civilizada. Este Colegio reitera su más enérgica condena y reclama de los jueces una constante y celosa atención personal tendiente a la inmediata prevención y represión en cada caso a fin de evitar la fría comisión de tales aberraciones, aun la pérdida de serenidad y, por supuesto, el condigno procesamiento y castigo de quienes resulten culpables. El aparato encargado de la seguridad pública y, por implicancia, el proceso judicial, nunca habrán de ser fuentes de iniquidad.

INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL: 9) Que jamás se insistirá bastante sobre la preservación de la independencia del Poder Judicial —la cual entraña la consiguiente incolumidad de sus dignos magistrados—, sabida norma constitucional de toda sociedad civilizada. Todo atentado contra esa independencia debe ser inmediatamente denunciado ante los órganos naturales y ante la opinión pública, vengan de donde viniesen, ya provengan de factores de poder o de grupos de presión. Alguna vez ha sido el episodio bochornoso articulado expreso como aquella sucia intriga afortunadamente desbaratada en abril pasado en Rosario, contra funcionarios judiciales. Pero, fundamentalmente el foro debe mantener su alerta ante cualquier intento de avasallamiento del Poder Judicial en el plano institucional. Muy oportuno es el llamado de atención formulado ya por este Colegio cuando, en ocasión del suceso antes aludido, refirmó, por conducto del Directorio, el 25 de abril: «Debe advertirse que cuando se lucha por la integridad e independencia de la administración de justicia y cuando se trata de evitar la distorsión de su imagen, se resguarda el único poder no concen-



trado que existe en el país, y no puede menos este Directorio que prevenir, con intensa preocupación, la existencia formal de un proceso legislativo de centralización y unicato, que al par que subalterniza la función jurisprudencial, torna lírico y declamatorio un federalismo que carece de vigencia efectiva.»

DETENCIONES DE ABOGADOS: 10) Que esta Asamblea condena también públicamente la persecución, la intimidación y, en síntesis, toda limitación que contra el ejercicio profesional ha afectado últimamente y pudiera afectar en lo sucesivo a los abogados con medidas inalicificables de distintos matices: desde la obstrucción deliberada mediante trabas o dificultades artificiosas contra los sagrados derechos de defensa y libertad profesional, hasta la detención arbitraria de colegas cuando intervienen en determinados procesos, sobre todo penales. Cuando, según ocurre a veces, no se trata de detención en delitos «in fraganti», ni media orden escrita, regular, de autoridad competente, es absolutamente legítimo el ejercicio del derecho de resistencia a atropellos de ese jaez y no trepida este Colegio en reiterarlo (arg. esencial, v. gr., del caso registrado en «La Ley», diario del 17 de junio de 1970, fallo de la Cám. Crim. y Correcc., Sala VI y nota), porque además, a través de aquella conducta repudiable pónese en riesgo y aun llegan a frustrarse inalienables derecho de defensa de la persona humana que el abogado debe ejercer en función de servicio.

POR TODO ELLO, LA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA RESUELVE:

1.º Condenar el ejercicio de la actividad delictiva cualquiera sea su origen, entendiendo que la misma agravia el espíritu de concordia y de paz, patrimonio de la mayoría abrumadora de los argentinos.

2.º Reclamar la derogación de la legislación represiva atentatoria de derechos humanos y señalar que las leyes 18.670 y 18.701, que se enjuician, incurren en flagrantes violaciones a la Constitución Nacional.

3.º Repudiar la práctica de torturas infligidas a detenidos comunes o políticos, pues constituyen violaciones elementales a los principios de una sociedad civilizada.

4.º Condenar las limitaciones ilegales y arbitrarias contra el ejercicio de la profesión.

5.º Afirmar la urgente necesidad de restablecer una auténtica democracia representativa y el régimen republicano y federal de gobierno bajo el imperio de la Constitución Nacional y de la soberanía del pueblo que presupone la existencia de premisas jurídico-institucionales, como la vigencia de los derechos civiles y políticos, el derecho a la actuación pública y legal de partidos políticos, la abolición de las normas represivas, el respeto a la independencia del Poder Judicial y la potestad de ejercer libremente el poder constituyente y el derecho a elegir —sin demoras— sus gobernantes y representantes, por sí, sin restricciones ni proscripciones.

6.º Imputar a las personas que tienen a su cargo el ejercicio ostensible del mando, todas y cada una de las violaciones del derecho en que incurriesen, sin que quepa admitir como posible que dichas personas puedan escudarse, so pretexto de razones técnicas o de prevención, en organismos de cualquier carácter, pues ello significaría nada menos que diluir, en proporción jurídicamente inadmisibles, las consecuencias de actos u omisiones realizadas por quienes han declarado ejercer efectivamente la conducción o deben hacerlo por mandato de la ley.

7.º Encomendar al Directorio para que designe una comisión de colegiados a fin de considerar las violaciones concretas a los derechos y garantías fundamentales.

8.º Invitar a los señores abogados a las jornadas organizadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, a realizarse en La Plata el 12-11-70 donde se elevará como ponencia para su pronunciamiento la presente declaración.»

Hasta aquí el texto literal de esta resolución de la Federación Argentina de Abogados, que por considerarla de interés para los lectores la traemos a nuestras páginas.

P. M.

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

# Jurisprudencia penal correspondiente al segundo semestre de 1968

Por FRANCISCO BUENO ARUS

Letrado del Ministerio de Justicia

Profesor Adjunto de Derecho Penal

### CODIGO PENAL

1. Artículo 1 (*Relación de causalidad*).—Si la muerte del lesionado se debe a una afección cardíaca anterior, sobre la cual influyó el trauma sufrido, de manera que si no hubiera sido por él el enfermo cardíaco habría seguido viviendo, es perfecta la concatenación entre la actividad (culposa) del delincuente y el resultado, lo cual supone que, sin necesidad de aplicar exageradamente con caracteres absolutos la *causa causae*, existe una indudable y lógica relación de causalidad, con clara predominancia de la subjetiva culpabilidad del agente. (S. 28 junio 1968.)

2. Art. 3 (*Frustración*).—En los delitos de mera actividad, que no requieren un resultado dañoso material, no caben formas imperfectas de ejecución. (S. 16 noviembre 1968.)

3. Art. 8, núm. 4 (*Legítima defensa*).—En la legítima defensa y entre las múltiples justificaciones que doctrinalmente tratan de fundamentarla prevalecen las tesis que mantienen que el que se defiende trata de impedir el daño que con la agresión ilegítima se trata de causar o cuando menos aminorar sus consecuencias e impedir la *continuidad* agresiva; pero en esta tesis, cuando la agresión termina, la defensa queda excluida y los actos ya innecesarios de contragresión no pueden justificarse ni en todo ni en parte en cuanto al exceso, y a las consecuencias dañosas que se produzcan, pues ya entonces se han traspasado los límites de la "defensa necesaria" por cuanto al no haber ataque o cuando éste ha cesado la reacción defensiva no es justificable una vez terminado el "peligro actual o presente", o cuando se trata ya de un "peligro pretérito" la legitimación de la defensa se ha extinguido y estamos ante actos de venganza o represalia que no pueden incluirse en el ámbito lícito de la justificación defensiva. En este sentido se ha pronunciado la doctrina de esta Sala en SS. de 25 noviembre 1958, 2 junio y 2 noviembre 1961; 8 noviembre 1963 y 8 abril 1968, negando la "necesidad" cuando cesa el riesgo inminente o ha finalizado el ataque. (S. 8 noviembre 1968.)

Entre las múltiples justificaciones doctrinales con que se trata de fundar la legítima defensa, ocupa lugar prevalente la que mantiene que

el que se defiende trata de impedir el daño que con la agresión ilegítima se trata de causar, o cuando menos aminorar sus consecuencias e impedir la continuidad de la agresión, pero, cuando el mal propuesto por el agresor se consigue por entero y los actos agresivos han terminado, la reacción ya no es defensiva; será una contra-agresión, si no plenamente justificable, por lo menos susceptible de atenuar la responsabilidad del agente puesto que los actos del inicial agresor pueden influir en su ánimo obnubilando su psiquismo, perturbando su volición, y aflojando los frenos inhibidores, pero no puede en buenos términos jurídicos hablarse de una verdadera reacción defensiva, ni generar ya una causa de justificación de esta reacción inicialmente antijurídica. Igualmente, es bien sabido que la legítima defensa se concibe como supletoria, cuando no hay posibilidad de acudir al Poder Público para evitar los efectos del acto agresivo ilegítimo, o por lo menos para que restablezca inmediatamente el orden justo indebidamente perturbado, de donde a contrario sentido se infiere que, cuando es posible acudir a la protección estatal, la actuación defensiva deja de estar justificada, pues en este caso se consagraría y vendría a legitimarse la acción directa y el administrarse la propia justicia, que como se ha puesto de manifiesto sólo cabe para impedir la agresión y cuando no sea posible la tutela autoritaria. (S. 8 abril 1968.)

4. Art. 8, núm. 7 (*Estado de necesidad*).—La carencia de recursos económicos no es por sí sola constitutiva de un verdadero estado de necesidad, ni puede justificar el mal causado en el patrimonio ajeno, si nada consta en contrario a que los imputados careciesen de las condiciones necesarias para dedicarse a trabajos remunerados, ni la imposibilidad de obtener ocupación adecuada. (S. 23 septiembre 1968.)

5. Art. 8, núm. 8 (*Caso fortuito*).—El caso fortuito, eximente 8.º del artículo 8.º del C. P., es de clara incompatibilidad con la conducta imprudente en cualquiera de sus grados, ya que no puede reconocerse que actúa con la diligencia debida a quien lo hace con falta de prudencia. (S. 28 octubre 1968.)

6. Art. 8, núm. 11 (*Cumplimiento de un deber*).—En el número 11 del artículo 8.º del C. P. se proclama la exención de responsabilidad criminal de quien obra en cumplimiento de un deber, causa de justificación que viene a legitimar conductas de otro modo merecedoras de sanción, mas sin poderse olvidar que, en aquellos casos en que el comportamiento del sujeto que pretende ampararse en esta causa consistió en el ejercicio de violencias físicas, las mismas serán únicamente admisibles a estos fines cuando ciertamente el cumplimiento del deber así lo requiera, y, además, que no puede tener más extensión que la que exija la naturaleza de las funciones que se ejerzan y la realización de los fines a que se circunscriban éstas, sin favorecer en ningún caso las extralimitaciones y abusos provenientes del sujeto activo del delito, con las que es incompatible, cabiendo destacar, resumidamente, que el cumplimiento de un deber precisa “necesidad” y “proporción” en los actos del que obra en servicio. (S. 7 noviembre 1968.)

7. Art. 8, núm. 12 (*Obediencia debida*).—En las relaciones que ligan a la dueña y la sirviente no hay mandato a obedecer sino pacto contractual a cumplir. (S. 16 diciembre 1968.)

8. Art. 9 (*Circunstancias atenuantes*).—Reiteradamente tiene declarado esta Sala que de un mismo hecho no pueden derivarse varias circunstancias. Cuando un hecho sea susceptible de encaje en varias de ellas, se precisa optar para dar prevalencia a la atenuante que más adecuada y calificadamente encuadre la actuación del acusado, esto es, aquella que más plenamente coincida con el supuesto legal definidor de las respectivas atenuantes que pudieran entrar en juego. (S. 8 abril 1968.)

9. Art. 9, núm. 1 (*Eximentes incompletas*).—La neurosis sexual con crisis crepusculares que ocasiona perturbaciones mentales no es suficiente para dictaminar la irresponsabilidad si produce trastornos parciales, estando bien aplicada la eximente incompleta primera del artículo 9. El tratamiento del paciente podrá continuarse en el tiempo de su condena si procede. (S. 27 septiembre 1968.)

La existencia de agresión ilegítima como presupuesto ineludible para dar entrada a la legítima defensa incompleta ha sido exigida por numerosas sentencias de esta Sala, entre ellas las de 8 octubre 1934, 17 octubre 1935, 19 octubre 1940, 15 junio 1943, 2 abril 1947 y 14 febrero 1955. (S. 1 julio 1968.)

10. Art. 9, núm. 4 (*Preterintencionalidad*).—Es doctrina de esta Sala, dada a conocer, entre otras, en su sentencia de 11 junio 1963, que la estimación de que la intención no amparó la totalidad del resultado ha de nacer o de factores reveladores del propósito que conste expreso en el hecho probado, o surgir de la correcta adopción de un criterio lógico deductivo que lleve a la conclusión de que entre impulso y resultado falta un paralelismo correlativo por inadecuación de medio. (S. 26 octubre 1968.)

Esta Sala tiene declarado que la atenuante de preterintencionalidad, 4.<sup>a</sup> del artículo 9.<sup>o</sup> del C. P., sólo es aplicable en aquellos delitos caracterizados por un daño material causado bien en la integridad física del ofendido o en su patrimonio, y cuyas consecuencias puedan alcanzar mayor o menor gravedad o cuantía independientemente de la voluntad de quienes los originen, rechazándose, de modo concreto, en los delitos contra el honor de las personas, estén o no constituidas en autoridad, toda vez que por la naturaleza misma del hecho éste viene a producir siempre y necesariamente el mal que constituye el delito de esta especie, actuaciones deliberadas que en el propósito del agente están contenidos todos los elementos necesarios a la responsabilidad y sus consecuencias. (S. 21 noviembre 1968.)

11. Art. 9, núm. 9 (*Arrepentimiento espontáneo*).—Esta circunstancia presupone necesariamente, como aporte de la misma, el factor ideal psíquico del reproche último del sujeto al delito cometido, y una actuación subsiguiente que lo dé a conocer, que el Código menciona, y no de un modo exhaustivo, con la reparación del daño, satisfacción al ofendido y confesión a la autoridad; extremo este que, al ir unido a

los anteriores con la disyuntiva "o", no presupone factor desligado de la premisa "arrepentimiento espontáneo" sino una de las formas de manifestarse; por eso el texto legal utiliza la citada disyuntiva "o" y no la copulativa "y" que obligaría a unir el acto de la confesión a los otros ya citados antes para dar contenido a la atenuante, bastando por ello cualquiera de esas formas de expresión del arrepentimiento para que la atenuante pueda ser apreciada, siempre con el presupuesto ineludible de la existencia de tal arrepentimiento con su condición de espontáneo como exige el Código. (S. 7 octubre 1968.)

No tiene ese carácter la confesión hecha a un agente de la autoridad con el propósito de intentar su exculpación. (S. 22 noviembre 1968.)

12. Art. 10, núm. 9 (*Abuso de confianza*).—Esta Sala tiene declarado que la circunstancia agravante que en el número 9 del artículo 10 del C. P. se describe con la expresión "obrar con abuso de confianza" configura un modo de actuar que revela, de una parte, un quebranto de deberes morales y éticos —trascendentes ante el Derecho—, denotador de una mayor perversidad, y de otra un prevalimiento utilizado por el culpable en cuanto que la confianza que se le dispensó le ha permitido la ejecución del hecho más fácilmente que a cualquier otra persona ajena a aquél vínculo o especial situación, con el consiguiente y paralelo debilitamiento de la protección o defensa que de sus bienes pueda hacer el sujeto pasivo frente a posibles ataques procedentes de otras personas no merecedoras de dispensación de confianza alguna.

En algunas ocasiones ha rechazado esta Sala la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de confianza en los delitos de robo con fuerza en las cosas, porque aquélla supone quebranto del obstáculo moral que existe entre el culpable y la cosa, falta de lealtad y fidelidad al propietario que puso a su alcance la cosa sustraída, confiado en que sería respetada, mientras que en el robo esa valla moral no existe, y es el obstáculo material el que salvaguarda la propiedad, que al vencerla mediante la violencia engendra la figura de robo; doctrina que puede mantenerse con carácter de generalidad, pero que, como también ha admitido este mismo Tribunal, cede en determinados supuestos concretos, en los que, pese a la existencia del valladar que implica hallarse situados los bienes objeto del apoderamiento en lugar cerrado, obligando al culpable al empleo de fuerza, acaece que hubo prevalimiento en la ejecución del hecho, esto es, una evidente mayor facilidad para su comisión comparativamente a cualquier otra persona, y, además, que esa situación de protección de los bienes bajo cerraduras o elementos similares no se adoptó por el perjudicado de modo especial por la presencia de quien luego se apoderó de los bienes, caso en el que mal podría hablarse de una confianza cuya inexistencia pone de relieve la adopción de unas especiales precauciones, pero realmente existente la tal confianza si dentro del normal proceder derivado del vínculo o situación de que se trata en cada caso los bienes conservan su situación y estado habituales. (S. 15 noviembre 1968.)

Cfr. § 77.

13. Art. 10, núm. 13 (*Nocturnidad*).—Si los hechos se realizaron de noche, bien buscada de propósito o aprovechada para dar satisfacción a los torpes deseos de los acusados, se da y concurre la agravante de nocturnidad 13 del artículo 10 del Código, pues la oscuridad es factor que favorece el tipo de actividades delictivas que aquí se incriminan, sin que la afortunada circunstancia de que una de las víctimas pudiese huir y pedir auxilio provocando que para prestárselo acudieran varias personas implique la no concurrencia de la agravante rectamente aplicada, pues no se trata del supuesto agravatorio de despoblado al que caracteriza la soledad y normal imposibilidad o cuando menos dificultad de obtener amparo sino de buscar o aprovechar las sombras del nocturno para facilitar el desarrollo delictivo propuesto y evitar la identificación de los culpables. (S. 28 octubre 1968.)

Es compatible con la alevosía. (S. 5 diciembre 1968.)

14. (*Despoblado*).—Esta agravante está configurada por la búsqueda o aprovechamiento de un lugar solitario en que la defensa del ofendido sea más difícil y la facilidad del delincuente mayor (S. 7 octubre 1968.)

15. Art. 10, núm. 15 (*Reincidencia*).—Ninguno de los preceptos citados reguladores de la reincidencia o doble reincidencia refieren para nada ni exigen por consiguiente que se fije la cuantía de la sustracción en las anteriores infracciones contra la propiedad base de la agravación punitiva, y ni tan siquiera requieren, a diferencia de lo que ocurre en la agravante de reiteración, que se fije la entidad de la pena, interesando tan sólo que las anteriores condenas fueran por delito de igual encuadramiento sistemático, y es precisamente de esta particularidad de que las condenas precedentes lo fueran por delito y no por falta de donde nace en ocasiones la exigencia práctica de política criminal de fijar la cuantía de los hurtos anteriores, pero sólo cuando por mutaciones legislativas atinentes a dicha cuantía entidades anteriormente delictuales hubieran venido, en la nueva legalidad, a convertirse en faltas contra la propiedad que, por el principio favorable al reo de la retroactividad de las leyes penales más beneficiosas, impedirían computar estas condenas que por dichas variaciones legislativas hubieran representado en el momento de dictar la posterior sentencia simples faltas. (S. 15 noviembre 1968.)

Aun cuando en el resultando de los hechos probados se consignan los antecedentes de dos condenas anteriores impuestas al procesado en los años 1951 y 1954, es lo cierto que, datando la primera condena del año 1951, esto es, de época anterior al año 1954, en que las cuantías de lo sustraído o defraudado fueron elevadas por la Ley de 30 de marzo y no determinándose en la resultancia fáctica de la sentencia el respectivo importe pecuniario de estas infracciones, con la posibilidad de que la primera de ellas se hubiere degradado ulteriormente a la categoría de falta, no cabe tomar en cuenta la agravante específica de doble reincidencia del artículo 530, aplicada por la Sala de instancia, sin que ni siquiera sea pertinente aplicar en la segunda sentencia la agravante ge-

nérica de reincidencia simple, toda vez que, convertida ahora la Sala de Casación en Tribunal de instancia y mediando en el actual momento el nuevo aumento de cuantías introducido por la Ley de 8 abril 1967, no sería posible, sin vulneración del artículo 24 del C. P., atribuir aquí rango de delito y no de simple falta, a efecto de reincidencia simple, a dicha segunda infracción reseñada, que si bien era delito al ser sancionado en 30 abril 1954 —fecha en que, de no serlo, se hubiera tenido en cuenta la retroacción favorable de la entonces reciente ley de 30 marzo del mismo año— puede haber dejado de serlo en 1968, en que este Tribunal Supremo se ve en el caso de dictar nueva sentencia de fondo concerniente a tercera infracción cometida por el mismo sujeto. (S. 20 diciembre 1968.)

No puede estimarse la reincidencia cuando el culpable de un delito de robo ha sido condenado anteriormente por delitos de hurto de uso regulados en las Leyes de 9 marzo 1950 y 24 diciembre 1962, pues, al no haberse incorporado esta última figura al título XII del libro II del Código penal hasta 1967, no cabe atribuir a aquellas pretéritas sentencias un efecto agravatorio que supondría una interpretación extensiva del artículo 10, 15.<sup>a</sup> del mismo Código, en evidente perjuicio del reo, con una equiparación de las leyes especiales al Código sustantivo inadmisibles a todas luces. (S. 14 octubre 1968.)

16. Art. 11 (*Parentesco*).—La circunstancia mixta del artículo 11 del Código penal tiene naturaleza atenuatoria en el delito de injurias, pues la comisión de éste resulta favorecida por la libertad y confianza existente entre parientes próximos y el valor del agravio disminuye en la misma medida que los vínculos de sangre posibilitan la reconciliación y el olvido. (S. 21 noviembre 1968.)

17. Art. 14, núm. 1 (*Coautoría*).—Cuando unos individuos proyectan la ejecución de unos hechos punibles, estudian y convienen la forma de su realización, deciden sobre lo que ha de hacer cada uno y lo llevan a efecto de conformidad con el plan trazado, todos ellos son responsables del delito cometido en concepto de autores por ese concierto previo y porque la intervención de cada cual contribuye y hace posible el logro del fin propuesto. (S. 17 octubre 1968.)

Quando el procesado ayuda a cambiar de lugar a la víctima (atacada y puesta en estado de inconsciencia por otra persona), lugar donde es efectivamente muerta por esta persona, la pasividad de aquél le constituye en coautor por omisión, dado el deber de obrar para evitar el crimen que nace de su anterior conducta de colaboración activa, aunque ésta no hubiese sido consecuencia de un acuerdo previo entre ambos responsables. (S. 5 diciembre 1968.)

18. Art. 14, núm. 2 (*Inducción*).—La inducción ha de ser directa, concreta y eficaz, como señala la Sentencia de 9 junio 1954. (S. 21 diciembre 1968.)

La inducción ha de revelarse por las palabras, mandato, consejo o instigación para realizar un hecho punible, teniendo además en cuenta la situación en que se encuentre el inductor con relación al inducido, tal como ascendiente, superioridad moral o de otra índole, predisposición del



inducido para ejecutar el acto deseado por el inductor, circunstancias del momento y ambientales. (S. 23 diciembre 1968.)

La autoría moral o inducción requiere para existir una presión eficaz, intensa y suficiente de una persona que no actúa ejecutivamente sobre otra para impulsar su ánimo, una vez que su libertad de decisión no disminuida ni eliminada acepte el acicate, excitación o persuasión ajena, para que surgiendo una coordinación de ambas voluntades se efectúe por éste el hecho delictivo, quedando ambos ligados por adecuada relación de causalidad, y siendo los mismos igualmente responsables; pudiendo alcanzarse esta inducción por cualquier actividad apropiada para ello en el orden de las relaciones humanas, y siendo estimada por esta Sala como una de las formas de más corriente manifestación, al margen de la actuación predominante del inductor, el acuerdo o concierto de voluntades, que produce como causa determinante la resolución de realizar una infracción criminal cualquiera que sea la parte que cada uno de los culpables realice al asegurar la consumación. (S. 8 julio 1968.)

19. Art. 17 (*Encubrimiento*).—Entre el encubrimiento de participación y el autónomo o de receptación media una diferencia importante, el favorecimiento o el aprovechamiento, actos distintos penalmente, de móvil diferente; mas la contextura común de ambos delitos dificulta el juicio sobre la posición del mediador entre los dos delincuentes autores de los delitos, el directo contra los bienes y el receptor, pues auxilia a los dos, con actos posteriores al primero y anteriores al segundo, y su verdadera conducta habrá de inferirse de las circunstancias de su acto. (S. 18 noviembre 1968.)

20. Art. 22 (*Responsabilidad civil subsidiaria*).—De la vigente doctrina de esta Sala, contenida en las Sentencias de 7 y 20 abril, 13 mayo, 4 julio, 23 noviembre y 27 diciembre 1967, y 11, 15 y 25 marzo 1968 se deduce no ser imprescindible la relación laboral o familiar para que la “dependencia”, en concepto amplio, pueda existir. (S. 12 noviembre 1968.)

21. Art. 24 (*Retroactividad*).—Cfr. § 15.

22. Art. 25 (*Perdón del ofendido*).—Cfr. § 37.

23. Art. 28 (*Pena de multa*).—Cfr. § 34.

24. Arts. 51 y 52 (*Aplicación de la pena*).—Realizando una valoración concreta de los intereses sociales y culturales a proteger jurídicamente, y empleando un sistema adecuado y propio de la política criminal, soberanamente el legislador, luego de definir el delito o de tipificarlo, consigna la pena a imponerle, graduándola adecuada y proporcionalmente a su condición natural e intrínseca, dando así efectividad al esencial principio de la dogmática penal, de la legalidad de los delitos y sus penas; pero el legislador no individualiza para el sujeto activo la pena, que señala en abstracto dentro de unos límites mínimos y máximos temporales o económicos, sino que entrega esta misión al Juez, para que a medio de la determinación judicial, y partiendo sumisamente del criterio típico que le señaló, coordine en delicada labor el

alcance material de la pena con el delincuente, atendiendo a su personalidad individual y criminológica y a la circunstanciabilidad concurrente en su conducta, y dimensión de su acción u omisión en la iniciación social, precisando su real alcance en arbitrio discrecional, a medio de la realización ponderada y precisa del derecho mismo, y atendiendo siempre al juego complementario y principal de los valores opuestos de la seguridad jurídica y de la libertad a que tiende la conducta humana, por ser los que deben presidir el juicio decisorio concreto de punición individualizadora.

El iter criminis del delito, cuando alcanza el grado de frustración, por imperativa decisión del legislador en el artículo 51 del C. P., se castiga con la pena inmediatamente inferior en grado a la del delito consumado, y si manifiesta sólo un desarrollo de simple tentativa, según el artículo 52, se sancionará con pena inferior en uno o dos grados, según el arbitrio del Tribunal, a la señalada para el mismo delito consumado; y si en el caso a su vez concurre la circunstancia eximente incompleta del artículo 9.º número 1.º en relación con el 8.º número 1.º del propio cuerpo legal, debe concederse efectividad al artículo 66, que manda aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la fijada por la Ley; por lo que es evidente que, atendiendo a la doctrina anteriormente expuesta, cuando el descenso a realizar para la pena en tales supuestos, sea de un grado —caso del delito frustrado— el juzgador puede moverse dentro de su extensión libremente, y cuando sea de uno o dos —caso de la tentativa— puede facultativamente escoger cualquiera de ellos según su soberano arbitrio y valoración de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, y una vez obtenida así la pena inferior, determinada legalmente en el primer supuesto y legal y judicialmente en el segundo, debe rebajarse uno o dos grados también facultativamente, por aplicación de dicho artículo 66.

En contra de esta discrecionalidad o arbitrio judicial de rebajar sólo un grado o dos la pena, tanto en el supuesto de la tentativa de delito, como en el de la aplicación de eximente incompleta, e incluso dentro del escogido, la determinación individualizadora del alcance de la pena, al faltar circunstancias agravantes y atenuantes operando la regla 4.ª del artículo 61 del C. P., no puede recurrirse en casación, por ser de libre apreciación o arbitrio judicial la decisión cuantitativa que le concede el legislador, pues la facultad discrecional repele por su condición intrínseca el recurso por infracción de ley, ya que ésta no puede lesionarse al moverse el Tribunal dentro de los límites que le asigna el tipo soberanamente, y realizando la individualización judicial que coordina la pena con el delincuente tal y como es, en su personalidad humana desviada, a medio de una facultad plena y que por lo mismo resulta irrevisable. (S. 10 diciembre 1968.)

25. (*Delito imposible*).—La tentativa inidónea prevista en el párrafo segundo del artículo 52 del C. P. tiene su apoyo doctrinal en la existencia de una imposibilidad relativa de la producción del resultado delictivo propuesto, pero no cuando la actuación es absolutamente

carente ni tan siquiera de apariencia de delito de posible efectividad. (Sentencia 11 de diciembre 1968.)

Cfr. § 56.

26. Art. 61 (*Aplicación de la pena*).—La compensación racional de circunstancias establecida en la regla tercera del artículo 61 es de libre arbitrio y plena discrecionalidad del Tribunal (SS. de 29 diciembre 1966 y 17 octubre 1967). La posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados a que se refiere la regla quinta del mismo artículo está totalmente vedada cuando existe alguna circunstancia agravante. (S. 22 abril 1967.) (S. 28 junio 1968.)

La facultad concedida al Tribunal en la regla quinta del artículo 61, de rebajar la pena en uno o dos grados, es discrecional y no revisable en casación. (S. 16 octubre 1968.)

27. (*Multirreincidencia*).—Cfr. § 15.

28. Art. 65 (*Aplicación de la pena*).—Literalmente el artículo 65 del C. P. concede a la circunstancia atenuante del número 3, en el artículo 9, minoría de edad muy cualificada por el legislador, el principio de reducir obligatoriamente en un grado, o, según discreción, en dos, y se extiende esta facultad a sustituir la pena impuesta, recaída ya con sus efectos penales consiguientes, como la constancia en el Registro de Penados; esta interpretación gramatical se corrobora en la lógica sistemática y su variedad finalista que abona la justicia con la utilidad positiva, atendidos los fines sociales y personales del joven delincuente al cual se le condena por su delito, pero no se le recluye en establecimientos donde se torciera el normal proceso de su personalidad; este método de penalizar se diferencia del tratamiento en la eximente 2.<sup>a</sup> donde el internamiento es preceptivo y no se impone sanción, excluida la culpabilidad del sujeto inimputable, pues en dicho artículo 65 se aprecia esta condición, aunque muy atenuada, y se corresponde con una medida ejecutiva de pena menos rígida y más adecuada a la personalidad en formación. (S. 17 octubre 1968.)

29. Art. 66 (*Aplicación de la pena*).—Cfr. § 24.

30. Art. 69. (*Delito continuado*).—La doctrina del delito continuado descansa en un presupuesto de facto ineludible, la imposibilidad de individualizar las diversas infracciones cometidas por un solo sujeto, enjuiciándose entonces, no actos aislados que no constan, sino una conducta con un resultado que se ofrece como materia punible, resumen de una actividad delictiva integrada por una suma de actos penalmente indeterminados. (S. 16 octubre 1968.)

La doctrina del delito continuado no es la construcción jurídica elaborada únicamente en favor del reo, ni acomodo procesal utilizado cuando no pueden identificarse y separarse los actos como hechos independientes consumados en fechas indeterminadas; obedece, dentro de la teoría espiritualista informante de nuestra legislación penal, a la unidad o diversidad de la acción criminosa que se unifica por la finalidad única, igualdad de sujetos y patrimonios, homogeneidad de medios y oca-

siones, aunque conste de varios actos, siempre que éstos no se completen en sí por separado y signifiquen delitos consumados autónomos. (S. 4 diciembre 1968.)

31. Art. 70 (*Concurso real: delitos conexos*).—El recurso impugna el auto de la Audiencia Provincial de Cáceres por violación de la regla segunda del artículo 70 del C. P., en su nueva redacción de 8 abril 1967, al no haber accedido la Sala a acumular para su cumplimiento las penas impuestas al reo en otros procedimientos por las Audiencias de Guadalajara, Granada, Málaga, Castellón, Madrid y Córdoba, a las impuestas por ella por los delitos de asesinato, resolución acertada aunque en todos los procesos haya sido inculminado el mismo sujeto, pues no encierran un concurso de delitos, por no abarcar la pluralidad de acciones y de figuras delictivas realizadas por el condenado un ámbito de conexión justificativo de un solo procedimiento, ya que los hechos fueron ejecutados en diferentes partidos judiciales, cuyo conocimiento correspondió a siete distintas Audiencias, en delitos de muy variada naturaleza, con sujetos pasivos siempre distintos, a los que se hubiera privado del fuero propio, sin que consten exactamente los intervinientes como sujetos activos, infiriéndose tanto de la sentencia condenatoria de la Audiencia de Cáceres como del propio recurso que fueron varios y distintos, por haberlos realizado el procesado y su clan familiar, en su constante deambular por la geografía española; en definitiva, se trata de delitos que, aun puestos en conocimiento de un mismo órgano judicial, hubieran dado lugar por su diversidad a procedimientos separados, por no darse entre ellos la analogía determinante de conexidad precisadas en las normas tercera, cuarta y quinta del artículo 17 de la L. E. Crim., máxime tratándose de hechos, no ya sólo sentenciados, sino cumplidas las condenas impuestas por los mismos, teniéndolo así declarado esta Sala en casos análogos en varias sentencias, entre ellas la de 7 febrero del corriente año. (S. 23 noviembre 1968.)

32. (*Concurso real: penalidad*).—El problema planteado en el presente recurso versa sobre si la aplicación al penado de los beneficios de los indultos otorgados en los años 1961, 63 y 64 ha de hacerse sobre la totalidad de las penas impuestas por la Audiencia Provincial de Cáceres (dos de 50 años de reclusión mayor, como autor de dos delitos de asesinato consumados, una de 17 años, 4 meses y un día de reclusión menor, en calidad de autor de un delito también de asesinato en grado de frustración y otra de 3 años por delito de tenencia ilícita de armas) o, por el contrario, han de aplicarse todos los beneficios a la pena de 30 años, máximum de tiempo que puede cumplir el reo, con arreglo a la limitación establecida en la regla segunda del artículo 70 del C. P., deduciéndose de la interpretación exacta de dicho precepto determinado que el tiempo de duración de las penas impuestas al culpable no podía exceder del triple por que se impusiera la más grave, con el límite genérico de 30 años, que ha de hacerse el cómputo por la agrupación de todas las penas impuestas en la misma sentencia condenatoria, resultando por tanto lógico y ajustado a derecho que la aplicación de los indultos recaiga sobre todas y

cada una de las penas impuestas al reo, aunque teniendo siempre presente en su ejecución que el cumplimiento no podrá exceder del triple de la mayor, en este caso 30 años, y así claramente se infiere de la regla al decir: "dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubriesen el máximo de tiempo predicho", y para que pudiera prosperar la tesis contraria sería preciso modificar el sentido de la regla, diciendo que únicamente se cumpliría la pena más grave de las impuestas. (S. 23 noviembre 1968.)

33. Art. 71 (*Concurso ideal*).—Se aplica cuando la falsedad es medio para cometer el delito de estafa. (S. 31 diciembre 1968.)

Se aplica cuando la usurpación de funciones (atribuirse la condición de Inspector del Cuerpo General de Policía) es medio para cometer el delito de estafa. (S. 30 diciembre 1968.)

34. Art. 74 (*Pena de multa*).—Reducir la multa impuesta como pena de delito a cantidad inferior a 5.000 pesetas, contraría a los artículos 28 y 74 del C. P., en cuanto por el primero se establece que la multa cuando se impusiera como pena principal única se reputará grave cuando fuere de 5.000 pesetas o más y leve cuando no llegare a dicha suma, y en el segundo, que la multa en la cuantía de 5.000 a 50.000 pesetas se considerará como la última pena de todas las escalas graduales; evidenciándose con ello que por razón de delito no se puede imponer como pena una multa inferior a 5.000 pesetas; y así hay que entenderlo aun en los casos de delitos no comprendidos en el C. P. a partir del D. de 24 enero 1963, que estableció como tope mínimo de 5.000 pesetas las multas comprendidas en la Ley Penal del Automóvil del 9 mayo 1950. (S. 5 diciembre 1968.)

35. Art. 101 (*Responsabilidad civil*).—No impide el derecho a la reparación del daño causado o a la indemnización de perjuicios nacida del delito la circunstancia de tener asegurado la víctima a medio de contrato su importe material, ni el cobro del seguro significa un dúplice e ilegal percibo por la misma ni tampoco un enriquecimiento injusto, toda vez que la indemnización no obedece a un título único, ni a una sola causa jurídica, sino a dos relaciones enteramente autónomas, de condición público-penal una, que se origina en la circunstancia de ser sujeto pasivo-perjudicado por el delito, y contractual-privada la otra, que deriva del evento de daño, objeto de adecuada previsión por la póliza, que avalan las primas periódicas con su regular abono contraprestacional, de matiz oneroso, aunque aleatorio, en lo cuantitativo y beneficioso de la operación, no teniendo, para la creencia de la mejor doctrina científica clásica, el pago de la cantidad asegurada el carácter de indemnización en favor del asegurado, ni de perjuicio para el asegurador, sino que es una típica contraprestación, derivada de la condición cumplida del evento aleatorio, por lo que no puede exonerar o redimir al delincuente de su obligación civil "ex delicto", a no beneficiarle sin causa natural, legal o equitativa, y a no perjudicar a la víctima, desconociendo su indeclinable derecho a resarcirse del daño sufrido por el delito a medio de la responsabilidad civil, así como del importe del seguro que agudamente previó, en obligación libremente pactada e independiente en absoluto de la infracción cri-

minal, con otros efectos en vía del negocio jurídico mercantil de seguro, a medio de su sacrificio personal económico, que sería desconocido de no cobrar el valor del daño asegurado, onerosamente concertado, con lesión patrimonial más o menos amplia, de acuerdo con el alcance de las primas abonadas, ya que este percibo no se debe al delito, sino al legal cumplimiento de la obligación que por dicho contrato incumbía al asegurador, ante la realización de la expectativa prevista, por lo que la concurrencia material de ambas indemnizaciones no puede ser cohibida jurídicamente. (S. 2 noviembre 1968.)

36. Art. 104 (*Responsabilidad civil*).—Ciertamente tiene declarado esta Sala en la debatida cuestión atinente al carácter y posición que ostentan los aseguradores en el proceso penal y alcance y modo de ejercicio del derecho que les asiste para el resarcimiento en determinados casos por los desembolsos realizados en concepto de asistencia médica farmacéutica y otras indemnizaciones consecuentes a siniestros padecidos por sujetos asegurados, con existencia de persona responsable en vía criminal, que las cuestiones sobre preferencia de créditos se remiten por la jurisdicción penal a otras competentes, sin pronunciarse sobre extremos diversos a los de la causación directa "ex delicto", que son los que las sentencias penales están obligadas a determinar a tenor del párrafo 1.º del artículo 104 del C. P., sin obligar a compensaciones o detracciones indirectas, como lo son las que presentan una nueva causa obligacional "ex contractu" o "ex lege". (S. 2 octubre 1968.)

37. Art. 117 (*Extinción de la responsabilidad civil*).—Para compensar culpas en el área civil de la sentencia penal es preciso que la culpa del ofendido se haya declarado también expresamente. (S. 23 diciembre 1968.)

Para que la renuncia pueda impugnarse es preciso acreditar la existencia de causas que viciaran el consentimiento con arreglo a la Ley civil o que fue prestado por un incapaz. (S. 26 diciembre 1968.)

38. Art. 119 (*Funcionario público*).—Lo son los empleados del Instituto Nacional de Previsión. (S. 8 noviembre 1968.)

Cfr. § § 44, 50 y 58.

39. Art. 147 (*Injurias al Jefe del Estado*).—Puede ser de utilidad a los fines de resolver la cuestión de la gravedad o levedad de las injurias inferidas al Jefe del Estado, la paralela gradación que el C. P. establece en sus artículos 458 y siguientes al tipificar y sancionar las injurias causadas a particulares; y toda vez que por la índole de la expresión proferida por el procesado la calificación de gravedad pudiera encontrar únicamente apoyo legal en la descripción que el legislador realizó en el número 4.º del artículo 458 del Código punitivo, según la cual son injurias graves las que racionalmente merezcan tal calificación, atendidos el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y ofensor, no parece adecuado subsumir el hecho de autos dentro de tal definición, y ello en razón a que, primordialmente, debe insistirse en la conocida doctrina de esta Sala que proclama la circunstancialidad del delito de injurias, en el que no cabe atribuir a idénticos hechos igual trascendencia penal sea cual

fuere el momento, ocasión, antecedentes y total situación en que el episodio se haya originado, a lo que se suma una nueva necesidad de ponderación discrecional de otros elementos si el precepto a aplicar es el número 4." antes invocado, puesto que no cabe olvidar que las injurias han de merecer la calificación de graves tras una "racional" consideración de los factores atendibles, esto es, debe formarse un nuevo juicio de valor tendente a la determinación de la intensidad de la deshonra, descrédito o menosprecio inherente a la injuria, sin que pueda sostenerse que, merced a la extraordinaria dignidad del ofendido, máxima en el Estado, del que es Jefe, el calificativo adecuado a las injurias no puede ser otro que el de graves, ya que la propia Ley penal con igual sujeto pasivo admite expresamente la levedad en esta materia en el último inciso del párrafo 2." del estudiado artículo 147, y en cuanto a las circunstancias que del ofensor consten, ejerciente de una profesión manual, no habitual de la bebida, pero sí afectado en la ocasión de autos por una leve intoxicación etílica, que a las cuatro de la madrugada en calle ausente de toda concurrencia, emite la frase determinante de su condena, no parece ser el sujeto más adecuado para que a través de tosca y chabacana frase pudiera menospreciar en forma efectiva y grave al Jefe del Estado. (S. 19 diciembre 1968.)

40. Art. 165 (*Delitos de imprenta y prensa*).—El impreso que no se adapte a la Ley de Prensa, para ser calificado como penalmente clandestino, tiene que carecer de todo medio de identificación. Hay que tener en cuenta que este delito se encuentra en el libro II, título II, del Código penal, que comprende los delitos contra la seguridad interior del Estado. (S. 29 noviembre 1968.)

41. Art. 166 (*Manifestaciones ilegales*).—Esta Sala tiene declarado que el delito de manifestación no pacífica, aparentemente de estructura formal o de mera actividad, lo es más bien intencional, por requerir dolo especial, no establecido de un modo concreto y específico en la delimitación del tipo delictivo, pero dimanante de la realidad del bien jurídico protegido, al que se alude en la rúbrica del Título dentro del cual queda comprendido este delito, expresiva de protegerse la *seguridad interior del Estado*, de lo que cabe colegir tanto la necesidad de la presencia de una subjetiva voluntad de ataque a aquel bien, cuanto que la reunión o manifestación se halle privada de auténtico y total carácter pacífico, no trascendente ni afectante al ya aludido bien protegido por la norma sancionadora, tendente por contra a embarazar el orden público, la tranquilidad social, la normalidad de la vida ciudadana, el simple tránsito, o los principios defendidos en general por la organización del Estado. (S. 18 diciembre 1968.)

Para la existencia del delito de manifestación no pacífica, previsto juntamente con el de reunión ilegal en el número 1.º del artículo 166, basta solamente con que la manifestación se realice con infracción de las disposiciones de Policía, en el supuesto contemplado expresa y públicamente prohibida por la Autoridad gubernativa, contravieniéndose además el artículo 3.º de la L. de 15 junio 1880, exigiendo como

requisito normal e ineludible autorización gubernativa para cualquier clase de manifestaciones en la vía pública, aun prescindiendo de la índole subversiva de las manifestaciones de que aquí se trata, manteniendo campaña sistemática de agitación político-social, cuya represión excede del área meramente administrativa. (S. 4 octubre 1968.)

El artículo 166 en su número 1.º, al remitirse a las disposiciones de policía establecidas con carácter general, viene a configurar una norma en blanco que complementariamente necesita de normas extrapenales, en este caso la Ley de Reuniones de 15 junio 1880 y la Ley de Orden Público de 30 julio 1969. (S. 7 octubre 1968.)

La circunstancia de que el procesado se hallase entre un numeroso grupo de estudiantes no es suficiente para estimarlo como mero asistente a la manifestación ilegal que discurría por aquella calle, sin que consten otros datos o afirmaciones que acrediten o de las que se deduzca que estaba incorporado al acto no autorizado que de hecho se celebraba, y más concretamente se hacen necesarios estos detalles en el caso de no haberse acreditado que el acusado vocease concepto alguno, ni tampoco que tuviera postura de actividad en la indicada agrupación multitudinaria, con lo que, si bien no sería obstáculo a un castigo, si se destacara su voluntaria incorporación aunque pasiva a los manifestantes, como su presencia en el lugar público en el que se desarrollaba el suceso podía ser ocasional o accidental, se desvirtúa, o, al menos, queda en duda su intención delictiva. (S. 28 diciembre 1968.)

42. Arts. 172 y 173 (*Asociaciones ilícitas*).—Aun partiendo del hecho innegable de que las asociaciones ilícitas inculminables no se suelen constituir de ordinario en forma legal porque la ilicitud de sus fines impediría que fueran aprobadas gubernativamente, razón por la cual funcionan muchas veces en la clandestinidad, son delictivas por la irregularidad de su constitución y también frecuentemente por su encuadramiento en los apartados del artículo 172 y 173. Si toda persona social puede definirse como aquella mediante la que se persiguen metas, se satisfacen necesidades o se aseguran condiciones para la realización de fines colectivos, viniendo a serlo toda unidad orgánica resultante de una colectividad de personas, y si concretamente la asociación se ha definido como la unión de una pluralidad de personas con fines corporativos y nombre colectivo, estos requisitos se dan en la "Comisión Obrera de los trabajadores de la STANDARD". (S. 9 diciembre 1968.)

La distinción entre asociación y coalición es irrelevante jurídicamente. (S. 4 octubre 1968.)

Las "Comisiones Obreras" son asociaciones ilegales porque conforme al número 3 del artículo 172 del C. P. se reputan asociaciones ilícitas a las prohibidas por la Autoridad y, aun prescindiendo de la criminalidad material o de fondo en la agrupación cuestionada, cuya actividad se centraba en la agitación subversiva, forzoso es encuadrarla en la categoría penalmente trascendente de asociaciones prohibidas que, viviendo como realidades asociativas de hecho, se mantienen en la clandestinidad maliciosamente sustraídas al ordenamiento vigente en materia de aso-



ciaciones que, por otra parte, había de oponer a la viabilidad de este género de organizaciones irregulares, consagradas al fomento de la lucha social y del desorden, los obstáculos derivados de la Ley Sindical de 26 enero 1940, en armonía con lo dispuesto en nuestro sistema jurídico. (S. 4 octubre 1968.)

Están comprendidas en el número 4.º del artículo 172 y en el número 3.º del artículo 173 las *Comisiones Obreras*, que están doctrinalmente entroncadas con el Partido Comunista español, orientadas, organizadas y tuteladas por el mismo, por lo que es derivación natural que les alcance, por ser de tendencia análoga, en este supuesto idéntica, las reiteradas declaraciones del orden legal, de estar fuera de la ley, contenidas en el Decreto de 13 de septiembre de 1936 y Leyes de 9 de febrero de 1939, 1 marzo 1940 y 17 mayo 1958, por tender, por su propia ideología y táctica oportunista, de todos conocidas, a la destrucción de la organización social, económica, jurídica y política del Estado español, legalmente establecido. (S. 15 octubre 1968.) (Análoga doctrina en S. 17 octubre 1968.)

La "Alianza Sindical Obrera" es una organización clandestina, constituida por elementos de la C.N.T., U.G.T. y S.T.V., tendente a derrocar el actual régimen político social de nuestra patria, abogando por la orientación revolucionaria de la lucha de clases. (S. 12 noviembre 1968.)

Es punible la captación de adeptos y la comunicación de noticias hecha para favorecer los fines del Partido Comunista, agrupación que fue declarada ilegal por Decreto 13 septiembre 1936 y por las Leyes de 9 febrero 1939, 17 mayo 1958 y 1 marzo 1940, por perseguir la subversión violenta y destrucción del orden político, social, económico y jurídico del Estado. (S. 12 noviembre 1968.)

La "Federación Ibérica de Juventudes Libertarias" está comprendida en el número 3.º del artículo 173 del Código penal, por ser de tendencias análogas a la "Federación Anarquista Ibérica", expresamente mencionada en la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939. La analogía en este punto ha sido reconocida en la S. de 24 marzo 1953. (S. 21 noviembre 1968.)

43. Art. 174 (*Asociaciones ilícitas*).—La Unión General de Trabajadores es una entidad comprendida dentro del párrafo tercero del número 1.º del artículo 174 del Código penal. (S. 2 diciembre 1968.)

44. Art. 236 (*Atentado*).—Si bien es criterio generalmente aceptado tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial que el abuso de la función pública hace perder su privilegiada calidad a quien la desempeña, relegándole a la condición de simple particular a los efectos penales, no es lícito dar a esta tesis un carácter de generalidad o amplitud que en cualquier supuesto confiera rango de legitimidad a reacciones de los sujetos afectados por la actuación de la autoridad, agentes o funcionarios, que de otro modo quedarían encuadrados dentro de alguna de las figuras delictivas tipificadas en nuestro ordenamiento penal. (S. 31 octubre 1968.)

45. Art. 237 (*Desobediencia*).—La necesidad de garantizar el princi-

pio jerárquico de Autoridad, que prestigie y defienda a quien la encarne, para hacer viable la realización del derecho y la coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales entre los hombres, ha motivado el delito de desobediencia, que tipifica el artículo 237 del C. P. y que requiere para existir, según su contexto y doctrina de esta Sala que lo interpreta, los siguientes requisitos: 1.º) una orden emanada de la autoridad o sus agentes, no sólo en el ejercicio de las funciones de su cargo, sino que ha de contener, por imponerlo así de consuno el derecho, la moral y los buenos principios políticos, un mandato legítimo que deriva de sus facultades regladas, o atribuciones competenciales, sin extralimitaciones ni excesos; 2.º) que la orden o mandato sea expresa, terminante y clara, por imponer al particular una conducta activa u omisiva indeclinable o de estricto cumplimiento, que ha de acatar sin disculpas; 3.º) que la misma se haga conocer a éste a medio de un requerimiento formal, personal y directo; y 4.º) que el requerido no acate la orden, colocándose ante ella en actitud de rebeldía o manifiesta oposición que por su ánimo de desobeder lesione sensible e indudablemente el referido principio de autoridad, al que desprestigia.

La siempre problemática y circunstancial diferencia entre el delito del artículo 237 y la falta del número 5.º del artículo 570 del C. P., establecida legalmente sobre la nota abstracta de la gravedad o levedad cuantitativa de la desobediencia, conduce para determinarla en concreto al empleo de un criterio valorativo pleno de relativismo y detallista, que tenga en cuenta, no sólo el carácter de la orden, por su condición de meramente particular o general, sino también la materia sobre que verse, el origen del mandato, la motivación de la conducta rebelde, la jerarquía de la Autoridad de quien procede, la relación de dependencia y condiciones subjetivas del que debe acatarla, la persistencia en el incumplimiento, el lugar y el tiempo de su realización, la trascendencia e importancia del daño originado, el desprestigio que ocasiona al principio de autoridad, y por fin cuantas otras circunstancias concurren y sean de ponderar adecuadamente. (S. 28 diciembre 1968.)

46. Art. 245 (*Desacato*).—Las personas que ejerzan funciones públicas, con trabajo siempre importante por su significación y finalidad social, necesitan de la protección a medio de las más altas garantías contra las violencias de lenguaje que se ejerzan peyorativamente en su agravio por los sujetos que por razones egoístas e injustas no estén conformes con la actuación legal de los funcionarios o agentes de la Autoridad en los asuntos oficiales en que intervengan y que a los particulares afecten, pues de otra manera les resultaría molesto y difícil, si no imposible, el cumplimiento de su misión siempre necesaria en el concierto social. A tal fin, para proteger el principio de autoridad, personalmente realizado a medio de manifestación jurídica coercitiva, garantizándolo en su ejercicio, el artículo 245 del C. P. estima delito de injurias a los funcionarios públicos o a los agentes de la Autoridad, la expresión proferida o la acción ejecutada en su deshonra, descrédito o menosprecio por cualquier persona, cuando se encuentran en el ejercicio de sus cargos o

con ocasión de ellos, y la efectúen en su presencia o por escrito que se les dirija, siempre que tal "turbatio verbis" o hecho dinámico contenga el elemento subjetivo del injusto del "animus iniuriandi" o intención deliberada de ofender a la persona que representa el principio de Autoridad, lo que se presumirá "iuris tantum" por imperio del párrafo 2.º del artículo 1.º del Código punitivo cuando las palabras sean gramaticalmente deshonorantes y no se demuestre otra intención preponderante que lo excluya, según valoración judicial relativa y casuística, de acuerdo siempre y para ambos supuestos con los elementos subjetivos y objetivos concurrentes, y concretamente con las circunstancias de modo, ocasión, tiempo, lugar y antecedentes del hecho mismo. (S. 19 noviembre 1968.)

Cfr. § 44.

47. Art. 251 (*Propaganda ilegal*).—El delito de tendencia, denominado de propaganda ilegal, protege los intereses de la seguridad interior del Estado, y para existir, según deriva del tipo establecido en el artículo 251 del C. P., es precisa la concurrencia acumulada de dos indispensables requisitos: uno material u objetivo, consistente en la publicación distributiva, efectuada a medio de acción dinámica, que con gran amplitud determina el párrafo penúltimo de dicha norma; y otro subjetivo o de actividad ideológica, constituido por la búsqueda anímica de alguno de los fines concretos incorporados específicamente a la tipicidad, y por ello, proclamados en cualquiera de los cuatro apartados del citado precepto, y que en definitiva no autoriza la genérica voluntad de atentar contra el orden estatal o los intereses nacionales. (S. 4 diciembre 1968.)

Integra este delito la colocación de una bandera nacionalista vasca con los colores separatistas sobre los cables del tendido eléctrico, pues es procedimiento que facilita la publicidad. (S. 18 noviembre 1968.)

48. Art. 254 (*Tenencia de armas*).—La figura delictiva referente a las armas de fuego tipificada en el artículo 254 del C. P. requiere como uno de sus esenciales elementos la tenencia de tales objetos por parte de la persona responsable, término denotador de una situación que puede no ser equivalente a la existencia de una titularidad dominical, con posibilidad por tanto de afectar al mero detentador del arma, sin que esto suponga que es delictiva toda detentación física, ni, por contra, que deja de serlo la ausencia de contacto material con el objeto, exigiéndose en suma la certeza de una cierta disponibilidad, a matizar en cada caso, y que en el supuesto de que un arma sea poseída sucesivamente por varias personas podrá determinar el nacimiento de otras tantas responsabilidades penales a título de una pluralidad de delitos. (S. 26 septiembre 1968.)

49. Art. 280 (*Falsedad en contraseña de empresa*).—Es objeto jurídico formal en el artículo 280 del C. P. la alteración de la verdad en las contraseñas usadas por las empresas o establecimientos industriales, y bien protegido la propiedad industrial atacada con la falsificación de ellas, cometiendo este delito el que adquirió dos carters de motocicleta, limó su numeración y grabó sobre ella la de su motocicleta marca Derby, con lo cual alteró la verdad en un elemento incluido en el Nomenclator,

R. D. Ley de 26 julio 1929, artículo 341, número 24, con propósito de acomodar la numeración a la de su motocicleta de la misma marca en estas partes integrantes del motor de explosión que la empresa numera en relación con el conjunto de esta parte esencial, como garantía del funcionamiento o individualización industrial, signo adherido a su producto y seña de su procedencia; delito penado en el artículo citado, sin extensión del término *contraseña*, porque en el Registro de la Propiedad del motor en la motocicleta Derby se incluye la de sus elementos mecánicos con las mismas características y señales de origen, cuya alteración es la falsificación de signo distintivo en el tráfico de la empresa, según las sentencias de 21 junio 1945 y 1 del mismo mes en 1962. (S. 6 nobre. 1968.)

50. Art. 302 (*Falsedad en documento público*).—La condición de funcionario se ofrece en el precepto en atención al servicio y a su abuso, debiendo estimarse este segundo requisito únicamente cuando el funcionario se prevale de sus funciones oficiales para cometer los excesos prohibidos, quedando en otros supuestos equiparado a particular aunque sentencias de 21 junio 1945 y 1 del mismo mes en 1962. (S. 6 nobre. 1968.)

51. Art. 303 (*Falsedad en documento público*).—Constituye este delito inscribir como hija legítima a quien no lo era, pues es constante doctrina de esta Sala, reflejada entre otras en sentencias de 2 junio 1955 y 11 abril y 15 octubre 1957, que estas declaraciones inexactas con conocimiento de que se falta a la verdad determinan la existencia del delito de falsedad porque se quebrantaron las garantías que para el servicio del interés público establece la Ley de Registro Civil en materia tan grave cual es la que afecta a la paternidad, y la circunstancia de que la finalidad que se persiga sea muy generosa y altruista no puede despojar a tal mutación de la verdad de la voluntariedad con que se ha llevado a cabo, pues la presunción legal no aparece desvirtuada por tal circunstancia, sin posibilidad por ende de liberar de responsabilidad a la procesada que constante su matrimonio inscribe en el Registro Civil una hija habida con varón distinto de su esposo atribuyéndole el carácter de hija legítima de un inexistente matrimonio, fruto en realidad de esas adulterinas relaciones. (S. 3 julio 1968.)

52. (*Falsedad en documento mercantil*).—Es doctrina de esta Sala en sentencias de 7 mayo y 9 junio 1962 que deben ser entendidos como documentos mercantiles, a efectos penales, todos aquellos que expresen una operación de comercio o que sirvan para demostrar derechos de naturaleza mercantil, y consignando la de 20 diciembre 1960 que bajo la rúbrica de documentos mercantiles deben comprenderse no sólo los expresamente regulados en el C. Com. sino todos los que se deriven de operaciones mercantiles o que hayan de surtir efecto en las mismas. (S. 18 octubre 1968.)

El marido, como administrador de la sociedad de gananciales, puede enajenar acciones pertenecientes a la misma, por lo que no comete falsedad aunque imite o sepa que otro imita la firma de su esposa para dicho fin, ya que su existencia resulta totalmente innecesaria a la luz del Derecho privado para negociar tales valores. De ser las enajena-

ciones fraudulentas para los derechos de la mujer, el remedio se establece en el artículo 1.419, párrafo segundo, del Código civil, trayéndolas a colación al hacer la separación e inventario de bienes de la sociedad conyugal. (S. 10 diciembre 1968.)

53. Art. 306 (*Falsedad en documento privado*).—El delito de falsedad en documento privado, además de la alteración de verdad sustancial de su contenido, requiere el "animus laedendi" o propósito de perjudicar material o moralmente, o disyuntiva y simplemente el ánimo de causar el perjuicio por no ser necesario según la expresión legal la obtención de lucro para que se genere el perjuicio de tercero ni para que la falsedad se consuma, lo que determina que pueda coexistir este delito con la estafa intentada o frustrada. (S. 8 julio 1968.)

A pesar de algunos intentos legislativos, fallidos en la práctica, de convertir los arrendamientos especiales, rústicos y urbanos, en contratos literales y formalistas en los que la forma documental legalmente preestablecida llegare a ser elemento esencial y constitutivo de la existencia del arriendo, tal sistema no llegó a preponderar, subsistiendo en definitiva el espiritualista, prevalente en nuestro Derecho Privado, de la libertad de forma, no siendo en consecuencia la constatación documental escrita privada o pública elemento "ad solemnitatem" sino meramente "ad probationem". Esto sentado, su aplicación al caso de autos descarta la posibilidad de que el documento privado que constató el cierto contrato verbal, aunque con fecha incierta posterior, implicara necesaria y obligatoriamente una falsedad documental privada, tipificada en el artículo 306 en su relación con el 302, ambos del C. P. Efectivamente, si la forma escrita fuese constitutiva del arriendo, el documento en cuestión sería penalmente falso, pues legalmente el contrato no podría nacer a la vida del Derecho sino desde el otorgamiento del documento en cuestión. Contrariamente, como se ha razonado antes, si el contrato pudo existir válidamente desde su eficaz concierto sin que la posterior constatación escrita alterase ni contuviera mudamiento de su verdad, que es la esencia de estas tipicidades penales falsarias en documentos privados, el delito imputado no fue cometido.

Revisada la doctrina y la jurisprudencia la tesis del carácter absolutamente formalista de las falsedades documentales públicas por ser necesaria siempre una subjetividad dolosa con propósito de mal uso del documento público falsificado, este propósito doloso plenamente subjetivo se acentúa por exigencia legal en las falsificaciones de documentos privados, al requerir el artículo 306, con evidente criterio finalista, el perjuicio de tercero, no en estricto sentido de obtención de lucro, sino de daño infringido al destinatario de la falsedad. (S. 28 junio 1968.)

54. Art. 318 (*Falsedades: penalidad*).—La posibilidad que a los Tribunales confiere el artículo 318 del C. P. para imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada para los delitos en el mismo precepto acotados, no es censurable en casación según ha proclamado esta Sala en múltiples resoluciones, de entre las que puede citarse las sentencias de 5 junio 1960 y 7 mayo 1962. (S. 18 noviembre 1968.)

55. Art. 322 (*Uso público de nombre supuesto*).—El derecho-deber que toda persona ostenta a poseer un nombre personal que lo individualice se protege en el artículo 322 del C. P., el cual no defiende el no uso del derecho omitido por el delincuente en su manifestación externa, sino que castiga la defraudación del deber de utilización del *nomen* hacia la sociedad, que está impuesta en defensa del buen tráfico jurídico. El delito de uso público de nombre supuesto requiere, además del ánimo de sustituir voluntariamente la personalidad propia por otra diferente, la patente notoriedad o manifestación de su uso, lo que tanto puede derivar de la habitualidad en todas o parte de las relaciones sociales, como en su ejercicio en uno sólo o muy pocos actos en momento de indudable trascendencia o que por su condición imprima carácter, por su alcance o dimensión o significación cualitativa social, al causar un indudable reflejo-peyorativo en el tráfico jurídico o comunitario. (S. 9 diciembre 1968.)

56. Art. 340 bis c (*Conducción ilegal*).—Cuando el vehículo no se acciona con el motor, su conducción no es ilegal, sin que el intento de conducirlo pueda decirse comenzado mientras el motor no se pone en marcha, pues entonces y sólo entonces comienza el peligro de que un imprevisto pudiera conducirlo creando un riesgo para los demás usuarios de la vía, sin que se pudiera estimar una responsabilidad por tentativa, y ni tan siquiera por la llamada "tentativa inidónea o delito imposible", porque en esta peculiar figura los actos de ejecución se realizan aunque exista una imposibilidad de obtener el resultado propuesto, mientras que en el caso de autos el intento de poner en marcha el motor de la motocicleta no era todavía un acto inequívoco sino atípico de ejecución de este delito, que no se configura legalmente por la puesta en marcha del vehículo sino por su conducción sin permiso, subsiguiente a la puesta en marcha del motor, sin que la conducción sin el accionamiento de tan repetido motor pueda estimarse delictiva como encuadrable en el meritado artículo 340 bis c). (S. 15 octubre 1968.)

57. Arts. 341 y 344 (*Delitos contra la salud pública*).—Si bien es cierto que la doctrina de esta Sala ha venido entendiendo que dicha infracción criminal queda indudablemente consumada, por tratarse más de un delito de riesgo que de resultado, cuando se efectúe cualquier acto inequívoco de tráfico, como el de compra, o el de importación clandestina, o el de mera tenencia, pero siempre con finalidad de mercantilidad posterior, porque el acto de comercio se origina plenamente con la mera adquisición, si existe el ánimo o dolo final de destino, de alcanzar los posteriores provechos comerciales, a medio del agio que puedan permitir los proyectados negocios, pero que sin embargo se malogran por la interrupción que significa la incautación de la mercancía por la autoridad o sus agentes, que evitan la tradición de la reventa e incluso el cobro lucrativo, también lo es que, por no concurrir los esenciales elementos de la mercantilidad o tráfico, ante la ausencia de mediación o tercería, así como de lucro, por la expresa dicción y aplicación del artículo 326 número 1.º del C. Com., no puede entenderse que constituya el delito de los artículos 341 y 344 del Código penal la mera adquisición de drogas o estupefacientes para el

consumo personal, e incluso su tenencia, pues, aunque el adquirente fuera parte en el negocio de compraventa, no realizó —aunque sí la parte de quien lo consiguió— ningún acto de comercio en estricto sentido jurídico, y su conducta resulta indudablemente atípica, por ausencia del deseo doloso, nutrido de la necesaria finalidad de destino comercial, pues para ello habría de jugar activamente como provechoso tercero, al menos en planeada reventa lucrativa. (S. 29 noviembre 1968.)

Fijada la naturaleza jurídico-penal sustantiva de estos delitos como de peligro colectivo, la obtención de lucro que suele acompañar a estas infracciones, y que las ventas llegaran o no a realizarse y ser consumadas, no son elementos esenciales al tipo delictual, pues el artículo 341 castiga la simple elaboración, y, en cuanto a la difusión de la droga, señala en amplia gama cuatro modalidades: la expendición, el despacho, la venta y el comerciar, nociones que no son entera y absolutamente sinónimas, pues la *expendición* y el *despacho* tanto pueden ser gratuitos como lucrativos, y, aunque el lucro sea la regla, no puede negarse la posibilidad, enteramente dolosa, de que existan actos de expendición sin ánimo de lucro pero con el propósito de dañar a los usuarios de la droga. Por lo que respecta al concepto de *venta* y *comercialidad*, no son tampoco enteramente equiparables, pues es más amplia la noción del comercio que comprende una serie de operaciones, todas igualmente comerciales, desde la toma de manos del productor, su transporte y entrada clandestina, reparto y difusión hasta que llega a estar en estado y condición de ser vendida, e incluso gratuitamente expendida o despachada, estando la razón primordial, verdaderamente esencial, causa y motivo de la tipificación delictiva, en el denominador común de que los actos que el precepto describe "pueden causar estragos", certera expresión del dolo de "peligro o riesgo temido"; tratándose de una realidad reconocida y proclamada en las convenciones y recomendaciones internacionales que se ha pretendido debilitar física y moralmente a ciertas naciones con el favorecimiento del tráfico y difusión de las drogas estupefacientes tóxicas, contra lo cual se reacciona en las codificaciones penales de los países signatarios creando estas figuras penales de peligro contra la salud selectiva en las que impera un auténtico rigor punitivo. En el expresado sentido se ha desenvuelto casi con absoluta unanimidad la línea jurisprudencial de esta Sala. Efectivamente este Tribunal tiene sentado en los fallos que se aluden la siguiente doctrina: a) Debe considerarse consumación cualquier acto inequívoco de tráfico y desde luego los de esporádico comercio, siendo suficiente para la consumación el hecho de tener los efectos dispuestos para la venta y en situación de ser vendidos, sin precisarse la tradición y menos el cobro del precio (SS. de 23 enero, 26 noviembre y 3 diciembre 1960). b) No se trata en el aspecto criminal de enjuiciar la perfección jurídica de un negocio de compra-venta, sino de una conducta de tráfico, de riesgo más que de resultado, por lo que la negociación del destino se estimó bastante para la plena consumación (S. de 21 noviembre 1962). c) El acto de comercio comienza con el de compra, que ya es comercial en sí al proponerse finalidades mercantiles.

de acuerdo con la expresión de "comerciar" empleada en el artículo 341 del C. P., ai determinar diversas actividades: elaborar, despachar, vender o comerciar, se perfecciona el delito, por lo que la intervención de estas materias tóxicas representan la consumación del delito (SS. de 14 enero y 3 febrero 1966). d) Al tratarse de un producto extranjero como era la griffa el acto de su importación clandestina era inequívocamente de comercio, por lo que se cumple la tipicidad del artículo 341, aunque se malogre la operación final de venta (SS. de 16 diciembre 1963, 27 mayo 1964, 29 octubre 1965, 13, 14 y 24 mayo 1966). e) Es suficiente para la perfección el tráfico meramente episódico, pues la enumeración del artículo 341 en su relación con el 344 y en su estructura se contemplan varias hipótesis, equivalentes a elaborar, despachar, vender o comerciar. Entre las últimas se incluye un acto inequívoco de comercio como es el de importar el producto clandestinamente; basta el tráfico para que el delito se consume (SS. de 11 marzo 1954, 26 enero 1956, 28 octubre 1957, 22 diciembre 1958 y 24 mayo 1966). f) El agente pretendía pasar de contrabando griffa. Esto según el C. Com. equivale a comerciar. La extensión de los estragos que pueden causar las substancias nocivas, y más si son tóxicas, obliga a graves sanciones en los supuestos de expendición y difusión; y desde luego el mero acto de comerciar en cualquiera de sus fases consume el delito (S. de 21 febrero 1966). g) Estos delitos no atentan contra la salud individualmente considerada, sino contra la salud colectiva. Por ello, aunque la venta no llegue a efectuarse, el delito se estima perfecto, lo que debe entenderse por la mera circunstancia de poner la substancia nociva en disposición de venta (S. de 31 octubre 1966). h) La palabra "comerciar" no tiene significado estrictamente mercantil, sino que abarca todo el proceso de difusión consciente de las drogas tóxicas; entre ellos se comprende el transporte clandestino y la introducción de tal orden en España (S. de 10 diciembre 1966). i) La cantidad del producto intervenido, su elevado precio en el mercado, el transporte clandestino y la introducción de tal orden en España consuman el delito (S. de 23 diciembre 1966). j) Están firmados y ratificados los convenios sobre estupefacientes que internacionalizan la producción o elaboración, suministro y tránsito de estas materias, entre las que se incluye el cáñamo índico, por lo que la introducción prohibida de la griffa constituye un delito (S. de 12 junio 1967). k) 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, basta que quede colocada a disposición del que puede luego enajenarla, porque el artículo 341 sólo exige comerciar, lo que representa la realización de un acto mercantil por las notas de mediación, cambio y lucro; y la simple adquisición de la mercancía es ya un acto de comercio. El simple transporte a través de España no obsta a la consumación del delito, puesto que la defensa de la salud pública ha de estimarse universal y a realizar por cualquier país en pro de los demás. (S. de 4 julio 1967). l) El artículo 341 contempla distintas modalidades delictivas, manifestadas en los vocablos elaborar, expender, vender o comerciar, siendo la



salud pública el bien jurídicamente protegido. La introducción en el territorio nacional consume el delito, aunque no se diera la modalidad última de venderla posteriormente. (S. de 13 enero 1968.) (S. 16 octubre 1968. Análoga doctrina en S. 14 octubre 1968.)

58. Art. 399 (*Malversación de caudales públicos*).—En el tipo de malversación impropia incriminado en el artículo 399 remitido al 394 del Código penal, en que sólo a efectos delictuales y punitivos se considera funcionario público accidental por su adscripción temporal a la función pública de custodiar caudales también públicos al particular depositario de bienes judicialmente embargados, se configuran dos facetas por cualquiera de las cuales se puede incidir en la responsabilidad penal en tales preceptos tipificada: sustraer o consentir que otro sustraiga caudales públicos, acción esta última que por analogía legalmente expresada se atribuye a los bienes embargados en proceso, sin duda porque al ser afectados y vinculados a la efectividad de un fallo judicial vienen, por lo menos mientras la traba dura, a adquirir la indicada calidad de caudales públicos. Si estos bienes los tiene el depositario judicial en función del depósito constituido a su cargo o a su disposición, y si la obligación inherente a todo depositario y muy calificada en el judicial, extrapenalmente deducible de los artículos 1.758, 1.766 y 1.768 del C. Civ. es la de guardarla y restituirla, cumpliendo bien y fielmente los deberes de custodia, es visto que, si sólo se devolvió parte de lo depositado y si expresamente se reconocía "haber dispuesto del resto", es claro y diáfano que, quebrantados los deberes civiles de custodia y devolución, se infringió también el deber de conservación que incumbía, siendo enteramente equiparable a la sustracción que el precepto penal señala la ilícita disposición de aquello que debía conservarse y que fue enajenado apropiándose de su importe, produciéndose en definitiva un indebido desplazamiento patrimonial. Por consiguiente no puede negarse que existe la "sustracción" tipificada como base y esencia de este delito, que como se ha mantenido en la doctrina es un delito contra la propiedad cualificado por el abuso de la confianza estatal, tratándose en definitiva de una apropiación indebida, cualificada por la calidad pública atribuida al depositario y a los caudales apropiados. (S. 30 noviembre 1968.)

59. Art. 407 (*Homicidio*).—El elemento psíquico de la intención finalísticamente perseguida por el sujeto activo con su acción agresiva, tendente a lograr la muerte de un semejante, aunque sin conseguirla, a pesar de realizar todos los actos ejecutivos precisos, o por el contrario dirigida simplemente a vulnerar o quebrantar la integridad corporal de otro ser humano, contiene el signo diferencial entre el delito de homicidio frustrado y el de lesiones consumadas, que por lo demás son coincidentes en su objetivo resultado, en el bien jurídico atacado y por lo común en el dinamismo corporal de actuación, pues no puede admitirse como decisiva a tal fin la mera causalidad material que conduciría en todo caso a la prevalencia absorbente y tipificación única del delito de lesiones, sino que debe valorarse la actuación de la causalidad jurídica, con la ideación motora del resultado indispensable en la dogmática cul-

pabilista, para conocer la dúplice finalidad y calificar una u otra figura, incluidas en el C. P. como diferentes. En la búsqueda de ese esencial propósito anímico surge la dificultad de ponerlo de manifiesto con prueba directa y plena, porque la intención se oculta en lo más profundo de la conciencia, al ser un fenómeno interno de índole psíquica, muy difícilmente penetrable y cognoscible para los extraños, debiendo buscarse la vía indirecta deductiva de los actos externos de la actividad del delincuente, que obedecen a una finalidad y son índice de ésta por resultar su expresión, valorándolos objetivamente, para conseguir indirectamente conocer si el dolo fue "occidendi" o meramente "vulnerandi", para lo cual ha de determinarse si existen acumuladamente algunos o la mayor parte de los elementos siguientes: el medio o arma empleada, con su idoneidad para matar o simplemente para lesionar; la región del cuerpo atacada; la intensidad de las heridas; la persistencia en la agresión; la manera de efectuarla; la causa originadora de la actuación criminal; las relaciones entre ofendido y ofensor; las externas manifestaciones de éste; y cuantos otros elementos conduzcan a presumir de manera lógica. el ánimo del delincuente, sólo desvirtuable por la presencia de una intención subjetiva directa contraria a la obtenida de la valoración indicada. (SS. 9 y 11 noviembre 1968.)

60. Art. 420 (*Lesiones*).—El T. S. declaró en S. del 20 abril 1964 que un hundimiento craneal constituye una irregularidad física y revela una imperfección en la cabeza, y que no son únicamente las faltas físicas que afectan a la estética de las personas, sino todas aquellas que aun cuando pudieran ser encubiertas determinan un defecto permanente en la normal constitución orgánica del ser humano, y que no sean debidas a la propia naturaleza constitucional, criterio que se había ya mantenido en las sentencias de este Tribunal de 6 noviembre 1962 y en la de 29 mayo 1963. (S. 30 septiembre 1968.)

61. Art. 429 (*Violación*).—Para la consumación de la violación no es necesario el desfloramiento, ni mucho menos que éste sea completo, pues se entiende cometida por el yacimiento, que a su vez equivale a la introducción del órgano sexual masculino en el femenino de una manera violenta, forzada o intimidante contra la voluntad o sin la voluntad de la ofendida, cuando ésta no pueda prestarla o por su minoridad no estuviere en condiciones mentales de hacerlo por falta de madurez, siendo intrascendente para la consumación del delito que la introducción sea más o menos profunda, sin que sea imprescindible la virginidad, puesto que cabe la violación de mujer ya no virgen, y sin que el desfloramiento cuando se produzca tenga que ser completo, no siendo tampoco esencial que se llegue a la eyaculación, de donde se deduce que cuando la introducción más o menos perfecta y completa se ha producido, el delito está ya plenamente consumado y debe ser penado como tal. (S. 21 octubre 1968.)

62. Art. 430 (*Abusos deshonestos*).—La doctrina de esta Sala tiene dicho que constituye este delito (sentencias de 3 abril, 17 abril y 28 diciembre 1934, y 12 febrero 1952, entre otras) cualquier acto atentatorio.

al pudor o de torpe liviandad, excluido el acto natural de yacer. (S. 28 octubre 1968.)

Este delito es de mera actividad y no de resultado subjetivo, bastando para su consumación el atentado o agravio a la honestidad o pudor de otro. (S. 5 julio 1968.)

Tiene proclamado esta Sala, en orden al requisito de la intimidación necesaria para dar vida tanto al delito de violación en una de las modalidades previstas en el número 1.º del artículo 429 del C. P. como al de abusos deshonestos paralelamente establecido en el siguiente artículo 430, que puede hallarse integrada por violencias de índole moral, mas en cualquier supuesto han de revestir las precisas características de suficiencia y entidad bastante para el logro por parte del sujeto activo del resultado que apetece, venciendo la resistencia natural y lógica opuesta por la víctima, esto es, sin demandarse que la intimidación equivalga a una fuerza de orden moral extrema, invencible o irresistible, su entidad cuatitativa es menester que alcance un cierto grado, variable según las circunstancias concretas del caso contemplado, pero poseyendo una eficacia sensiblemente apreciable a los fines antes detallados. No cabe desconocer que los especiales vínculos que unen a maestros, profesores o educadores con sus discípulos, por una múltiple serie de factores de entre los que cabe enumerar como concurrentes de ordinario lo limitado de la edad de los segundos con notable superioridad en este aspecto de los primeros, el ascendiente que el propio magisterio les proporciona, así como el respeto y obediencia que deben inspirar y merecer a los educandos, les sitúan sobre éstos en un plano preeminente y preponderante que puede prestarse, con mayor facilidad que en otros supuestos, a imposiciones de voluntad en variadas esferas, mas es igualmente necesario destacar que de ello no puede inferirse que estas imposiciones de voluntad, intimidaciones en suma, dimanen o provengan sin más de la existencia de las precitadas relaciones docentes o de magisterio, antes al contrario, es del todo punto indispensable que se adicione a las mismas la presencia de algún hecho complementario, revelador de que al amparo de cualquiera de las descritas situaciones, permitida o favorecida por ella, el culpable actuó en alguna forma o utilizó determinado medio que venga a cohibir, condicionar o determinar la voluntad de la víctima. (S. 10 diciembre 1968.)

63. Art. 431 (*Escándalo público*).—Es bien sabido que el legislador, mediante la inclusión en el Código Penal del delito de escándalo público, pretende prescribir ataques a la honestidad como bien ideal de la comunidad, siendo ésta el auténtico sujeto pasivo de estas infracciones, y el sentimiento de moralidad predominante en un tiempo y lugar determinados, bien jurídico cuya protección puede quebrantarse mediante una infinita gama de actos humanos, comprendidos en la amplísima expresión utilizada en el artículo 431 al aludir, en cuanto a las formas comisivas, a "cualquier modo" en la producción de la ofensa al pudor o las buenas costumbres, indeterminación sobre la tipicidad que obliga a los tribunales al más cuidadoso examen de cuantos elementos de hecho se ofrecen a su consideración, teniendo siempre presente el elemento pura-

mente normativo de la producción o no del "grave escándalo o trascendencia", también literalmente requerido por el precepto que se analiza, concepto también del máximo relativismo por no suponer en esencia más ni otra cosa que la exigencia de una valoración de la proyección social de los hechos sometidos a enjuiciamiento, requisito de la gravedad que es menester referir no sólo al hecho en sí, sino primordialmente al escándalo en su caso producido. (S. 5 noviembre 1968.)

Se ataca la moral sexual colectiva con actos deshonestos a los cuales da la sociedad importancia suficiente para motivar repulsa al conocerse de modo inmediato público o por la natural y previsible divulgación del hecho mismo; este ataque colectivo no se subsume en la lubricidad de los actos considerados en sí, ofensa a la libertad sexual individual, pues la repugnancia e indignación pública, merecidas, son efectos independientes y posteriores que especifican otro delito. (S. 1 julio 1968.)

El exhibicionismo sexual, a medio de la impúdica manifestación de partes íntimas del cuerpo propio, que se hacen visibles inmoralmente para otras personas, violando su natural recato, pudor y facultad de no ser obligadas a contemplar lo que no desean, y que normativamente se exige no divulgar públicamente, puede realizarse tanto intencionalmente como por imprudencia o negligencia, al mostrarse en este caso desnudo total o parcialmente por inadvertencia, pero omitiendo deberes de cautela que de guardarse lo impedirían, pues, dentro de la expresión "de cualquier modo" empleada en el artículo 431 del C. P., encaja sin duda la perpetración culposa, ya que este delito de mera actividad no exige el dolo específico caracterizado por la intención de ofensa al pudor o a las buenas costumbres públicas, existiendo sí, realizado el acto inmoral o simple "peccatum", su conocimiento o trascendencia se efectúa con proyección social indudable, lesionando los sentimientos de moralidad media culturalmente establecidos en un lugar, momento y ambiente dados, por ser el genuino sujeto pasivo de esta infracción penal la comunidad y sus sentimientos éticos, a cuyo fin la manera de comisión del indicado acto inmoral puede tener por su origen dimensiones intencionales dolosas o meramente culposas, que determinan los dos grados de la culpabilidad, pero en este último supuesto siendo previsible el resultado, debido al incumplimiento de deberes de diligencia impuestos a cualquier hombre, bastando por ello que recaiga la voluntariedad en el acto ofensivo a la moral o buenas costumbres, sin ser preciso se manifieste también sobre su divulgación, que puede ser debida a causas ajenas a la intención directa misma. (S. 6 julio 1968.)

Los actos de homosexualismo, por reprobables que sean, no constituyen delito de escándalo público si nadie tiene conocimiento de ellos hasta que son comunicados por uno de los que intervinieron en los mismos. (S. 31 diciembre 1968.)

Cfr. § 89.

64. Art. 436 (*Estupro*).—El legislador, mediante la configuración de determinados tipos delictivos, entre los que se halla el de estupro, pretende primariamente proteger la libertad sexual de la mujer, libertad

contra la que puede atentarse de muy variadas formas y con prevalimiento de diversas situaciones, que la Ley trata de evitar, partiendo, como principio esencial, de que la inocuidad del intercambio sexual ante el Derecho represivo debe asentarse en que la mujer se halle en posesión de unas mínimas facultades cognoscitivas, de inteligencia y de voluntad, que le permitan la formación de un razonable juicio de comportamiento en orden a aceptar o rechazar la relación sexual de que se trata, siendo lógicamente uno de los elementos de que el legislador se vale la fijación de unos límites de edad, variables según los plurales supuestos que prevé pero siempre encaminados al antedicho fin, presumiéndose, en caso de rebasarse tales límites de edad, que la mujer puede por sí resolver lo que le plazca, mas no así en la hipótesis contraria —con independencia de la valoración moral que pueda merecer— sin desconocer que la “ratio” puede hallarse también, pero en plano tan preponderante, en las consecuencias morales y sociales que produzca el yacimiento con personas de temprana edad. Es de toda evidencia que en el señalamiento de estos límites de madurez en tales figuras delictivas alude la Ley penal a edades físicas o biológicas, pero referidas siempre a personas normales, por lo que no repugna admitir una asimilación a ellas de las denominadas edades mentales, ya que en definitiva, y cual queda precedentemente expuesto, lo que importa no es el desarrollo o fortaleza física de la mujer, sino la posesión por su parte de los necesarios resortes de índole moral o psíquica, de los que se halla privada si su edad mental no es suficiente, lo que ha motivado jurisprudencia de esta Sala en la que mereció trascendente consideración este aspecto de la edad mental de la ofendida en delitos contra la honestidad, sin desconocer la existencia de pronunciamientos de signo opuesto, tesis esta última no proseguida por las razones apuntadas y porque de otro modo quedarían en el más absoluto desamparo, frente a pretensiones y logros de orden sexual, aquellas mujeres de edad superior a los doce años no privadas totalmente de razón o de sentido, no protegidas por ende por la grave figura delictiva de la violación, que por razones constitucionales o sobrevenidas su edad mental se hallara comprendida dentro de alguno de los límites establecidos en los tipos de estupro, pero que su edad física los hubiera sobrepasado. (S. 8: noviembre 1968.)

La indeterminación de la naturaleza y magnitud del engaño en el precepto del artículo 436 del C. P. concede al juzgador penal la facultad de apreciarlo según su prudente arbitrio, atendiéndose siempre a las circunstancias de hecho que concurren en el caso concreto —véase, por ejemplo, la sentencia de 7 febrero 1950—, pues es el caso vivo con sus concretas circunstancias el que puede suministrar al Tribunal los datos necesarios para apreciar si existe el engaño delictivo, y en su caso la relación del mismo en orden a su influencia en la entrega de la mujer, habiendo entendido dicha doctrina reiteradamente que el engaño no sólo tiene lugar mediante promesa de matrimonio incumplida, que es el medio usual de comisión de este delito, sino que también es de apreciar en las relaciones amorosas mantenidas en público y en circunstancias tales.

que hacían esperar normalmente un desemboque en matrimonio. Sentencias de 29 octubre 1956 y 25 enero y 7 marzo 1962. (S. 16 diciembre 1968.)

65. Art. 444 (*Mantenimiento de la prole*).—No es lícito condenar al procesado a satisfacer determinada cantidad a la ofendida para el mantenimiento de la prole, ya que la prestación de alimentos puede aumentar o disminuir, según posibles alteraciones en el estado económico de quien los da y quien los recibe, con opción incluso de prestarlos no mediante el abono de cierta suma, sino en el propio domicilio (sentencias de 12 mayo y 29 noviembre 1962 y 22 febrero 1963), afirmándose incluso de modo categórico que es en ejecución de sentencia donde debe determinarse la cuantía, plazo, forma y condiciones de pago de la pensión alimenticia (sentencia de 2 mayo 1963), no estando los Tribunales penales autorizados para establecer la forma de cumplimiento de la obligación legal ineludible de mantenimiento de la prole, y menos para sustituir la fórmula que el C. P. adopta, y sólo en el caso de que en ejecución de sentencia conozca el Tribunal que el reo incumple este extremo de la condena será llegado el momento de adoptar las determinaciones que correspondan (sentencia de 22 noviembre 1957). (S. 22 octubre 1968.)

66. Art. 452 bis a (*Delitos relativos a la prostitución*).—Aparte de la entrega carnal realizada por precio, cabe la llamada "prostitución viciosa", en que una mujer repite indefinidamente los actos sexuales con una serie de hombres distintos, para satisfacción de su perversión sexual, en verdadero libre acceso que para generar la prostitución no exige y requiere siempre la entrega por precio. (S. 25 junio 1968.)

67. Art. 457 (*Injurias*).—En la antijuricidad tipificada del delito de injurias, tan certeramente definido en el artículo 457 del C. P., se exige implícita pero esencialmente para su existencia la presencia del "animus iniuriandi", como elemento subjetivo del injusto, que se presume "iuris tantum", siempre que las expresiones proferidas o acciones ejecutadas, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, revistan trascendencia difamatoria en sí mismas, por su significación gramatical, aunque cabe en la apreciación jurídico-penal la eliminación de esta presunción si el agente que las causó llega a probar su desplazamiento por la presencia de otro ánimo, excluyente del injusto típico. con mayor entidad cualitativa, pues la concurrencia resulta imposible, quedando absorbido en tal supuesto la intención difamatoria o el dolo por la superior importancia del otro deseo subjetivo; y para realizar la valoración apreciativa y comparativa indicada ha de atenderse principalmente a las particularidades del supuesto contemplado, empleando un criterio relativo y circunstancial axiológico sobre el grado y consecuencia de los ánimos, de acuerdo siempre con los elementos personales, y a la ocasión, modo, tiempo y lugar, sin adoptar soluciones de posible generalización, porque el casuismo domina en tan delicada materia. (S. 9 noviembre 1968.)

Cfr. § 39.

68. Art. 487 (*Abandono de familia*).—Para que surja el delito de abandono de familia, se precisan una de estas dos circunstancias: que uno

de los cónyuges abandone maliciosamente el domicilio conyugal o que el abandono del mismo tuviera por causa su conducta desordenada; sin uno de estos dos supuestos no nace el delito, pues el párrafo segundo o penúltimo del artículo 487 del C. P. no crea una figura delictiva distinta de los supuestos típicos de los números 1.º y 2.º, instituye únicamente una nueva agravación de la penalidad fijada en el primer párrafo cuando, además de incurrirse en uno de los dos casos aludidos, se dejen de cumplir los deberes legales inherentes a la patria potestad pudiendo hacerlo. (S. 10 diciembre 1968.)

No es abandono malicioso del domicilio conyugal, y falta la intención dolosa de sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones, cuando la ausencia obedece únicamente a incompatibilidad de caracteres con el cónyuge de temperamento violento y absorbente. (S. 31 octubre 1968.)

La conducta de la esposa que a los pocos días de la boda no permite la entrada de su marido en el domicilio conyugal, radicado en la casa de la madre de ella, vivienda en la que habían convivido con esta última y con varias hermanas de la procesada durante aquel corto lapso de tiempo, frecuentes las discusiones y peleas entre todos ellos desde el primer día, siendo el esposo de mala conducta en todos los aspectos, con promoción de numerosos escándalos, no puede subsumirse en la figura delictiva de abandono de familia, prevista en el artículo 487 del C. P., por no ser en términos pñeales típica aquella conducta, ya que, aun admitiendo que esa negativa de la mujer a la entrada del varón en el común domicilio pueda suponer incumplimiento de deberes de asistencia inherentes al matrimonio, es inexcusable que ello sea debido, bien a un comportamiento malicioso, bien a la conducta desordenada del sujeto activo, que es lo taxativamente demandado en los números 1.º y 2.º del mismo precepto, sin que del relato fáctico se infiera la presencia de una u otra situación. (S. 22 noviembre 1968.)

69. Art. 490 (*Allanamiento de morada*).—En el delito de allanamiento de morada la actividad ejercitada por el culpable lo es, en términos utilizados por el legislador en el artículo 490 del C. P., contra la voluntad del morador, esto es, entra en juego la disposición anímica, el criterio, la voluntad en suma de determinada persona, el morador, que permite o no la entrada o la permanencia en el local del sujeto activo, siendo preciso destacar cómo en términos generales debe entenderse por morador, en el caso de hallarse familiarmente ocupada la vivienda, a quien sea jefe o cabeza del grupo, bien que en supuestos concretos en alguna de la infinita gama de situaciones que la vida real puede ofrecer, y como caso excepcional, quiebre el principio expuesto, y valga como voluntad del morador la de otro miembro de la comunidad familiar. Por mucha extensión que se quiera dar a la autoridad marital, al predominio de la voluntad del varón sobre la de la esposa en orden a cuanto concierne al desenvolvimiento de la sociedad conyugal, no cabe menos que proclamar la licitud, validez y eficacia de la voluntad de la esposa que niega y se opone a la entrada en la que es su propia vivienda de la amante de su

marido, al cual no ya la moral, sino tampoco el derecho, le amparan para sostener opuesto criterio. (S. 8 octubre 1968.)

70. Art. 493 (*Amenazas*).—Siendo el delito de amenazas eminentemente circunstancial, para graduar su importancia y aun determinar su existencia, hay que examinar no sólo el alcance y significación de las palabras, sino las circunstancias concurrentes en el acto y en las personas, para poder inducir de ellas no sólo el ánimo o propósito de intimidar en el agente, sino la posibilidad de producir ese efecto en el sujeto pasivo. (S. 23 octubre 1968.)

71. Art. 500 (*Delitos contra la propiedad*).—De ordinario, en las infracciones patrimoniales de apoderamiento, los elementos objetivos de perjuicio y lucro suelen ser correlativos, equivalentes y de signo contrario, como atinentes a los sujetos pasivo y activo respectivamente, requiriéndose una relación no muy diversa del sinalagmatismo, mas en aquellos supuestos en que aquella igualdad o equivalencia se rompen, siendo diferente la estimación económica del perjuicio sufrido por la víctima del beneficio o lucro logrado por el culpable, tiene declarado esta Sala que la fijación de la cuantía, a efectos de una adecuada tipificación de la infracción, con el subsiguiente correcto señalamiento de la penalidad, debe hacerse no por el lucro o beneficio obtenido por el sujeto activo del delito, sino por el valor real de las cosas sustraídas o apropiadas, o por el daño experimentado en el patrimonio económico del perjudicado. (SS. de 10 febrero 1958 y 23 febrero 1961.) (S. 26 septiembre 1968.) (Análogo doctrina en S. 23 octubre 1968.)

72. Art. 504, núm. 1 (*Robo con escalamiento*).—Esta Sala, incluso tras la desaparición en el C. P. vigente de la definición que del escalamiento contenía el de 1932, en el sentido de entender por tal la penetración o entrada en casa habitada o edificio público por una vía no destinada al efecto, viene constantemente entendiendo que uno de los supuestos en que el mismo concurre lo es cuando se accede al lugar donde se hallan los bienes muebles ajenos objeto del apoderamiento a través de una ventana, con independencia de la altura en que la misma se halle situada, sin precisión por tanto de obviar o vencer más ni otras dificultades, sean derivadas de una notable separación existente entre suelo y ventana, o de cualquier otra circunstancia, no requiriéndose en consecuencia poner en ejercicio habilidades acrobáticas, ni correr especiales riesgos, sino tan sólo prescindir de la utilización del cauce normal de entrada, derivando hacia un medio enteramente irregular y excepcional, denotador por lo general de una mayor peligrosidad en el sujeto que así procede. (S. 17 diciembre 1968.)

Constituye escalamiento el hecho de subirse uno de los reos a la puerta que da acceso al chalet, voltearse y descorrer el cerrojo. (S. 20 diciembre 1968.)

73. Art. 504, núm. 2 (*Robo con fractura exterior*).—La doctrina jurisprudencial declaratoria de que para la existencia del delito de robo se precisa, cuando se trata de casa no habitada o de edificio no comprendido en el artículo 497, 1.º del Código penal de 1932, que el lugar o



edificio no sólo sea una construcción más o menos sólida, cerrada y techada, sino que por las condiciones interiores de las mismas sean susceptibles de que una o varias personas puedan utilizarlas para su descanso y demás necesidades que la vida física y social exige, quedando en otro caso degradada la infracción a hurto, aunque se empleara fuerza para la sustracción de cosas muebles, quedó carente de valor y aplicación a la vigencia del actual Código de 1944, merced a la distinta redacción dada a los preceptos tipificadores de estos delitos contra la propiedad. Es por tanto robo el apoderamiento de bienes muebles ajenos, extrayéndolos del interior de un automóvil, previa rotura de un cristal del vehículo. (S. 14 octubre 1968.)

74. Art. 504, núm. 4 (*Robo con llaves falsas*).—Es aplicable al apoderamiento de objetos que se encuentran en el interior de un automóvil cerrado, ya que no es posible circunscribir el tipo a la apertura con llaves falsas de casas o edificios. (S. 27 diciembre 1968.)

Cfr. § 12.

75. Art. 510 (*Llaves falsas*).—Ha de estimarse que ha sido sustraída la llave legítima al propietario, para incardinarla, por la acción desarrollada, en el concepto jurídico-penal de falsa, cuando el agente quebranta la manifiesta voluntad del dueño de la misma de evitar su uso a persona distinta de aquellas que por su información conozcan el lugar donde la esconde, ocultándola a las miradas ajenas con la finalidad de privar a los demás de poder utilizarla, y tener más protegidos los bienes que guarda defendidos por la cerradura a la que corresponde. (S. 4 noviembre 1968.)

76. Art. 516, núm. 2 (*Hurto doméstico*).—El servicio de asistencia domiciliaria, sustituto en muchos casos del continuado de la empleada de hogar, es prestado de manera discontinua, sin pernoctar en el domicilio, con menores lazos de unión y lealtad para con los moradores, pero siempre basado en la confianza, ya que el cuidado de las habitaciones, muebles y cocina la introducen en la intimidad familiar, y cualquier ataque contra los bienes comunes entraña un rompimiento de la fidelidad y confianza, presupuestos de su admisión aunque interina en la esfera de la propia casa. (S. 5 octubre 1968.)

77. (*Hurto con abuso de confianza*).—El abuso de confianza, que opera como circunstancia agravante específica en el delito de hurto, por aplicación del número 2.º del artículo 516 del C. P., manifiesta una estructura plenamente ideal o subjetiva, enmarcada en la falta de ética que representa una mayor peligrosidad y perversidad dolosa del agente, y por lo mismo un "plus" de culpabilidad, que lesiona y destruye la íntima relación de dependencia y coexistencia humana, profesional, laboral o de otro tipo, basada en la confianza, lealtad y buena fe depositada por el perjudicado en aquél, al estar ligados entre sí por vínculos muy cercanos, sociales o contractuales, dignos del mayor respeto, pues se aprovecha el delincuente para dar vida a su propósito criminal de las superiores facilidades que esa situación le proporciona, por la ausencia o disminución de las defensas que pudieran proteger a las cosas objeto del derecho de propiedad, y que quedan a la plena disponibilidad ilegítima del mismo, dada la credulidad

que espera y presiente un comportamiento honesto y que se destruye impensadamente. (S. 20 diciembre 1968.)

78. Art. 516, núm. 3 (*Hurto con doble reincidencia*).—Para conocer el contenido de esta doble reincidencia hay que acudir al artículo 10, circ. 15, del Código penal, así como a la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 61 del mismo Código. (S. 15 noviembre 1968.)

79. Art. 519 (*Alzamiento de bienes*).—El delito de alzamiento de bienes es una repercusión penal del artículo 1.911 del C. Civ. que establece el principio de la responsabilidad patrimonial universal, pues, si el patrimonio en su plural contenido está, cuando menos genéricamente, afecto al pago de las obligaciones del deudor, el hecho de voluntaria y dolosamente hacer desaparecer los bienes colocándose torticeramente en situación de insolvencia por medio de ventas tendentes a tal fin por menor precio, para pasar de la situación de "reconocida solvencia" a una "total insolvencia" que procesalmente hiciera ineficaces las acciones del prestador para resarcirse de lo prestado, este proceder voluntario y consciente, realizado con la ilícita finalidad de no pagar, representa el ánimo defraudatorio, la "estafa a posteriori o el dolo subsequens" que la doctrina pregonaba como esencial e inexcusable en el alzamiento de bienes en que la finalidad lesiva es inherente a este tipo delictual, pues, si la insolvencia se hubiera provocado por involuntarias y malas contingencias del negocio, el alzamiento no se hubiera producido, pero, si hubo el decidido propósito defraudatorio concretado en ventas a bajo precio generadoras en otros casos de estafa —ventas a plazo con reserva de dominio—, es innegable que el alzamiento se ha cometido radicado en bienes "propios" pero con la ilícita finalidad de que sobre ellos no pudieran los acreedores hacer efectivos sus créditos, sin que sea tolerable argumentar contrariando la resultancia fáctica que puntualiza el paso voluntario de la "reconocida solvencia" a la "total insolvencia" con el propósito de no pagar y siendo el mecanismo de alzamiento utilizado —ventas depreciadas— y el logro perjudicial de lo pretendido, el quedar sin bienes "con que hacer frente a sus obligaciones", sin que por cierto la consecución de este resultado sea esencial, pues basta el propósito de obtenerlo para que el delito se consume. (S. 30 septiembre 1968.)

El delito de alzamiento de bienes está compuesto por la existencia real de uno o varios acreedores con crédito exigible; por la ocultación o desaparición de los bienes del obligado al pago, por consecuencia de lo que quede total o parcialmente insolvente; y por el propósito del agente de burlar los derechos de aquéllos, que es el dolo específico que aglutina a los otros ingredientes para formar el tipo delictivo. (S. 20 noviembre 1968.)

No tratándose de un delito "de propia mano", en el alzamiento de bienes la coautoría y la complicidad se regulan por las reglas generales. Si el cómplice es comerciante, se le aplicará la pena agravada. (S. 30 septiembre 1968.)

80. Art. 529 (*Estafa*).—El delito de estafa genérico requiere para existir una conducta humana, dinámica, formal y culpabilista, constituida por un engaño, que, plena de ánimo de lucro, forje indudablemente

en el sujeto pasivo un error esencial en su voluntad, que le determine a disponer de bienes patrimoniales, con detrimento económico o perjuicio material, en favor del delincuente o de un tercero; por lo que para la existencia de esta infracción se requiere que aquel elemento psicológico o ideal, artificioso, simulado o falso, por su mendacidad intrínseca, que en sí es el engaño, opere, en adecuada relación de causalidad, como generador de este requisito objetivo, real y externo del desplazamiento defraudador, que consuma el delito, y que se manifiesta en una sensible disminución de sus valores económicos de cualquier clase, que sean reconocidos como tales por el Derecho, como integrantes del fondo cuantitativo personal, con determinación conocida o cierta, tangible y mesurada, por ser la medida para la regulación de la cuantía de la penalidad, según el artículo 528 del C. P., y no sirviendo la imprecisión absoluta de su alcance para castigar el hecho, por ausencia de presupuesto esencial del tipo. (S. 14 noviembre 1968.)

Para configurar en buena técnica jurídica el delito de estafa tenían que mediar y concurrir los requisitos de engaño malicioso, ánimo de lucro y perjuicio logrado o cuando menos intentado del sujeto pasivo; y el engaño para trascender penalmente tiene que ser racional, lógico y con entidad suficiente para poder defraudar a una persona normalmente crédula. (S. 11 diciembre 1968.)

El engaño, elemento tipificador de la estafa, ha de preceder o concurrir al acto o contrato con fuerza sugestiva bastante para lograr el consentimiento sobre un desplazamiento patrimonial que no se hubiera producido sin oscurecer o nublar la inteligencia del sujeto pasivo y vencer su voluntad al fin propuesto. (S. 26 octubre 1968.)

El engaño, como elemento esencial del delito de estafa, consiste, como expresó esta Sala en S. de 19 enero 1953, en lo que se dice o hace creer con el propósito de perjudicar a otro, induciéndole a hacer o no hacer lo que sin tal engaño no hubiera hecho o dejado de hacer, o, como dijo la de 25 enero 1964, la esencia del engaño está constituida por la asechanza que se pone a la buena fe, credulidad o inconsciencia de una persona, para, induciéndola a error, perjudicar sus intereses, siendo el engaño capaz de mover la voluntad del perjudicado. (S. 20 septiembre 1968.)

Aunque coinciden en la presencia del elemento ideal o psicológico del engaño, y del real u objetivo del perjuicio defraudatorio con fraude que opera sobre un bien inmueble, que ficticiamente se enajena, sin embargo claramente se diferencian la estafa común del artículo 529, número 1.º, referida a empresas o negociaciones imaginarias que recaigan sobre bienes y actos traslativos de tal condición, y la estafa especial y privilegiada del párrafo 1.º del artículo 531, ambos del C. P., cometida por fingirse dueño de cosa inmueble que se vende a otra persona, ya que, mientras en aquella figura ordinaria el objeto de la enajenación es radicalmente inexistente y meramente producto de la fantasía del falso vendedor, que sin título de propiedad y sin facultad de disponibilidad los hace presentes para forjar el engaño que produzca el error que origine el desplazamiento patrimonial del precio de adquisición del

contrato meramente imaginario, en esta defraudación privilegiada del 531, párrafo 1.º, el lucro y quebranto económico se genera con la transferencia, al menos aparente, de un bien raíz existente y cierto, pero sin titularidad dominical ni facultad de disposición en el presunto vendedor, que se finge dolosamente propietario sin serlo, sorprendiendo la buena fe del adquirente, y vendiendo por lo mismo un cuerpo real y tangible en el mundo del derecho, pero que no le pertenece. Esta doctrina, que elude la aplicación del artículo 68 del C. P. y establece la línea diferencial entre tan próximas figuras, dándole su real contenido material, y que sintéticamente determina que la estafa común existirá cuando falte por ser inexistente el objeto inmueble y el título dominical para vender, y la especial, cuando exista el objeto raíz pero se carezca de título de propiedad y de facultad de disposición, ha sido establecida con anterioridad e implícitamente en las sentencias de esta Sala de 9 octubre 1961, 24 enero y 2 febrero 1962 y 30 abril y 6 mayo 1964, entre otras. (S. 17 diciembre 1968.)

Cfr. § 33.

81. Art. 531 (*Defraudaciones*).—Tanto el delito del párrafo 1.º como el contenido en el segundo del artículo 531 del C. P. requieren que el sujeto activo emplee el engaño, fingiéndose dueño de la cosa inmueble que enajene como propia o que transmita como si fuera libre sabiendo que estaba gravada, exigiéndose en ambos tipos un elemento cognoscitivo consistente en el indudable conocimiento de su carencia de dominio en el primer supuesto, aparentando sin embargo engañosamente tenerlo, y sobre la ausencia de libertad real en el segundo, que sin embargo se hace figurar, al transmitirse, como falta de toda constricción o limitación real, engaño que puede operar contra el adquirente y en el primer supuesto incluso contra el verdadero "dómino" perjudicándolos, y que a su vez puede ser expresamente forjado activamente a medio de palabras o hechos directos, o puede manifestar mera entidad implícita o incluso omisiva, aprovechándose de un error ajeno, al que se deja surtir su efecto transmisivo, que, pudiéndose y debiéndose eliminar, sin embargo no se desvirtúa, efectuándose una evidente defraudación. (S. 29 noviembre 1968.)

El delito del artículo 531 párrafo 2.º del C. P. precisa de dos elementos, el subjetivo del engaño de disponer de una cosa como libre sabiendo que está gravada, y el objetivo de la lesión patrimonial de un tercero, pues, siendo esta infracción una de las modalidades de los delitos contra la propiedad, no puede aflorar al campo de la punición sin la concurrencia de este segundo requisito, necesario además para determinar la penalidad, y que el precepto citado exige con las palabras "perjuicio que se hubiere irrogado", refiriéndose por tanto el Código en esta modalidad delictiva a una lesión o daño ya inferido, no a cosa de futuro, con lo que su tipicidad queda fuera de los llamados delitos de peligro o de riesgo. (S. 19 noviembre 1968.)

Cfr. § 80.

82. Art. 532 (*Defraudaciones*).—Los hechos declarados probados cons-

tituyen el delito de estafa impropia, definida en el artículo 532 del C. P., porque, concedores los procesados de la decisión de la esposa del que aparece como vendedor para ejercitar las acciones judiciales contra él por abandono de familia, a fin de burlar los derechos que pudieran concederla, proyectaron la fingida venta de aquél a su padre y hermanas, en perjuicio de la querellante, simulación de contrato que impidió a la esposa cobrar las pensiones alimenticias cuando lo intentó y que el Tribunal apreció en cantidad no inferior a las 50.000 pesetas; figura penal especializada y de aplicación preferente a la del artículo 303 relacionado con el 302, cuarto del mismo Código, conforme a SS. de 3 febrero 1932, 10 abril 1948 y 12 abril 1950. (S. 12 diciembre 1968.)

83. Art. 534 (*Defraudación de la propiedad industrial*).—Tiene declarado esta Sala en S. 28 abril 1964 que, aun cuando a los tribunales civiles corresponde pronunciarse formalmente sobre la validez de las patentes, proclamada por la inscripción registral con presunción *iuris tantum*, ello no obsta a que la jurisdicción penal examine ese valor, atendida la novedad de lo patentado, por la trascendencia que tiene para decidir sobre la existencia de las defraudaciones imputadas si, como es lógico, ha de cumplir la finalidad de la Ley de 26 de julio de 1929, de proteger cualquier invento relacionado con la industria, y sin que la decisión exculpatoria que pueda adoptarse determine naturalmente la nulidad de la inscripción. (S. 18 octubre 1968.)

En el delito de competencia ilícita del artículo 134, tercero, de la Ley de 16 de mayo de 1902, en relación con el artículo 534 del Código penal, figura como elemento subjetivo del injusto el ánimo de perjudicar los derechos e intereses del poseedor del modelo. (S. 16 diciembre 1968.)

84. Art. 535 (*Apropiación indebida*).—El artículo 535 del C. P., al definir el delito de apropiación indebida, dispensa directamente al derecho de propiedad protección pública contra el enriquecimiento injusto, que se logra por persona distinta del propietario y a costa suya, adueñándose de su dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que éste le hubiere transferido en depósito, comisión, administración, o por cualquier otro título que produjera la obligación de entregarlos o devolverlos, o negar haberlos recibido, ya que, después de así conseguirlos y de poseerlos legítimamente, con ciertas facultades de disposición autónoma, al llegar al instante de la restitución cancelatoria de la situación contractual o legalmente determinada, produjo la retención especial del objeto material, sin causa y por acto de autoridad propia prohibida, que condujo a la incorporación patrimonial por dicho sujeto pasivo, con impropio abuso de confianza y rotura de la lealtad debida, así como con indudable ánimo de lucro defraudatorio y correlativo perjuicio valorable del dueño, cambiando en definitiva la posesión legítima que se tenía y debía finiquitar en propiedad ilegítima, que no puede patrocinarse jurídicamente por consistir en un acto de despojo injusto. (S. 28 octubre 1968.)

Esta figura consiste en un acto de despojo injusto; y para existir dentro del marco que impone su estricto contenido descriptivo, sin ampliar

su radio de acción a figuras de naturaleza civil no protegidas penalmente en contra del reo, lo que siempre es repudiable, necesita la cumplida justificación del título posesorio constitutivo, y una mediana claridad en sus dimensiones materiales y jurídicas, ajenas a toda confusión y duda, y que se complementen con el contenido diáfano y expresivo de los elementos: formal-ejecutivo, del apoderamiento, real, de la ajenidad de la cosa, e ideal, de ánimo de lucro con su perfil antijurídico de condición psicológica, y que en su conjunto componen el tipo, pues, de no resultar de esta manera, la impureza de la discriminación de los derechos, las relaciones jurídicas no explicadas o ilícitas, la inexpresividad del título de devolución y la ausencia de deseo de provecho injusto o de apoderamiento malicioso darán lugar a rechazar este delito, que debe apoyarse en presupuestos firmes y conocidos. (S. 2 julio 1968.)

85. Art. 535 bis (*Cheque en descubierto*).—El artículo 535 bis del Código penal contempla tres facetas, en sus respectivos párrafos, del tipo delictivo de emisión de cheque en descubierto; una castiga a quien lo expide con conciencia segura de que en el momento de la presentación al cobro no habrá en poder del librado fondos suficientes para su pago; otra faceta del delito es la en que se produce el hecho de carencia de fondos por negligencia del librador, y la tercera es cuando se empleen en la comisión del delito medios engañosos con propósito de defraudar; y ateniéndonos a las dos primeras, hay que convenir que por parte del procesado no hubo conocimiento cierto de la falta de fondos cuando fue debida "a que por causas que no constan no se había abonado en la cuenta corriente el importe de una remesa de letras de cambio, entregadas para descontar", es decir, que no hay base fáctica para atribuir a su voluntad maliciosa, ni siquiera culposa, la falta de fondos para hacer efectivo el cheque, pues, si el procesado sabía que tenía unas letras en circulación que debían hacerse efectivas en su cuenta corriente, y que no lo fueron por causas puramente ocasionales, no comprobadas, es lógico que creyese habría fondos suficientes, sin que tampoco incurriera en negligencia por no comprobar el saldo a su favor, pues lo normal y previsible dentro de la normalidad del tráfico mercantil es que se abonaran a su tiempo, y no es norma usual que quien entrega en una entidad bancaria una letra de cambio u otra clase de efectos o metálico esté pendiente del curso que en el régimen interior del banco siga hasta su abono en la cuenta corriente de su destino. (S. 28 junio 1968.)

Esta Sala tiene declarado que en los casos de entrega de cheques en los que conste una fecha posterior a la de su real entrega al tomador, estos, cheques posdatados, tal circunstancia podrá impedir que se estime cometido el delito previsto en el artículo 535 bis del C. P. si en el momento de la recepción del efecto por el tomador se le hubiera hecho por el librador alguna advertencia, observación o reparo en orden a lo problemático de la existencia de provisión de fondos suficiente en el momento de advenir la fecha figurada en el documento, o condicionando en cualquier sentido o medida la total y normal viabilidad del cheque. (S. 11 diciembre 1968.)

No se comete este delito cuando el cheque se entrega postdatado y en afianzamiento de una obligación de futuro. (S. 6 noviembre 1968.)

86. Art. 540 (*Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*).—Cfr § 94.

87. Art. 546 bis a) (*Receptación*).—El delito de receptación no precisa que el receptor compre o se aproveche de todos los efectos del delito cometido contra la propiedad, bastando con que adquiera parte de ellos; por lo que es innecesario hacer la valoración de lo adquirido cada vez. No se puede exigir en el comprador una discriminación de la infracción cometida por el oferente del producto, bastando con que sepa que éste lo tiene ilícitamente en su poder, ya que en muchos casos no puede tener conocimientos jurídicos para hacer tal discriminación, ni en otras podría llegarse a ella. (S. 11 noviembre 1958.)

El aprovechamiento para sí como elemento normativo en el artículo 546 bis a) del C. P., es el de beneficiarse, disfrute de los efectos del delito contra los bienes cuya procedencia ilícita se conoce sin haber participado en la comisión del hecho; la tenencia es ya un goce adquirido, una posesión estable aunque se movilice a la reventa para obtener beneficio dinerario, pero esta última operación podrá pertenecer al agotamiento de la receptación, que se consuma al adquirir los efectos del autor del delito primero. (S. 30 noviembre 1968.)

Aprovecharse para sí de los efectos del delito cometido no lleva abligatoriamente consigo la transmisión de los mismos, sino que basta que, con conocimiento de la existencia del acto ilegal, se obtenga cualquier utilidad o satisfacción conseguida con la realización del hecho punible. (S. 20 diciembre 1968.)

88. Art. 565 (*Imprudencia*).—Nuestro Código penal en ninguno de sus párrafos del artículo 565 que tipifican y sancionan genéricamente los delitos de imprudencia describe cuándo cada conducta imprudente ha de entenderse temeraria, simple conjunta con infracción reglamentaria, o constitutiva de imprudencia o de negligencia profesional, por lo que se trata, no de índices concretos de conductas culposas, sino de "conceptos consecuencia" en que procede incardinar las actuaciones culposas según criterios de intensidad cuantitativa, cualitativa y de reprochabilidad social; estos criterios en materia de imprudencia en la circulación viaria hay que buscarlos, aparte la valoración de conductas, en las disposiciones reglamentarias de posible transcendencia penal del vigente Código de la Circulación, graduando su respectiva intensidad para traducir con vista a la subsunción de los proceder culposos en el aludido artículo 565 de tal forma que, ante menores negligencias sin repercusión reglamentaria, estaremos fuera de la esfera delictual y dentro de las faltas por imprudencia; si conjuntadas con infracciones reglamentarias de escasa intensidad, encuadrables en el párrafo 2.º del artículo 565; si de gran entidad y susceptibles de profundo reproche en el primero del 565, y por último, si por parte de un profesional del volante representaran una falta notoria de pericia y una contradicción:

de las reglas habituales y constantemente observadas en la conducción por los profesionales, estaríamos ante la negligencia o impericia profesional punitivamente agravada de forma específica. Los juicios de valor de los actos imprudentes en la aludida circulación varía han de tener por base plurales elementos, entre los que prepondera de una parte la "peligrosidad potencial" de la maniobra imprudente tanto por acción indebida o por negligencia, omitiendo lo que debió hacerse ante las emergencias circulatorias; y de otra el "resultado" no en su valoración meramente cuantitativa, puesto que mínimas imprudencias pueden causar graves daños y a la inversa, sino de normal previsión de las consecuencias que en cada acto ilícito en la conducción pudieran producirse. (S. 6 julio 1968.)

Manifestando la imprudencia grave o temeraria, lo mismo que la leve o simple, los elementos que son comunes a toda imprudencia genérica, de acción u omisión voluntaria no maliciosa, el evento lesivo que muda el mundo exterior, y la adecuada relación de causalidad que une a éste con aquélla, la diferencia entre ambas figuras penales, tipificadas respectivamente en los artículos 565 párrafo 1.º y 586 número 3.º del C. punitivo, ha de establecerse no por la entidad cuantitativa del resultado causado, sino por la cualidad, entidad o alcance de las cautelas o precauciones dejadas de guardar por el agente, y que le eran exigidas en deber objetivo de cuidado en su actuación concreta, pues, si dejó de tomar ligera o irreflexivamente, por desatención, impericia, atrevimiento o descuido negligente, los más rudimentarios cuidados, que ninguna persona hubiera dejado de guardar, sin aparecer su conducta como muy peligrosa, y que de adoptarse hubiera evitado el daño para personas o cosas, incurrirá indudablemente en el delito de imprudencia temeraria, mientras que, si la ausencia de esos módulos precautorios sólo pueden exigirse a hombres diligentes en su actuar, y representan una conducta liviana o de imprevisión media por no reflexión detenida, referida a un deber a cumplir, no primaria o indispensablemente, por su mínima gravedad y menor peligro, es cuando se origina la falta de imprudencia simple. línea separatoria que ha de establecerse casuísticamente. (S. 18 noviembre 1968.)

La nota diferencial entre el delito de imprudencia temeraria y el de imprudencia simple antirreglamentaria no viene objetivamente dada por el alcance cuantitativo del daño personal o material causado, ni siquiera por la concurrencia de la infracción de Reglamentos, que puede ser común a ambas figuras, así como tampoco por la presencia de la voluntad no maliciosa con omisión espiritual, ni del evento lesivo, ni por fin del nexo de unión que los entrame con causalidad jurídica, sino que se determina únicamente por la cualidad e importancia de los deberes objetivos de cuidado impuestos al ser humano en su actuación concreta que se infrinjan o desconozcan, según sean de mayor o menor alcance, constituyendo su falta de observancia un peligro intenso o liviano, que aboque y cause por el riesgo que representan, con probabilidad cercana o lejanamente, la mutación dañosa del mundo exterior, pues en el primer caso



no se adoptan por irreflexión rudimentarias o elementales cautelas, cuidados o precauciones de previsión ordinaria, al alcance de cualquier hombre, por obrar con desatención, impericia, ímpetu, atrevimiento o descuido, y en el segundo se eluden sólo deberes de pequeña entidad, por no esenciales o primarios, a causa de conducta liviana de mediana previsión, que únicamente guardarían los hombres prudentes, en concurrencia con la infracción normativa-administrativa, que integre la parte dejada en blanco por el tipo penal. (S. 22 noviembre 1968.)

El límite diferencial teórico entre los conceptos de imprudencia temeraria y simple antirreglamentaria es cuestión difícil de matizar al carecer de precisiones positivas en los textos legales que lo establezcan, pero no puede encontrarse, ni en la gravedad del resultado o evento acaecido mudando el mundo exterior, que puede tener intensidades cuantitativas diversas por la intervención del azar y circunstancias meramente objetivas, ni tampoco en la presencia o ausencia de violaciones reglamentarias, que obran como un agregado de la imprudencia y no como algo distinto de ella, por lo que, si necesariamente constituye el elemento normativo de la simple que lo eleva a delito, puede sin embargo coincidir con la temeraria sin devalorarla, a no premiar al agente de la omisión espiritual, siempre que existan los requisitos constituyentes de esa temeridad; hallándose tal límite diferencial en la culpabilidad, a establecer en reproche judicial de la entidad cualitativa de la conducta juzgada, por la mayor o menor gravedad de la situación de riesgo o peligro creada, imprevisibilidad manifestada y deber objetivo de cuidado omitido según una jerarquía de valores establecida casuísticamente por el Tribunal en el supuesto examinado, en relación con el comportamiento del hombre reflexivo ordinario ante la situación concreta. (S. 23 diciembre 1968.)

La imprudencia simple con infracción de reglamentos en materia de circulación es una omisión espiritual, constituida por el elemento psicológico o subjetivo de conducir un vehículo con conducta liviana y descuidada e imprevisión no profunda, pero suficiente para infringir un deber de cuidado exigible en el tráfico a los hombres diligentes en su actuar, de condición no primaria o indispensable, pero que representa la falta de diligencia que conduzca a una situación de peligro, que aboca al riesgo probable, a cuyo presupuesto ideal ha de agregarse, confluente e independientemente, el requisito normativo de la infracción reglamentaria de un precepto objetivo y legalmente expresado del C. Cir., que constituya al agente en un no diligente o anormal cooperador del tráfico. (S. 25 noviembre 1968.)

Esta Sala tiene declarado (S. 24 mayo 1965) que el procesado, al orillar el camión averiado, colocando para advertir de su presencia en la carretera los triángulos de situación, acreditó una conducta ajustada a las normas comunes y reglamentarias de cualquier automovilista diligente, lo que le exculparía de haber ocurrido la colisión en el curso del día, pero no en cambio si la avería y la anómala presencia del camión en la ruta se prolongó después de sobrevenida la noche, nueva coyuntura que hacía

insuficientes las precauciones adoptadas, siendo preciso acudir al encendido de las luces piloto de estacionamiento o en su defecto otras luminosas, lo que el recurrente omitió, creando una clara situación de peligro inmediato cuyo alcance era previsible para cualquier conductor medianamente cuidadoso, sin posibilidad no ya de exculpación total, sino ni siquiera de degradar la condena a la que corresponda al delito de imprudencia simple antirreglamentaria, porque, como viene sentando la doctrina de esta Sala, la gravedad de la imprudencia no es concepto cuantitativo a construir sobre la base numérica de las infracciones, sino sobre su entidad cualitativa, y por ser de suma trascendencia en todos los aspectos, sobre todo en el de la causación del evento lesivo, el hecho de abandonar un camión en la carretera y sin iluminación adecuada durante la noche. (Sentencia 15 octubre 1968.)

No existe imprudencia punible cuando, de la realización de un acto ilícito administrativo, se deriva un acto imprudencial al que no sumaron su voluntad los procesados, pues ello implicaría acudir a un criterio lato de la responsabilidad que no autoriza la interpretación estricta de la Ley penal, conforme a la cual tiene que estar clara la culpabilidad y concreta responsabilidad para imponer la sanción penal adecuada, sometida también aún en caso de duda al criterio más favorable al inculpado. (S. 28 junio 1968.)

Cfr. §§ 91, 92 y 95.

89. Art. 567, núm. 3 (*Faltas contra la moral pública*).—La línea diferencial entre el delito de escándalo público del artículo 431 y la falta del artículo 567 número 3.º del C. P., al castigar ésta los actos que ofendan levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública, está determinada por la sutil y relativa a la vez que casuística apreciación en cada hecho concreto de las circunstancias subjetivas del agente y de las personas ofendidas, y de las objetivas concurrentes, y muy particularmente de la sensibilidad y valores éticos mantenidos y observados como normas de conducta primordial por el grupo social, su sensibilidad, comocimiento y efectos alcanzados en el núcleo impactado, frecuencia de la actuación y genuina manifestación, pues entre ambos tipos sólo cabe un criterio diferenciador cuantitativo, derivado de la gravedad o levedad del escándalo generado, lo que en definitiva está determinado por el requisito normativo-cultural que constituye el eje de estas infracciones, que por alcanzar de consuno a lo moral y social no puede responder a criterios fijos, sino mutables y contingentes, plenos de relativismo. (S. 6 julio 1968.)

90. Art. 570 (*Desobediencia leve*).—Cfr. § 45.

91. Art. 586, núm. 3 (*Imprudencia*).—La falta de simple imprudencia o negligencia sancionada en el núm. 3.º del art. 586 del C. P. únicamente supone, según tiene declarado repetidamente la doctrina de esta Sala, un leve descuido en relación con ilegal resultado, que por lo desacomodado es de difícil previsión, con total ausencia de malicia en su autor. (S. 6 diciembre 1968.)

Intrínsecamente la constituye el proceder de un conductor que se pone

en marcha y circula llevando a un pasajero notoria y ostensiblemente embriagado, pudiendo y debiendo prever las consecuencias que llevar a un ebrio puede acarrear, tanto si va colocado en el asiento delantero junto al conductor como también atrás, pues tan grave peligro supone que pueda, como ocurrió en el supuesto de autos, abrazarle y embarazar la conducción, como si llegare a cogerlo por detrás con igual o semejante resultado; o incluso el peligro que también representa para el propio embriagado ocupar en tales condiciones un coche con el riesgo probable, y en todo caso posible, de que por la embriaguez padeciera su propia seguridad. (S. 12 noviembre 1968.)

92. Art. 600 (*Imprudencia*).—Adoptar algunas precauciones para evitar la propagación del accidente no es cumplir diligentemente el deber que le incumbía, ya que estas precauciones sólo a medias adoptadas no sirvieron para evitar el grave daño causado, siendo de señalar que además no fueron tomadas por propia iniciativa del recurrente, sino por las advertencias del guarda forestal del Estado que debieron ser innecesarias, puesto que aparece que el propio inculpado es guarda forestal y que profesionalmente conoce por consiguiente todos los peligros que acarrea una quema de productos forestales si no se utilizan eficientemente los medios precautorios para evitar que quedaran rescoldos encendidos que pudiesen provocar el fuego y su extensión a predios vecinos, siendo por entero rechazable la tesis que mantiene que, si no se apagan debidamente unos rescoldos, asegurándose que el fuego quede totalmente extinguido y por esta culposa negligencia se motiva después un incendio, ello constituye una simple falta administrativa, pues las acciones y omisiones culposas productoras de daños están típicamente inculpas dentro del C. P. y sujetas a la correspondiente punición. (S. 12 noviembre 1968.)

#### LEY DE 16 DE MAYO DE 1902

(Propiedad industrial)

93. Cfr. § 83.

#### LEY DE 27 DE ABRIL DE 1946

(Primas de arriendo)

94. "Primas" es según la Real Academia Española de la Lengua, en sentido económico, lo que se da por añadidura al coste originario de una cosa, y a efectos de lo dispuesto en la Ley especial de 27 abril 1946 en relación con el artículo 540 del C. P., la cantidad dineraria o de bienes de otra índole que percibe el arrendador con independencia y separación de la renta legal correspondiente a la vivineda que alquila y en atención a este contrato, con lo cual se alteran, para incrementarlas, las prestaciones legalmente tasadas, amparándose al arrendador tanto en el riesgo del pago del precio del arrendamiento como en los demás derivados de la cesión del uso de la vivienda, exclusivamente con la garantía que la misma legislación arrendaticia urbana autoriza, de lo que se infiere que cual-

quier cantidad percibida sobre el precio de locación que no represente los conceptos de renta, fianza u otro expresamente previsto por el legislador adquiere el de prima, porque es beneficio ilícito que altera el precio y es un artificio empleado para recibir definitivamente o retener hasta cierto momento, coincidente o no con el abandono de la vivienda por el inquilino, la cantidad indebidamente obtenida. (S. 27 septiembre 1968.)

### LEY DE 24 DE DICIEMBRE DE 1962

#### (uso y circulación de vehículos de motor)

95. Art. 2 (*Conducción temeraria*).—Entre el conductor temerario y descuidado media la diversa intensidad de la culpa, creadores ambos de un peligro, nacido el primero con la omisión de toda prudencia, desafiante a todo riesgo que amenaza siempre en la circulación rodada y se concreta en cada circunstancia, y el segundo negligente sin el cuidado exigible en el conductor normal, quien además infringe las normas viarias. (S. 7 septiembre 1958.)

96. Art. 4 (*Quebrantamiento de condena*).—El tipo específico de quebrantamiento de condena de privación del permiso de conducir vehículos de motor, establecido en el artículo 4.º de la Ley de 24 diciembre 1962 sobre uso y circulación de tales vehículos, defiende la efectividad de las decisiones de la Autoridad judicial en materia de ejecución de esta clase de penas, castigando la desobediencia a las órdenes de ella emanadas, en el ejercicio de su función jurisdiccional represiva, que imponen el cumplimiento de la privación o anulación del permiso habilitante para formalmente gobernar automóviles, decretada ante la previa comisión de un delito firmemente sancionado. La sentencia condenatoria que acuerde la anulación o privación de un permiso de conducir no basta para poder quebrantarse cometiendo dicha infracción criminal que sea firme en el sentido del artículo 141 de la L. E. Crim., sino que además ha de estar ejecutada, pues, tratándose de una pena, según deriva de los artículos 27, 28 y 42 del C. P., ha de llevarse a efecto la medida de privación, de acuerdo con lo dispuesto de manera general por el artículo 988 y de forma concreta en los 802 y 803 de la propia Ley adjetiva, que mandan el primero con carácter general que luego de la firmeza de la resolución se realice la ejecución de las penas impuestas cumpliéndolas, precisando el último especialmente en el apartado 2.º que se procederá a la inmediata retirada en privación temporal o definitiva del permiso para conducir, si tal medida no estuviere ya acordada como previa en vía sumarial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 33 del C. P. y 785 e) de la Ley procesal criminal, pues en este supuesto se retrotraería la pena en su cómputo inicial al momento de adoptarse la medida cautelar de intervención o retención, dada para eliminar una situación de riesgo eminente, y cuyo conculcamiento en tal estado provisorio sólo daría lugar al delito de desobediencia del art. 237 del Código punitivo; de lo que se deduce que, salvo este último supuesto, el inicio del cómputo de la pena no puede hacerse coincidir con el de firmeza de la sentencia que le imponga, sino concreta-

mente con el del estadio posterior de ejecución, que es efecto de aquélla, en el que se llevan a cabo sus disposiciones sancionadoras y represivas, tal y como deriva muy claramente de cuanto disponen los apartados C) y B) del artículo 296, número III, del C. Circ., que determinan que el tiempo de cumplimiento de esta pena ordenada judicialmente se computará desde que el permiso quede depositado en el Gobierno Civil correspondiente, por ser entonces cuando administrativamente se lleva a efecto realmente la ejecución de la pena de privación del permiso, pues antes de tal momento se poseía éste por su titular y podía legalmente utilizarlo y conducir. (S. 6 noviembre 1968.)

97. Art. 6 (*Conducir sin permiso*).—La permisión de circular a los tractores, con o sin remolque, por las carreteras, que concede la norma 2.ª de la O. de 6 abril 1951, se condiciona en el párrafo último de la tercera a que su circulación por “vías públicas” se realice yendo los conductores provistos de permiso de conducir, o en su defecto de un certificado oficial que acredite su conocimiento de las reglas de circulación, por lo que su ausencia, encajable siempre en el artículo 3.º de la L. de 9 mayo 1950, puede constituir el delito del artículo 6.º de la L. de 24 diciembre 1962 si se estima —lo que es opinable— que dentro del término “permiso” pueda comprenderse extensivamente dicho certificado, mas, al exigir aquella norma administrativa que para que el tractor se asimile al vehículo de motor a efectos de la titulación formal de su conductora de discurrir por vías públicas, resulta esencial determinar cuáles deben entenderse como tales, y haciendo una interpretación complementaria de lo dispuesto en los artículos 1.º y 5.º a), del C. Circ., y del artículo 1.º de la citada Ley de 1962, en relación a la escueta expresión empleada en la Orden, debe entenderse que lo son aquellas vías que se utilicen para un tránsito general y no limitado por vehículos de motor, lo que coincide en esencia con el concepto dado en el artículo 4 del Convenio de Ginebra de 19 septiembre 1949, quedando por tanto excluidos de esa definición tanto los lugares no transitables como los cerrados, así como los caminos privados o particulares no dedicados normalmente al uso general o público, pues transitar es trasladarse de un lugar a otro por lugares comunes de general y no restringida utilización, no pudiéndose acoger en la noción de vía pública estos lugares acabados de citar, por repudiarse penalmente la hermenéutica extensiva y ser además contra el principio “pro reo”. (S. 11 diciembre 1968.)

98. Art. 10 (*Hurto de uso*).—Como figura delictiva de inferior contenido cuantitativo al robo común definido en el artículo 500 del C. P., esta Sala admitió durante la vigencia del artículo 9 de la Ley de 9 mayo 1950 y del artículo 10 de la Ley de 24 diciembre 1962, y como comprendido en su dicción amplia, el robo de uso de vehículos de motor, pues a pesar del “nomen iuris” que antecedió a dicha última norma, referida al “hurto de uso”, entendió lógicamente que acogían la conducta de apoderamiento violento y transitorio o sin lucro definitivo de los vehículos, porque la amplitud descriptiva de los tipos penales no limitaba la forma o manera como se realizara la apropiación, pudiéndose en ellas incriminar

las conductas que representaran el empleo de fuerza en la toma de los vehículos para su simple uso posterior.

Tales delitos de robo ordinario y robo de uso de vehículo de motor tienen su línea diferencial establecida en los próximos elementos psíquicos y culpabilistas que los componen intrínsecamente, y que determinan la dimensión cualitativa de la transmisión a favor del delincuente y correlativo ataque de los derechos dominicales del perjudicado, ya que son infracciones criminales de lesión, que afectan a la propiedad misma en su totalidad, o sólo a alguna de sus facetas integrantes respectivamente, pues, mientras en el robo común de dichos vehículos el agente manifiesta un "animus appropriandi" o de apoderamiento definitivo, por tender a una desposesión permanente del dominio ajeno y pleno disfrute de la ventaja económica perseguida, que se efectúa sincrónicamente y se ingresa por acto de autoridad propia prohibida en su patrimonio, en el robo de uso, de lesión menor, desposee al propietario únicamente de su "facultas utendi" a medio de un disfrute temporal, limitado o momentáneo por tal sustractor, que lo retiene en sencillo goce de usufructo, pero con marcada ausencia de intención de apropiarlo, al tener la indudable de restitución luego del uso transitorio.

La difícil demostración del elemento subjetivo del injusto, representado por una actitud psicológica distinta, de querer "tomar" o sólo "utilizar" el vehículo, por pertenecer a la intimidad personal del delincuente y a su intención encubierta, resulta prácticamente impenetrable para conocerla de manera directa y efectiva, por lo que debe emplearse el sistema deductivo, que por vía lateral pueda determinar, a medio de un juicio adecuado, cuándo existió el "animus rei sibi habendi" y cuándo el "animus utendi", a cuyo fin deben valorarse las circunstancias personales del sujeto activo, sus actos anteriores, coetáneos y posteriores al hecho, y principalmente el tiempo que duró la sustracción, la forma de restitución, y si hubo o no abandono del vehículo y causa o razón que lo produjo. (S. 3 diciembre 1968.)

99. Art. 11 (*Reincidencia*).—Es incorrecto defender que, según el artículo 11 de la Ley citada, sólo podrá aplicarse la reincidencia cuando el autor estuviera ejecutoriamente condenado por otro delito de igual naturaleza previsto en la Ley de 1962. Este entendimiento es plenamente rechazable, como ya declaró la Sentencia de este Tribunal de 11 junio 1968, pues supondría un borrar a efectos de la estimativa de la reincidencia todas las responsabilidades penales por delitos idénticos en su contenido tipificador de ilícitos penales en la circulación viaria que no lo fueran con base precisa en esta Ley de 1962. Ni éste es el espíritu ni la letra del precepto contemplado, pues con racional fundamentación teleológica configura específicamente la reincidencia no por el artificioso criterio expuesto a error de figurar el delito en trance de sanción por razones de sistemática en el mismo título que el anteriormente incriminado en fallo ejecutivo, sino por la persistencia en realizar el mismo tipo de infracción penal, y a ello responde la exigencia de la "igualdad de naturaleza" del delito por el que al delinquir por segunda o posterior vez estuviera ejecu-

riormente condenado el agente y que este mismo tipo delictual y de idéntica naturaleza esté típicamente previsto en la citada Ley de 1962. Ello iría contra la regulación mantenida en el C. P. actual y en los que le precedieron, del cual este artículo no viene a ser más que una aclaración que con mayor acierto constriñe la reincidencia, como se ha indicado, no a un problemático criterio meramente sistemático de la inclusión en el mismo título, sino a una más poderosa razón de igualdad de naturaleza de las infracciones penales cometidas. Únicamente es cierto que a este artículo le falta, quizá por error de transcripción, la contracción "al" que expresara que el otro delito habría de ser "de igual naturaleza al previsto en esta Ley", pero siendo indiferente que se hubiera cometido bajo el imperio de la Ley anterior, durante la vigencia de la tan citada Ley de 1962 o en la presente vigencia, pues basta que en las tres normaciones se sancione la misma conducta antijurídica-penal para que la repetición de estos actos y la condena ejecutoria por los mismos bajo el régimen de las mismas o distintas leyes engendren la consiguiente agravación por reincidencia; siendo por último de notar que tanto en el Código penal vigente como en los precedentes se configuró la reincidencia en términos idénticos o muy análogos terminando con la fórmula "comprendidos en el mismo título de este Código" enteramente similar al "previsto en esta Ley", y nunca se mantuvo en la doctrina de esta Sala que sólo pudiera apreciarse cuando se tratase de delitos cometidos bajo la vigencia de la misma Ley Penal, exigiéndose tan sólo la identidad de naturaleza o la inclusión en el mismo título que en principio presume la igualdad, analogía o similitud de delitos (S. 14 octubre 1968.)

100. Art. 45 (*Fondo Nacional de Garantía*).—El Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, cuyo nacimiento y primaria determinación de fines se produjo mediante la inclusión de los artículos 45 y 46 de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 24 diciembre 1962, cubre la responsabilidad civil de los conductores de tales vehículos derivada de hechos que hayan producido muerte, incapacidades o lesiones, con carácter general, aparte otros supuestos que allí se concretan, cuando no se produzca la asistencia o indemnización por los medios previstos en los artículos anteriores, esto es, los que disciplinan el Seguro Obligatorio, también por vez primera en nuestra legislación, siendo tema disparmente resuelto por la doctrina científica el relativo al límite cuantitativo de la responsabilidad civil exigible al mismo. No es misión del Fondo de Garantía la de complementar las situaciones de infraseguro, es decir, aquellos supuestos en que la indemnización real sea superior a los límites del seguro obligatorio, sino que los excesos sobre el mínimo señalado en la Ley han de atenderse acudiendo al sistema general vigente, dirigiéndose por la diferencia no atendida contra el responsable directo, o subsidiario en su caso, y ello a virtud de que en el Decreto-ley de 3 octubre 1964, organizador del Fondo Nacional de Garantía, para nada se alude a esta posibilidad de complemento de situaciones de infraseguro, antes al contrario se especifica en el apartado d) de su artículo 3.º, al determinar sus funciones, que una de

ellas lo es la asunción de determinados riesgos, precisamente dentro del ámbito del seguro obligatorio, consignándose también en el artículo 51 de la Ley antes citada de 24 diciembre 1962 que el Fondo de Garantía vendrá obligado a satisfacer la indemnización, pero únicamente hasta el límite del seguro obligatorio; amparando por contra conclusión diversa el texto del apartado c) del artículo 21 de la denominada Ley del Automóvil de 1962, expresivo de que en los supuestos que detalla debe cubrir el afianzamiento del Fondo de Garantía la diferencia que pueda existir entre la cifra señalada por el Juzgado a efectos de responsabilidades pecuniarias y el límite del seguro obligatorio, mas sin que este argumento sea verdaderamente eficaz, habida cuenta de que se trata de un precepto, no de índole sustantiva, sino simplemente procesal, del que se ha prescindido del modo más absoluto en el texto refundido de la Ley del Automóvil aprobado en 21 marzo 1968, omitido igualmente al derogarse aquellas normas procesales en 8 abril 1967, transportando alguna al artículo 784 de la L. E. Crim., que en su regla 5.ª, párrafo 2.º, equivalente al apartado c) del artículo 21 de la Ley del Automóvil, estatuye del modo más absoluto que las fianzas exigibles en su caso al Fondo de Garantía se circunscribirán al límite del Seguro Obligatorio, y si la fianza es superior al expresado límite el responsable directo o el subsidiario vendrán obligados a prestar aval o fianza por la diferencia, procediéndose en otro caso al embargo de sus bienes; y sin que, finalmente, pueda afirmarse que frente a las prevenciones de la Ley de 24 diciembre 1962 y Decreto-ley de 3 octubre 1964 deben ceder los preceptos del Decreto de 6 mayo 1965, que dio nueva redacción al Reglamento del Seguro Obligatorio de 19 noviembre 1964, por su inferior rango, ya que es lo cierto que el tal Decreto de 6 mayo 1965 fue dictado precisamente en uso de la autorización que al Gobierno concedió el Decreto-ley de 22 marzo del mismo año en su artículo 3.º (S. 19 diciembre 1968.)

El problema que plantea el recurso, consistente en si los ciclomotores de cilindrada no superior a cincuenta centímetros cúbicos son o no vehículos de motor a efectos de la Ley del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil y del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, ha sido resuelto por esta Sala en su S. de 22 junio del corriente año en sentido negativo por las consideraciones siguientes: a) porque los ciclomotores, según el apartado p) del artículo 4.º del Código de Circulación, en la redacción dada por el Decreto de 20 mayo 1965, son bicicletas que, conservando todas las características normales en cuanto a su estructura, peso y posibilidades de empleo, se hallan provistas de un motor auxiliar de cilindrada no superior a 50 centímetros cúbicos, sin que puedan alcanzar en llano una velocidad superior a 40 kilómetros por hora; b) porque estos ciclomotores están equiparados a las bicicletas en el capítulo VII de dicho Código, equiparación puntualizada en el artículo 132 al decir que los conductores de ciclomotores, bicicletas y demás vehículos movidos por la energía de sus respectivos conductores, se atenderán a las reglas generales de circulación; c) porque para la conducción de estos vehículos no se necesita permiso, sino simplemente una licencia, de acuerdo



con lo dispuesto en el mencionado artículo 132, párrafo 2.º, y artículo 279 del mismo Código; y d) porque el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor de 19 noviembre 1964 en el apartado a) del artículo 6.º da el concepto de tales vehículos, a los efectos de la obligación de asegurar, diciendo que tendrá la consideración de vehículos de motor todo artefacto o aparato apto para circular por las vías públicas accionado mediante un mecanismo motor y para cuya conducción se requiera permiso; por lo que se concluye que los ciclomotores de la indicada cilindrada no son considerados legalmente vehículos de motor al estar equiparados a los movidos por la energía de sus propios conductores, y que por esta razón y por no necesitar sus pilotos permiso y sí tan sólo licencia, se encuentran excluidos de la mencionada Ley del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil. Al estar excluidos los ciclomotores de la mencionada Ley del Seguro, las víctimas causadas por ellos no gozan de la protección del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación aunque el preámbulo del Decreto-ley de 3 octubre 1964, regulador de este Organismo, parezca extender a ellos los beneficios que otorga a los que producen los vehículos de motor en general, pues al referirse seguidamente a la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor evidencia la exclusión indicada, ya que de ella se sustraen a los efectos referidos los ciclomotores, exclusión que confirma el artículo 3.º de dicho Decreto-ley y el 35 del Reglamento del Seguro al definir las funciones del Fondo y dar a conocer que éste actúa como entidad supletoria de carácter oficial de los aseguradores particulares, desenvolviéndose dentro del campo de éstos y para los casos previstos para ellos; por lo que, al quedar fuera de dicho seguro los accidentes causados por los ciclomotores, indudable es que queden fuera también del Fondo de Garantía. (S. 13 diciembre 1968.)

# Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo)

Primer cuatrimestre de 1969

FERNANDO GISBERT CALABUIG

Del Instituto de Derecho Procesal

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: A. Principios del proceso penal: *a)* Principio de publicidad de los debates. *b)* Principio acusatorio. B. Fuentes del Derecho procesal penal "Ursus fori".—II. PARTE GENERAL: 1. Órgano jurisdiccional: A. Jurisdicción: *a)* Extensión por razón de los sujetos. *b)* Delimitación con la militar. Criterios de atribución. B. Competencia: *a)* Casuística sobre el criterio territorial. *b)* Cuestiones de competencia: *a')* No caben entre secciones de una misma Audiencia. *b')* Preceptiva audiencia del Ministerio Fiscal. 2. Partes: Condición de perjudicado. 3. Objeto del proceso: Acción civil. *a)* Alcance de su renuncia. *b)* Fijación de perjuicios. 4. Procedimiento: A. Iniciación. Querrela por delito cometido en el extranjero. B. Desarrollo del proceso: Prueba: *a)* Libertad de proposición. *b)* Testifical: Medios de obtención de la declaración. *c)* Careo: Fuerza probatoria. C. Artículos de previo pronunciamiento: *a)* Declinatoria de jurisdicción. *b)* Prescripción. D. Crisis procesales: *a)* Recusación: Concepto de denunciador. *b)* Perdón: Requisitos para su eficacia. *c)* Suspensión del juicio. *d)* Petición de información suplementaria. E. Terminación del proceso: *a)* Sentencia casada por vía del 851-1.<sup>ª</sup>. *b)* Planteamiento de la tesis (artículo 733). *c)* Pronunciamiento sobre costas: *a')* Principio de solidaridad. *b')* Concurrencia de acusados y rebeldía. 5. Impugnación del proceso: Recurso de casación: A. Por infracción de Ley: *a)* Naturaleza. *b)* Motivación: *a')* Al amparo del número 1.<sup>º</sup> del artículo 849. *b')* Al amparo del número 2.<sup>º</sup> del artículo 849. B. Por quebrantamiento de forma: *a)* Motivación: *a')* Al amparo del número 1.<sup>º</sup> del artículo 850. *b')* Al amparo del número 2.<sup>º</sup> del artículo 850. *c')* Al amparo del número 4.<sup>º</sup> del artículo 850. *d')* Al amparo del número 1.<sup>º</sup> del artículo 851: Contradicción entre los hechos probados. *e')* Predeterminación del fallo. *f')* Al amparo del número 4.<sup>º</sup> del artículo 851. *g')* Al amparo del número 4.<sup>º</sup> del artículo 851. *b)* Efectos de la estimación de recurso. C. Cuestiones comunes: *a)* Legitimación para recurrir. *b)* Depósito insuficiente: Efectos.—III. PARTE ESPECIAL: A. Procedimiento de urgencia: *a)* Denegación de diligencias inútiles. *b)* Suspensión inmotivada. *c)* Apreciación de las pruebas. B. Procedimiento contra reos ausentes: No es necesaria la citación.—IV. EJECUCIÓN: Doctrina general sobre la ejecución coercitiva.

## I. INTRODUCCION

A) *Principios del proceso penal*: a) *Principio de publicidad de los debates*: Se plantea el interesante problema de la publicidad de los debates judiciales en el proceso penal que el Letrado recurrente desarrolla acertadamente de acuerdo con los principios jurídicos fundamentales en esta materia, recogidos en el artículo 680 de la L. E. Crim. que el recurrente supone infringido, y que no lo ha sido, pues ese mismo artículo, que al sentar el principio de publicidad se anticipó en muchos años a la declaración de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de 1948 y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos de Nueva York de 16 noviembre 1966, invocados en el recurso, prevé, como también lo prevé este Pacto, la posibilidad de celebrar el juicio a puerta cerrada cuando lo exijan razones de moralidad, orden público o el respeto debido a la persona del ofendido o a su familia, porque ese principio de publicidad no puede aplicarse a ultranza con lesión de esos otros principios de moralidad y respeto a la familia que pueden y deben quedar protegidos sin detrimento del derecho de defensa de los acusados que no dejan de estar asistidos por sus defensores, como igualmente el de las acusaciones y perjudicados que pueden permanecer en el local; ni puede aplicarse tampoco aquel principio con lesión de lo que es base y garantía en todo el orden jurídico, la libertad e independencia de los Tribunales que dejarían de existir si éstos se viesan constreñidos a actuar bajo la presión de masas o multitudes que actuasen en pro o en contra de los reos, que en estos casos de multitudes adversas serían víctimas de ese principio de publicidad; y por eso entre las excepciones a dicho principio se menciona expresamente las razones de orden público, razones unas y otras que el Tribunal queda en libertad de apreciar en conciencia en relación con las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del juicio oral, sin más obligación que la de consignar el acuerdo en auto motivado contra el que no se da recurso alguno y por tanto tampoco el de casación; concluyendo de todo ello, que en el presente caso sólo cabría examinar si por el Tribunal sentenciador se habían observado esas normas procesales, tanto más cuando en la certificación de la sentencia se hacía constar que el juicio oral fue público, y por ello fue preciso reclamar las actuaciones al amparo del artículo 899 de la referida Ley; y del examen de las mismas aparece que el Tribunal de Orden Público se atemperó al precepto que se supone infringido, pues por auto de 6 mayo 1968 acordó que las sesiones del juicio oral se celebrasen a puerta cerrada, diciendo en un Considerando que así lo exigían razones de orden público, y aunque no se detallaran cuáles fuesen concretamente, la ley tampoco lo obliga a descender a esos detalles, y si sólo consignar la índole o clase de las que motiven tal decisión; auto que fue notificado a los Procuradores de las partes y al Fiscal seis días antes del señalado para el juicio oral; y al no ser susceptible ese auto de recurso alguno, según se acaba de decir, la pretendida discusión del mismo en el acto del juicio oral era improcedente, y la prohibición del Tribunal de permitir tal discusión estuvo ajustada al texto literal del párrafo final del citado

artículo 680, que al parecer rigurosamente observado hace inviable el motivo del recurso que se examina. (S. 26 abril 1969.)

b) *Principio acusatorio*: El artículo 733 da vigencia al principio acusatorio. (S. 23 enero 1969.)

B) *Fuentes del Derecho procesal penal: "Usus fori"*: Véase la Sentencia de 28 de enero 1969 (epígrafe SENTENCIA), que alude al "usus fori" de que cuando se casa la resolución por alguno de los supuestos del artículo 851, número 1.º, la nueva sentencia han de dictarla los mismos Magistrados que extendieron la resolución casada.

## II. PARTE GENERAL

### 1. ORGANO JURISDICCIONAL:

A) *Jurisdicción*: a) *Extensión*: *Por razón de los sujetos*: Del exclusivo dato de que al tiempo de comisión de los hechos enjuiciados como delito y perpetrados en el extranjero, fuese asimismo súbdito extranjero el reo, no podría derivarse sin más la impunidad del delincuente ante la Jurisdicción penal de España, a cuyo territorio se trasladara ulteriormente dicho sujeto, recobrando la nacionalidad española que originariamente ostentaba, ya que si bien el artículo 339, en su relación con el 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular los casos en que los Tribunales españoles conocerán de delitos cometidos en el extranjero se refieren literalmente a españoles, presuntos responsables de tales delitos, la interpretación racional de la mencionada norma no puede menos de conducir a la conclusión de que aunque el delincuente no fuese español en el momento de delinquir entraría en el ámbito de estos preceptos y sería, en consecuencia, justiciable de los Tribunales españoles por razón de aquellos delitos siempre que después hubiera adquirido la nacionalidad española y se encontrara en España; o lo que es lo mismo, que en el momento decisivo al que habrá que atender y en el que habrá de jugar, a estos efectos, la nacionalidad española del reo será no ya tanto el de la comisión del hecho delictivo como el de su represión, en el que el Estado español, por exigencias de estricta justicia plasmadas así en el Derecho internacional como en el Derecho interno, se encontraría ante el dilema u opción de entregar al reo al país en cuyo territorio delinquirió o bien juzgarlo por sí mismo, de acuerdo con la legalidad vigente y de conformidad con el universal y justo principio "aut tradere aut punire"; sin que sea dudoso que, en casos como el que nos ocupa, al no ser posible la extradición de un actual nacional, por imperio del artículo 3.º de la L. de 26 diciembre 1958, y no ser tampoco enjuiciable en España, por una rígida interpretación de los aludidos artículos 339 y 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la consecuencia no podría ser otra que la impunidad, en modo alguno querida, en estos términos, ni por la moral internacional ni por el ordenamiento positivo, paccionado o interno. (S. 3 febrero 1969.)

b) *Delimitación con la militar: criterios de atribución:* Si bien es cierto que el artículo 13, número 1.º, del Código de Justicia Militar atribuye a la Jurisdicción Militar, por razón de la persona, el conocimiento de las causas que se instruyan por toda clase de delitos cometidos por militares en servicio activo o reserva, cualquiera que sea su situación o destino, salvo las exceptuadas a favor de otras jurisdicciones, entre las que se encuentran las que alude la norma especial, y por tanto, de prevalente aplicación, contenida en el artículo 16, número 11, que transmite a la Jurisdicción Ordinaria las causas que se sigan a los militares y demás personas enumeradas en los artículos 13 y 14, las faltas comunes no penadas especialmente en el Código Castrense, ni en otras Leyes o Reglamentos militares, ni en los Bandos de las autoridades de este orden solvo lo dispuesto en el caso 2.º del artículo 7.º; por lo que ha de decidirse la competencia a favor de la Jurisdicción Ordinaria, toda vez que el caso contemplado no afecta al buen régimen de los Ejércitos, ni al decoro de sus clases, pues se trata de una simple falta culposa, cometida por un cabo del Ejército, conduciendo, vestido de paisano, un automóvil de matrícula particular. (Auto 15 febrero 1969.)

B) *Competencia:* a) *Casuística sobre el criterio territorial:* Aun en el supuesto de que la indagatoria en el primitivo sumario en la que al parecer se atribuyó el nombre de un hermano la hubiese prestado el recurrente en la Prisión Provincial de Madrid, y ante el Juez de esta capital, ello no hace variar la preferente competencia de los Tribunales de Valladolid, toda vez que el Juzgado de Madrid actuaba en virtud de acto del auxilio judicial que conforme al artículo 183 de la L. E. Crim. deben prestarse las autoridades judiciales en la sustanciación de las causas criminales, y además, como la declaración prestada en el exhorto, si es que así se prestó, había de proyectar todos sus efectos ante el Juzgado exhortante, es éste y no aquél el competente para conocer de la nueva causa instruida, como derivación de la primera, en la que atribuyéndose distinto nombre del propio, trataba de eludir o disminuir su responsabilidad. (S. 14 marzo 1969.)

La única constancia de hechos que motivan esta competencia negativa entre los Juzgads de Instrucción número 1 de Oviedo y de Posadas, Córdoba, es la denuncia presentada en el primero; es cierta la salida de Oviedo y la llegada a Logroño con una nueva expedición a Palma del Río, pero este viaje termina oscuramente en la descarga de patatas, según declaración del gerente de Provasa, quien al mismo tiempo afirma que entregó al chófer 20.000 pesetas para compras en Córdoba y se llevó el vehículo que conduce; de estas diligencias resulta desconocido con certeza el lugar de comisión del delito en cuanto se refiere al cargamento de patatas, no ha sido aprehendido, domicilio en Castellón pero residenciado para lo laboral en Oviedo, y la primera noticia de los hechos fue comunicada en la capital asturiana, donde además recibió el camión y las 20.000 pesetas que no ha devuelto, lugar de la apropiación respecto a dichos objetos, y por tanto es competente, según los números 4 y 1.º del artículo 15 de la L. E. Crim., el Juzgado de Oviedo, el que conocerá de las diligencias conforme a derecho. (Auto 21 febrero 1969.)

b) *Cuestiones de competencia*: a') *No caben entre Secciones de una misma Audiencia*: Ejercen una misma jurisdicción las Secciones en la Sala de lo Criminal de las Audiencias Territoriales, autorizadas por el artículo 8.º de la Ley Adicional Orgánica del Poder Judicial, simple régimen interior, que impide las cuestiones de competencia entre las Secciones en la asignación de las causas que correspondan a la Sala por atribución especial objetiva. (S. 24 enero 1969.)

b') *Preceptiva audiencia del Ministerio Fiscal*: El artículo 50 de la L. E. Crim. determina que las cuestiones de competencia entre los Tribunales ordinarios y otros especiales se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en el presente título, y el artículo 38 de la L. de 17 julio 1948, obligan en todo caso a los Tribunales a oír al Ministerio Fiscal, precepto que no había tenido cumplimiento al dictar el señor Juez el Auto de 19 de septiembre 1968, e incumplido también por el Ministerio Fiscal al poner con posterioridad en 30 del mismo mes, simplemente la palabra "Visto", pues ello no da cumplimiento al artículo anteriormente citado, debiendo conforme al artículo 5 de la citada Ley retrotraer el procedimiento al trámite infringido. (Auto 29 abril 1969.)

El Juez de Instrucción no oyó previamente al Ministerio Fiscal, y aun cuando el artículo 22 de la L. E. Crim. no prescriba esa necesidad de previa audiencia, no puede estimarse que pueda prescindir de la misma cuando ha de entenderse ineludible por el artículo 27 para las cuestiones que se entablen entre Jueces Municipales y por el artículo 34 cuando se promuevan entre los Tribunales de lo Criminal por razones que abarcan a las que los Jueces de Instrucción tramiten, sin que pueda entenderse subsanada la omisión por la fórmula "Visto" puesta por el mencionado Ministerio en las diligencias previas, a continuación del auto inhibitorio, por no ser propiamente informe sobre la cuestión ni previo a la resolución judicial sobre la misma dictada, como es de exigir en materia que, por ser de orden público, ha de ser tramitada con cabal cumplimiento de las normas procesales pertinentes. (Auto 20 enero 1969.)

2. PARTES: *Condición de perjudicado*: Los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia de las mismas, ni tienen ni pueden tener interés directo en la resolución, pues no les afecta personalmente, y en caso de desacato, injurias o delito análogo nunca podrían aparecer como perjudicados para incluirlos en el artículo 104 del C. P., ni se cumple con el artículo 109 de la L. E. Crim., pues no existe lesión de intereses personales, doctrina de esta Sala, recogida entre otras, en SS. de 27 septiembre 1956 y 7 octubre 1963. (S. 20 enero 1969.)

3. OBJETO DEL PROCESO: *Acción civil*: a) *Alcance de su renuncia*: La renuncia a la indemnización de daños y perjuicios es una declaración de voluntad abdicativa de carácter unilateral sujeta a los requisitos que exige el artículo 25 del C. P., en relación con el 4.º, 1.187 y concordantes del C. civ., y 106 al 112 de la L. E. Crim., compitiendo, al amparo del artículo 3.º

de la propia ley rituaria penal graduar, siempre a efectos de la represión y de la subsiguiente obligación civil indemnizatoria, la validez de la renuncia que en este caso carece en absoluto de eficacia, pues la madre en una verdadera y auténtica transacción necesitaba de la correspondiente autorización judicial que bien patentiza el resultado de hechos probados no haber sido concedida, de donde resulta que tal renuncia adviene nula y sin valor, y ante su falta era obligado que el Tribunal penal en uso de sus facultades decisorias fijara, como lo hizo con notorio acierto, el monto de la indemnización que los perjudicados por la muerte de su padre deben percibir, no habiéndose violado por consiguiente los preceptos que se denunciaban infringidos por el recurrente, que fueron rectamente aplicados en concordancia con la doctrina que entre otras establece esta Sala en las SS. de 16 junio 1956, 18 diciembre 1965 y 8 octubre 1968. Ello no obstante como de la resultancia aparece abonada determinada indemnización ello deberá ser tenido en cuenta en ejecución a los efectos de deducción y descuento de la cantidad ciertamente entregada. (S. 12 febrero 1969.)

b) *Fijación de perjuicios*: Ejercitada por el Ministerio Fiscal la acción civil conjuntamente con la penal por el deber que le imponía el artículo 108 de la L. E. Crim., debió expresar al calificar definitivamente, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 649 del mismo Ordenamiento, la cantidad en que apreciaba los perjuicios causados a cada persona, pues el previo conocimiento por los responsables del alcance de dicha responsabilidad civil era necesario para que pudieran defenderse de la petición deducida, demostrando su improcedencia o exceso, y esa defensa no podía llevarla a efecto cuando la mencionada acusación pidió que la indemnización se fijara en ejecución de sentencia, sin indicar límites y sin señalar para quién. (S. 12 febrero 1969.)

4. PROCEDIMIENTO: A) *Iniciación: Querrela por delito cometido en el extranjero*: Apareciendo requerido en el número 1.º del artículo 339 de la citada Ley Orgánica para la viabilidad de la represión—y, por consiguiente, como presupuesto o condición objetiva de un efecto penal sustantivo— la querrela de la parte agraviada por el delito cometido en el extranjero, y no concurriendo dicho requisito en el caso enjuiciado, en que el delito fue exclusivamente perseguido por el Ministerio Público español, sin intervención de parte agraviada. es visto que, a falta de tan inexcusable presupuesto, tal como en los recursos se denuncia, ha de darse lugar a los mismos. (S. 3 febrero 1969.)

B) *Desarrollo del proceso: Pruebas a) Libertad de proposición*: La libertad de las partes para proponer prueba no es absoluta, se halla limitada por la congruencia. (S. 12 abril 1969.)

b) *Testifical: Medios de obtener la declaración*: Las diligencias de prueba para ser admisibles tienen que ser propuestas en tiempo y forma y la de testigos no puede suplirse por las declaraciones prestadas por éstos ante Notario, forma no admitida por la Ley Procesal, ya que han de estar prestadas ante el Órgano Jurisdiccional y con las formalidades exigidas por la

Ley Procesal; estando ajustada, por tanto, a derecho la negativa del Tribunal sentenciador, ya que si ese testigo no podía comparecer ante el Tribunal, los artículos 718 y 719 de la L. E. Crim. contienen normas para obtener su declaración y aún pudo pedir la práctica anticipada de esa prueba con arreglo a los artículos 657 y 798 de dicha Ley; todo menos querer sustraer un testigo a la presencia judicial con tan irregular procedimiento. (S. 14 marzo 1969.)

c) *Careo: Fuerza probatoria*: La diligencia de careo establecida en el artículo 451 y siguientes de la L. E. Crim., no merece la estimación de documento auténtico a efectos de la casación por la vía del número 2.º del artículo 849 de la misma ordenanza procesal, en relación a las manifestaciones que las personas careadas hagan para determinar sus respectivos y enfrentados conocimientos personales sobre un hecho por ellos apreciados, pues en definitiva su contenido no es otro que el propio de unas declaraciones testificales divergentes, que se trata de confrontar para lograr su unidad, y que por tanto, quedan sujetas en su apreciación a la facultad discrecional de la Sala de instancia en conciencia, sin que pueda imponerse como verdad absoluta, en ningún caso, y aun más, cuando no se logra la apetecida uniformidad. (Auto 23 enero 1969.)

C) *Artículos de previo pronunciamiento*: a) *Declinatoria de jurisdicción*: El número 1.º del artículo 666 de la L. E. Crim. permite, entre los que denomina artículos de previo pronunciamiento, el planteamiento de la declinatoria de jurisdicción, mediante cuyo cauce procesal, por su propia esencia, y porque así lo previene la misma Ley en el último párrafo de su artículo 674, lo único que puede dilucidarse es la determinación del Juez o Tribunal realmente competente para el conocimiento de la causa, tema total y absolutamente ajeno al suscitado en el supuesto actual, en el que, con la impropia invocación de una supuesta carencia de jurisdicción, se pretende poner de relieve la ausencia del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 443 del C. P. con carácter común a delitos contra la honestidad, lo que obliga a la desestimación del único motivo de este recurso, interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., con denuncia de inaplicación del precepto sustantivo anteriormente mencionado. (S. 21 enero 1969.)

b) *Prescripción*: Alegada como causa extintiva de la acción penal la prescripción tutelada por el artículo 112, número 6.º, del C. P., se trata por el recurrente de esgrimir una excepción útil para enervar la procedente condena, venía como titular actuante de la excepción, obligado a alegar y después justificar los presupuestos fácticos esenciales para su posible subsunción en esta causa excluyente de la responsabilidad penal. Estos presupuestos, imprescindibles, que cabe deducir del texto del artículo 114 son: el día en que se cometió el delito y el día en que se dirigió el procedimiento contra el culpable, entre cuyos dos elementos temporales ha de haber transcurrido el término prescriptivo fijado en el artículo 113 en



función de la pena señalada al delito perseguido en la causa, y por el que se haya condenado en caso de recurso. (S. 20 febrero 1969.)

D) *Crisis procesales*: a) *Recusación: Concepto de denunciador*: El Juez de Instrucción en casos extraordinarios o urgentes, como puede ser presenciar la comisión de un delito, puede formar el sumario aun sin Secretario en la forma que previene el artículo 321 de la citada Ley, y claro es que nunca podría considerarse al funcionario judicial como denunciador, y esto mismo sucede cuando el delito se comete en una Sala de Justicia que al no tener funciones instructoras no tiene más solución que los testimonios necesarios remitirlos al Juzgado correspondiente, y en este caso no puede considerarse como denunciador a los efectos del artículo 54 y sí como cumplidor del artículo 259 de la mencionada Ley, pues el desacato, la injuria o delito análogo a un Tribunal constituido y actuando dentro de sus funciones, es a la Autoridad Judicial y no a las personas, doctrina ya sentada por esta Sala en Sentencia de 23 marzo 1963, donde el mismo Juez a quien se desacata instruyó el sumario, y ni en ese caso ni en el presente a quien cumple la Ley, sin interés personal no puede llamársele ni denunciador ni acusador privado. (S. 20 enero 1969.)

b) *Perdón: Requisitos para su eficacia*: Se denuncia que no fue oído dicho Ministerio sobre el perdón otorgado por el representante legal de la ofendida menor de edad, debe ser igualmente acogido, porque del examen de las actuaciones hechas por esta Sala, haciendo uso de la facultad que concede el artículo 899 de la L. E. Crim., y como era obligado dada la materia planteada en el recurso, ha podido comprobar que el perdón otorgado por el padre de la menor lo fue con posterioridad al acto del juicio oral y sin que el Ministerio Fiscal tuviese ocasión de conocer tal perdón ni pronunciarse sobre el mismo, ya que no se le notificó la providencia recaída al escrito donde se otorgaba el perdón, ni estuvo presente en el acto de la ratificación; y como este trámite de audiencia al Fiscal es preceptivo con arreglo al artículo 443 del C. P., su infracción tiene que invalidar la aprobación hecha por el Tribunal, aprobación que tampoco consta de manera expresa en las actuaciones, limitándose la sentencia a aceptar el perdón como un hecho acaecido, pero sin que sobre el mismo recayera el pronunciamiento adecuado. (S. 22 enero 1969.)

c) *Suspensión del juicio*: La suspensión del juicio oral, como crisis procesal que afecta a la rapidez del procedimiento penal y a su resolución, sólo puede obedecer a las causas precisadas "ex lege" en el artículo 746 de la L. E. Crim., y ha de estar presidida siempre, por una razón de suprema justicia, que defienda un valor de protección necesario, valor que cuando afecte a la práctica de pruebas, ha de asentarse en permitir las demostraciones precisas y completas, para la adecuada e indispensable formación de la convicción psicológica del órgano jurisdiccional que decida, a fin de conseguir una total aprehensión de la conducta puesta en entredicho, en todos sus elementos constituyentes necesarios, que permita la posterior y adecuada calificación penal, y cuya ausencia genere indudable indefen-

sión, de la parte que propusiera el medio de prueba admitido e impracticado, por establecer el hecho probado, sobre justificaciones incompletas; y por ello, únicamente cabe tal suspensión por incomparecencia de un testigo—supuesto número 3.º del artículo citado—, cuando el Tribunal estime necesaria la declaración del mismo, con facultad discrecional o potestativa, lo que sucederá, siempre que se trate de testimonio importante, por esencial e indispensable, para conseguir su creencia fáctica, pero no en otros supuestos distintos, que no merezcan tal estimación, porque la declaración carezca de trascendencia o resulte improcedente, inútil o superflua, si bien, la valoración que en este último sentido se efectúe, también facultativamente, está sometida a la censura de casación. (S. 6 marzo 1969.)

d) *Petición de información suplementaria*: Acreditada la edad del procesado por informe de peritos médicos al no haberse podido aportar su partida de nacimiento, la rectificación de ese informe sólo podía hacerse ofreciendo el documento acreditativo de su nacimiento o diciendo la oficina o Registro Civil donde pudiera encontrarse, y al no haberse propuesto esta prueba, la pretensión de practicar información sobre ese extremo tenía que contraerse a otro informe pericial, que, cualquiera que fuese su resultado, no podía ser vinculante para el órgano jurisdiccional. (S. 15 abril 1969.)

E) *Terminación del proceso*: a) *Sentencia casada por vía del 851-1.º*: Es “praxis” inmodificable y acertada, por ser conforme a los efectos y naturaleza de la casación formal, la que se sigue en el “usus fori”, de que cuando se casa la resolución por alguno de los supuestos del artículo 851, número 1.º, de dicha ordenanza adjetiva, que afecta a la intrínseca redacción de la sentencia misma, dicha reposición se retrotraiga al momento de dictarla precisamente, por lo que su nueva redacción han de efectuarla indudable y necesariamente los mismos Magistrados componentes de la Sala que extendió la resolución casada, cualquiera que fuera el diferente destino que puedan mantener orgánicamente, por ser los únicos que se encuentran en condiciones de realizarlo, al haber presenciado inmediatamente el juicio oral, y también ser los que tenían “ab origine” la competencia orgánica que resolver, y que renace, por la retroacción declarada, que repuso lo actuado a aquel instante, y sin que fuera del excepcional supuesto de que tales componentes del Tribunal lo estimen indispensable, por carecer del recuerdo de las pruebas no reales, haya de celebrarse nuevo juicio oral, sin que por ello puedan dejar actuar a quienes les sustituyeron en su destino, si los miembros del primitivo Tribunal viven y prestan servicio activo. (S. 28 enero 1969.)

b) *Planteamiento de la tesis (artículo 733)*: El artículo 733, dando vigencia al principio acusatorio, sólo prohíbe poner delito de superior gravedad al que haya sido imputado, salvo si se utiliza la especial vía que establece, pero sin extender esta limitación a la estimación de las circunstancias atenuantes o agravantes que por expresa dicción legal puede apreciar el Tribunal sin previa acusación, ya que no modifican la naturaleza jurídica del delito acogido, en reproche de culpabilidad judicial. (S. 23 enero 1969.)

Se alude a la imposición de pena más grave que la solicitada, ello al amparo del artículo 851, número 4.º, de la Ley Procesal, alegando que en la instancia acusó al procesado de un delito de asociación ilícita del artículo 174, número 1.º, párrafo 3.º, en relación con el 173, número 2.º, correspondiendo, pues, la pena de prisión menor (considerado el autor mero partícipe), y la multa de 10.000 a 500.000 pesetas (por ser asociación separatista), pero el Tribunal, estimando no constar la afiliación del interesado al Partido Nacionalista Vasco, pero sí la donación al mismo de las cantidades dinerarias que se citan en el hecho probado, calificó el hecho como incluido en el artículo 174, número 2.º, imponiendo las penas citadas de prisión menor y multa, y además, la inhabilitación especial que resulta de más gravedad que las solicitadas por el Ministerio Público, lo que no pudo hacer sin el previo planteamiento de la tesis a que se refiere el artículo 733 de la Ley Procesal Criminal; argumentación que es forzoso recoger, pues aunque pudiera estimarse que la calificación acordada por el Tribunal resulta en efecto más ajustada al hecho que se relata en el resultando de hechos probados de la misma, al llevar el mismo aparejada de por sí una pena, entre las tres que señala el oportuno precepto punitivo, no pudo imponer la de inhabilitación especial, cuya extensión, según el artículo 30 del C. P., es de mayor duración, y por tanto más grave que las solicitadas por la acusación Fiscal y que las impuestas por el Tribunal. (S. 27 febrero 1969.)

c) *Pronunciamiento sobre costas*: a) *Principio de solidaridad*: La solidaridad establecida para los autores en el artículo 107, los tres dentro de la misma clase, es suficiente frente a la entidad perjudicada y el posible derecho de repetición entre ellos se resuelve también por esta misma igualdad de participación en terceras partes; como las costas que les fueron impuestas a los dos autores de los dos delitos acusados por el 109, aunque no se haya señalado la parte proporcional de cada uno según el citado precepto procesal, no sustantivo y no revisable, pues la mecánica de su distribución resulta del número de autores y delitos, en ejecución de sentencia, sin necesidad de estimar el motivo ni casar la sentencia. (S. 9 abril 1969.)

b) *Concurrencia de acusados y rebeldía*: Se impugna la sentencia recurrida por infracción del artículo 109 del C. P. en relación con el artículo 240 de la Ley anteriormente citada, el haberse impuesto al procesado recurrente la totalidad de las costas causadas, habida cuenta, fueron dos los procesados en el sumario, uno de ellos declarado en rebeldía en virtud de auto del Juzgado Instructor de 21 noviembre 1966, según se ha comprobado, al hacer uso esta Sala de la facultad concedida en el artículo 899 de la Ley ritual, para mejor comprensión de los hechos relatados en la sentencia impugnada, de donde se deduce la vulneración de los preceptos denunciados como infringidos y la necesidad de casar y anular en el particular referente a costas, la sentencia recurrida, estableciendo la proporcionalidad ordenada en el número 2 del artículo 240, por parte iguales a ambos procesados, hasta la declaración en rebeldía de uno de ellos y la totalidad de las causadas con posterioridad a dicho momento procesal, al recurrente.

Considerando de la segunda sentencia :

La responsabilidad civil es consecuencia de la pena y las costas procesales deben imponerse al procesado recurrente, la mitad de las costas causadas, hasta la declaración en rebeldía del otro procesado, declarándose de oficio la otra mitad, mientras aquél no sea habido e imponiéndose además al procesado la totalidad de las producidas desde dicho momento procesal. (S. 19 abril 1969.)

5. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: *Recurso de casación: A. Por infracción de Ley: a) Naturaleza:* La sustancia y esencia del recurso de casación por infracción de Ley, en lo penal no es concebible como una nueva instancia, pues su ámbito se circunscribe, normalmente, no a los hechos, sino a la censura crítica de haber sido correctamente aplicado el Derecho, bien por el adecuado encuadre y subsunción de los probados en la tipicidad penal procedente, o bien por la estimación de que tales hechos no son antijurídicamente penales. Este criterio legal tiene la sola excepción que permite al Tribunal de Casación llegar a modificar la resultancia fáctica, cuando el Tribunal de instancia hubiera infringido las reglas que rigen la apreciación de las pruebas, y hubiera desconocido y contrariado verdades absolutas e incontrovertibles, deducibles de documentos auténticos y evindicadores del error probatorio. Consecuentemente, no cabe impugnar la libre apreciación de prueba que el Tribunal provincial realice más que en un triple supuesto: Que el error aparezca evidente de documentos que tengan la calidad de auténticos a efectos de casación penal; que de ellos surjan afirmaciones absolutas e incontrovertibles contrariadas en los hechos probados, y por último, que tales afirmaciones no hayan podido ser desvirtuadas por otros medios de prueba. (S. 11 abril 1969.)

b) *Motivación:* a') *Al amparo del número 1.º del artículo 849:* El motivo por infracción de Ley sentado en el número 1.º del artículo 849, exige la lesión de un precepto penal de carácter sustantivo o de otra norma jurídica del mismo carácter, que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, es cierto que, como tales, sólo pueden ser tenidos en cuenta los que determinen derechos materiales y no formales, contenidos bien en el citado cuerpo legal, o en las leyes penales a que se refiere su artículo 7.º, quedando fuera de ellas las meramente adjetivas o procesales que nunca pueden ser objeto de protección por esta vía de casación, y las invocadas en los artículos 3, 6 y 7 de la Ley procesal penal, son normas indudablemente adjetivas, no sólo por la Ley que las contiene dedicada al procedimiento, sino por su intrínseca o esencial naturaleza, al conceder una facultad meramente procesal al Tribunal penal para decidir por sí la cuestión prejudicial, sin enviarla a la jurisdicción a quien correspondiera, resolución que por lo demás sólo afecta a la precisión de un juicio de valor probatorio, sobre hechos sometidos a la valoración de la Sala de instancia, que se proclama en los decalrados probados como ocurridos según su conciencia jurídica. (Auto 13 enero 1969.)

b') *Al amparo del número 2.º del artículo 849:* Es admitido como documento auténtico en casación el acta del juicio oral, como las diversas actua-

ciones judiciales, en cuanto a su celebración, fecha, concurrentes, resoluciones de los juzgadores y actos realizados dentro de ellas, pero no respecto a las manifestaciones emitidas, cuyo contenido no es una verdad total, definitiva, eficaz ante cualquier otra prueba por sí mismas; señaladas en el referido acto como particulares las declaraciones del recurrente y las del dueño de la farmacia robada, no pueden estimarse según constantes resoluciones de esta Sala que en la presente ocasión las toleró en trámite de admisión para su examen conjunto con el resto de la probanza. (S. 14 marzo 1969.)

Son documentos auténticos a efectos del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., y del recurso de casación que autorizan, las pruebas preconstituidas públicas o privadas reconocidas, que por su misma esencia constituyan indudable demostración, o proclamen una verdad innegable e indiscutible, haciendo perenne un acaecimiento hacia la posteridad, y que por su origen formal procedan de las personas legitimadas para dar fe de sus actos, y por su constitución intrínseca, contengan las indicadas evidentes y ciertas realidades, de manera tal que expresen una acomodación absoluta entre su expresión y lo sucedido en la vida real, sin la menor duda o vacilación. (Auto 15 enero 1969.)

B. *Por quebrantamiento de forma:* a) *Motivación:* a) *Al amparo del número 1.º del artículo 850:* Fue denegada la prueba pericial médica respecto a los tios de acusado, con los antecedentes pedidos al Manicomio Provincial de Murcia y Sanatorio de Enfermos Mentales, por Auto contra cuya resolución no se formuló protesta y fue admitida idéntica probanza en cuanto al inculpado con los peritos que habrían de citarse si se consignaba el importe de sus dietas, haciéndoseles saber que su comparecencia era voluntaria; no comparecieron en el acto del juicio oral y se negó la suspensión de la vista, con la consiguiente protesta de la defensa; la concesión de la antedicha prueba a costa de la parte y la condición de asistencia voluntaria declaran la inutilidad o impertinencia de dicho medio procesal a juicio del Juzgador, y no ha lugar al único motivo por el número 1.º del artículo 850 de la L. E. Crim., porque estaba en su poder la práctica de la diligencia y al no emplearle se invalida la protesta. (S. 31 marzo 1969.)

Propone el motivo primero quebrantamiento por denegación de prueba propuesta en forma y admitida. En las conclusiones provisionales solicitó prueba pericial que había de celebrarse antes del acto del juicio oral por el Forense, sobre cleptomanía y responsabilidad consecuente del acusado, fue admitida y citado para juicio el facultativo no compareció y fue renunciada por la defensa, aunque no se verificara en el tiempo pedido, la renuncia durante éste opera como dejación. (S. 1 abril 1969.)

b) *Al amparo del número 2.º del artículo 850:* El precepto legal que se invoca en apoyo del motivo de impugnación se refiere a la falta de citación en las partes que legalmente deben intervenir en el proceso, y entre ellas el "acusador", es decir, el que haya formalizado debidamente la acción.

penal y actúe como querellante, cosa que no concurría en el caso presente, en que no había acusación particular, ni querrela alguna formalizada, pues la acción penal se seguía tan sólo a virtud de denuncia de persona que se estimaba perjudicada por los hechos de autos, y al que, por tanto, no había que citar al juicio como parte a estos efectos procesales. (S. 25 marzo 1969.)

c) *Al amparo del número 4.º del artículo 850*: Se basa en la denegación efectuada por el Tribunal de instancia, a que el referido procesado contestase a dos preguntas formuladas por su defensa, prohibición acertadamente acordada, habiendo obrado el Tribunal al realizarlo dentro de las facultades que le otorga el artículo 800 de la Ley citada, en relación con el Título III del Libro III de la misma, dado el carácter manifiestamente impertinente de las preguntas, sin ninguna relación con los hechos controvertidos y cuya contestación negativa o afirmativa en modo alguno podía exonerar al procesado de la responsabilidad contraída dirigiendo una manifestación ilícita, debiendo entenderse como únicamente pertinentes aquellas preguntas correctamente propuestas, congruentes con los puntos debatidos, debiendo en cambio ser rechazadas las que no pueden influir en el fallo definitivo, como acontece a los denegados; cualquiera que fuera la opinión subjetiva del procesado sobre si los problemas de la clase obrera tienen solución o no dentro de la vía pacífica, en nada puede alterar el hecho inculminado, lo mismo que su conocimiento o desconocimiento de la doctrina de la Iglesia y de la Encíclica sobre los Derechos Humanos, cuya autoridad indiscutible, por emanar de la más alta Jerarquía espiritual de la Tierra, nadie puede poner en duda, pero su contenido resulta inaplicable directamente por los Tribunales de orden penal, que han de ajustar sus resoluciones a las normas establecidas en el Código. (S. 11 abril 1969.)

d) *Al amparo del número 1.º del artículo 851: Contradicción entre los hechos probados*: La contradicción tiene que constar en el mismo hecho y no en otra sentencia anterior en que fueron inculpados los ahora recurrentes. (S. 28 abril 1969.)

e) *Predeterminación del fallo*: Están vedados por el artículo 142 de la L. E. Crim. los conceptos jurídicos que predeterminan el fallo en la narración histórica, defecto procesal revisable por el artículo 851, 1.º, inciso último: no obstante, los hechos psicicos de intencionalidad esencial en la estructura del delito caben dentro del relato si van acompañados de la situación, instrumento y circunstancias que la corroboran, como en el homicidio, pues no es concepto aislado determinante por sí mismo de la resolución y le distingue del de lesiones. ánimo extraído de la prueba y realidad interna manifestada en la acción. (S. 14 febrero 1969.)

Tratándose de delitos relativos a la prostitución de los previstos en los artículos 452 bis del C. P., es ciertamente aconsejable y no entraña mayores dificultades eludir la inclusión en el relato histórico frases cual la de "favoreciendo de este modo su prostitución", por ser la utilizada por el texto

legal en alguna de las figuras delictivas en el mismo previstas, pero en el caso actual ello no es suficiente para provocar la positiva aplicación del precepto contenido en el número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., invocado por el recurrente en su segundo motivo de forma, ya que no quedó predeterminado el fallo desde el momento en que la condena se sustenta en una norma, cual la del número 1.º del artículo 452 bis a), en la que la terminología legal no coincide con la empleada por el Tribunal sentenciador, el cual, bajo otro aspecto, hizo extensivo el relato de hechos a una serie de extremos que permiten un completo enjuiciamiento del caso. (S. 10 marzo 1969.)

En delitos culposos cometidos con ocasión de conducir vehículos de motor no cabe afirmar que predetermina el fallo la inclusión en el relato histórico de la frase "falta de cuidado y errónea o incorrecta apreciación de la ecuación tiempo-distancia", porque no es reflejo de concepto jurídico alguno de índole sustantiva penal, sino pura y simple expresión, en términos plenamente usuales, de la conducta seguida por el acusado. (S. 10 marzo 1969.)

La constatación en la resultancia de hechos probados de la sentencia discutida en este recurso, de las expresiones "hizo objeto de tocamientos libidinosos por los muslos de las niñas" no representa la indebida utilización de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo que sanciona como constitutivo de quebrantamiento de formas esenciales y de ritualidades procesales, el número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., en que se basa y apoya el primer motivo; pues el término "libidinoso" no es jurídico, sino expresión corriente y usual para calificar finalísticamente determinados actos sexuales; frase ésta u otra similar que obligadamente se ven precisados a utilizar los Tribunales de instancia, para con arreglo a sana crítica y en adecuada ponderación de pruebas calificar, también fácticamente, las actuaciones de los inculcados por esta clase de delitos; pues expresar simplemente la existencia de tocamientos podría dejar equívoco si lo fueron con ilícita finalidad lúbrica o con otra distinta que pudiera no ser inculminable. Libidinoso es, pues, un concepto de hecho que cualifica la acción, y así como no es dable predeterminar el fallo por aseveraciones estricta y exclusivamente jurídicas, es incuestionable que son los hechos los que predeterminan, y es más, deben predeterminar, el sentido condenatorio o absoluto de los fallos penales, pues si tales hechos son encuadrables en tipicidades penales base de acusación o en otras que no rebasen el límite de imposición de pena con la sola excepción prevista en el artículo 733 de la Ley, si no concurren circunstancias o excusas excluyentes de la responsabilidad o de la punición, procederá un fallo condenatorio; pero si, por el contrario, tal encuadramiento en una norma penal no es posible, por inexistencia de delito, es obligada la absolución, pero claramente se advierte que en uno y otro caso es la base fáctica la que predetermina el fallo. (S. 28 marzo 1969.)

f) *Al amparo del número 4.º del artículo 851:* Cuando se haya acogido un determinado supuesto, entre dos plenamente excluyentes en lo fáctico

o en lo jurídico, se ha de entender radicalmente desestimado por preterición, el contrario del admitido, sin que por lo mismo se tenga que hacer declaración alguna sobre su repulsa, que va insita en la proclamación del opuesto, por lo que no puede exigirse sea necesario establecer en los hechos probados todos los puntos de exculpación propuestos por la defensa si se estinfaron los que por su naturaleza, sentido y condición los eliminaban, ante su misma y radical incompatibilidad. (S. 30 abril 1969.)

g) *Al amparo del número 4.º del artículo 851*: Como el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en esta cuestión, encuadró correctamente los hechos que se declaran probados en los números 1.º y 2.º del artículo 452 bis b), que sanciona los ilícitos penales que tipifica con las penas conjuntas de prisión menor en sus grados medio y máximo, a inhabilitación especial y multa, a esta calificación, y sólo a ella, tenía que atenderse, como acertadamente hizo el Tribunal de Instancia, que afortunadamente no se desvió del recto entendimiento del precepto base de incriminación por la circunstancia de que por simple error de copia se omitiera en el acta de calificación fiscal previsional, después elevada a definitiva, al pedir dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, faltando tan sólo insertar la petición los dos años: pero sin que pueda caber duda racional sobre la existencia de este error omisivo con sólo ponderar que cuatro meses y un día es tiempo que no corresponde a la pena de prisión menor, sino al arresto mayor, ya que bien sabido es que la prisión y el presidio menor comienzan en seis meses y un día a seis años; luego si se solicitaba prisión menor, ésta tenía que superar los seis meses y un día; y si además la ley señala en este caso que la prisión menor se imponga en sus grados medio a máximo, no era posible, sin la concurrencia de circunstancias que aminorasen la pena, imponerla en grado inferior al mínimo solicitado. (S. 18 abril 1969.)

Si el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, lo hizo por el artículo 533 del C. P., que señala, cuando no hay reincidencia, la pena de multa exclusivamente y se sancionada por el 534, y se imponen las penas de arresto mayor y multa, debe estimarse el motivo. (S. 28 marzo 1969.)

b) *Efectos de la estimación del recurso*: El recurso de casación por errores "in procedendo" que se acoja por la Sala segunda del Tribunal Supremo, al haberse quebrantado la forma mandada observar como indispensable en las actuaciones del proceso penal o en su resolución general el esencial efecto, que proclama el artículo 901 bis a) de la L. E. Crim., de reponer la causa al estado que tenía cuando se cometió la falta, para sustanciarla y terminarla con arreglo a derecho, pues la lesión procesal elimina la validez de las actuaciones en que se produjo y las subsiguientes, por afectar a los derechos de las partes y al orden público adjetivo, exigiendo su enmienda y acomodación a las indeclinables exigencias de forma, garantizadoras del buen quehacer jurisdiccional. (S. 28 enero 1969.)

Al estimarse el segundo motivo con el alcance que se indica se ha de modificar la sentencia de conformidad con él en cuanto se refiere a la pro-



cesada no recurrente según lo mandado en el artículo 903 de la L. E. Crim., pues como la impugnante fue condenada por el mismo delito en grado de tentativa y hallándose en la misma situación que ésta le son aplicables los motivos determinantes de la casación. (S. 22 enero 1969.)

C) *Cuestiones comunes*: a) *Legitimación para recurrir*: En adecuada técnica procesal, las personas legitimadas activamente para recurrir en casación por el artículo 854 de la L. E. Crim., además de reunir la condición de ser parte en el proceso penal, o sin serlo resultar condenadas por la sentencia, tienen que encontrarse agraviadas o perjudicadas, según el ordenamiento jurídico, por el sentido desfavorable de la resolución, haciendo nacer en favor del recurrente un interés, en la eliminación o sustitución de su contenido, o en la nueva declaración, ya que en el interés legítimo de obrar está la medida del derecho a impugnar, de lo que se deriva, que como con reiteración suma ha dicho esta Sala, se carece de legitimación activa para recurrir, sobre pronunciamientos de sentencias o sobre cuestiones que no afecten directa o indirectamente al recurrente, no dándose el recurso de casación más que para la defensa de derechos propios y personalísimos, pues para amparar otros derechos de terceros deben éstos actuar por sí mismos o conceder la oportuna representación procesal. (S. 7 febrero 1969.)

Se pretende liberar a un tercero de la responsabilidad civil subsidiaria decretada contra el mismo suponiendo infringidos por aplicación indebida los artículos 21 y 22 del C. P., y basta lo que se acaba de decir para comprender que el procesado no está legitimado, sin un apoderamiento especial, para accionar en defensa de los derechos de otro, aunque ese otro sea su padre, ya que carece de un interés protegible, que es de donde nacen las acciones procesales, ya que cualquiera que fuese el fallo que recayese sobre esa responsabilidad subsidiaria, la suya directa y principal no podía quedar afectada. (S. 9 abril 1969.)

b) *Depósito insuficiente*: *Efectos*: Siendo la recurrente acusadora del delito público de estafa, debió constituir depósito por 4.000 pesetas, y al no verificarlo en esta medida sino en otra menor, incidió en la causa de inadmisión expresada, que es de desestimación en este trámite, según la doctrina de esta Sala, que no puede dejar de advertirse porque después de la interposición y de la oposición a la admisión que el recurrido formuló hiciera nuevo depósito por mil pesetas, ya que los efectos significados, que nacieron al formalizar defectuosamente, son irremediables. (S. 7 abril 1969.)

### III. PARTE ESPECIAL

A) *Procedimiento de urgencia*: a) *Denegación de diligencias inútiles*: Aunque la prueba fuera propuesta en forma, el Tribunal denegándola actuó dentro de las atribuciones que le confiere el número 1.º del artículo 800 de la Ley Procesal, en relación con el precepto general probatorio establecido en el artículo 311, ordenando rechazar la práctica de las diligencias que

considere inútiles, y con el número 3.º del artículo 729, que únicamente estima admisibles las que tengan valor probatorio, cuya apreciación es facultad exclusiva del Tribunal, sin que contra su acuerdo quepa recurso alguno, según tiene declarado esta Sala en numerosas sentencias, entre ellas las de 25 octubre 1946, 4 octubre 1947, 12 enero 1952 y 13 junio 1955. (S. 31 marzo 1969.)

b) *Suspensiones inmotivadas*: El Tribunal estaba obligado a impedir suspensiones inmotivadas por lo dispuesto en el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y como el testigo que dejó de comparecer desempeñaba cargo oficial fuera de la península, había declarado extensamente en el sumario, y la Audiencia consideró innecesaria su asistencia por considerarse suficientemente instruida, según hizo constar, la propuesta formulada por la falta de suspensión del juicio, es ineficaz para producir la casación. (S. 7 abril 1969.)

Habiendo declarado la persona propuesta en el sumario, la expresada Sala hizo constar que existían los elementos suficientes de juicio, y tratándose de procedimientos tramitados por el cauce de los de urgencia, aparecen cumplidos los requisitos exigidos por el párrafo 3.º del artículo 801 de la Ley Procesal para justificar la causa de suspensión, mucho más por cuanto no se hizo constar el contenido de las preguntas a formular a la testigo propuesta. (S. 24 marzo 1969.)

c) *Apreciación de las pruebas*: Así como el artículo 142 de la L. E. Crim. es puramente formalista, regulador de la estructura de las sentencias penales de instancia; el artículo 741 y el modificado 802 de la propia Ley tienen un contenido predominantemente material y subjetivo, pues tal carácter tiene el mandato de apreciar "según conciencia" las pruebas practicadas en el juicio, de donde se deduce que cuando el Tribunal "a quo" deba en conciencia reflejar en el resultando de hechos probados un estado anímico dubitativo sobre la real existencia de los hechos imputados como base fáctica de la calificación jurídica delictiva base de acusación, se impone un criterio abstencionista, por aplicación del principio de derecho tan reiteradamente reconocido por la doctrina de esta Sala "in dubio reus est absolendus", pues el caso de duda esencial sobre la realidad de los hechos acarrea la libre absolución, ya que la tipificación sustantiva de los ilícitos penales secuencia del "principio de legalidad" no permite condenar cuando no sea dable subsumir con certeza la conducta del acusado en el precepto base de la cuestión formulada o en otro de pertinente aplicación. (S. 3 febrero 1969.)

B) *Procedimiento contra reos ausentes*: No es necesaria la citación: Declarada la rebeldía cuando se tramitaba el sumario por el procedimiento de urgencia antes de convertirse en ordinario, está bien publicada la requisitoria en el "Boletín Oficial" de la provincia, con los datos únicos obrantes en la escritura pública, y seguida la causa contra el recurrente, según el artículo 842 de la Ley procesal penal, sin que pueda denunciarse la falta de citación por estar rebelde y suspendida para él la causa. (S. 18 abril 1969.)

## IV. EJECUCION

*Doctrina general sobre la ejecución coercitiva:* La ejecución coercitiva de las sentencias de los Tribunales supone ya una contradicción del mandato de condena que puede estar contenido en las mismas, pues desde que se notifica al obligado contienen ya una determinada e imperativa orden de observar una específica conducta, que si el destinatario no recurre o no cumple voluntariamente obliga, por su pasividad, a la ejecución forzosa, esto es, a que el órgano judicial tenga que actuar de forma coactiva y forzosa la segunda de sus primordiales facultades judiciales, pues bien sabido es que no sólo tienen los Jueces y Tribunales que juzgar, sino ejecutar lo juzgado, ejercitándose esta ejecución en el presupuesto del artículo 924 de la L. E. Civ., con un requerimiento previo para hacer, no hacer o entregar, que de ser también desatendido por la rebelde voluntad del ejecutado, da lugar a que utilizando la fuerza material necesaria, se cumpla subrogatoriamente por el órgano jurisdiccional el imperativo categórico ordenado en la ejecutoria y hasta entonces desobedecido por el destinatario condenado, yendo seguida esta material ejecución de nuevo requerimiento para que se respete lo hecho en cumplimiento del fallo judicial, absteniéndose de perturbarlo o en cualquier forma violarlo. (S. 15 enero 1969.)

# REVISTA DE LIBROS

**BACIGALUPO, Enrique: «Delitos impropios de omisión». Ediciones Panne-  
dille, Buenos Aires, 1970; 173 págs.**

La monografía de Bacigalupo se inicia con una «Introducción y definición del problema». En el Capítulo I, dedicado a exponer la «Evolución de las soluciones dogmáticas», se hace una historia de la omisión impropia que termina con el «Estado actual del problema»; a lo largo de ese capítulo el autor, al tiempo que facilita una completísima y sintética visión de la discusión doctrinal en torno a la omisión impropia, centra ya, críticamente, los puntos claves y polémicos.

En el Capítulo II Bacigalupo aborda el problema de si acción y omisión pueden ser reconducidas a un concepto unitario. La crítica de las distintas soluciones es convincente y demoledora. Bacigalupo estima que «pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad»; acertadamente, pues mientras que el juicio (ontológico) de que alguien realiza una acción se pronuncia sin referencia a ninguna esfera valorativa, ello no sucede con la omisión: omisión significa no realización de una acción exigida por una norma. Como «ontológicamente sólo hay acciones positivas», Bacigalupo deduce que es la acción positiva el sustrato ontológico de la acción y de la omisión típicas; en la esfera normativa habrá que determinar, para que se dé la tipicidad, si esa acción es la prohibida por la ley (delito de hacer positivo) o si esa acción no es la exigida por la ley (delito de omisión). De esta manera (cambiando la fórmula que define la omisión por un «no-hacer determinado» por la de que es «un hacer que no es el determinado»), Bacigalupo lleva a cabo una diferenciación extraordinariamente rigurosa entre los campos ontológico y normativo; una diferenciación que supone un gran avance para la comprensión del problema.

En lo que se refiere a la causalidad de la omisión, Bacigalupo se adhiere a la doctrina de Armin Kaufmann de que la omisión es causal —como condición negativa— del resultado, pero que el omitente no es causal de su omisión. Al no haber causalidad, Kaufmann piensa que en la omisión tampoco existe dolo. Bacigalupo opina también que un dolo como el del delito de comisión, caracterizado por la voluntad de realización (de causación) del tipo, es inimaginable en la omisión. En su opinión, lo que define la forma más grave (dolosa) de la omisión es que el sujeto, que tiene conciencia de la amenaza de que el resultado se produzca, aprueba esa producción.

En el Capítulo III Bacigalupo se ocupa, en primer lugar, del problema del autor inidóneo de la omisión impropia, esto es: de quien cree que es garante sin serlo. La toma de posición de Bacigalupo de que en estos supuestos estamos ante un delito putativo y no ante una tentativa inidónea, ha desencadenado inmediatamente una polémica en Argentina: en el Homenaje a Asúa, recientemente aparecido en Buenos Aires, se ocupan de este problema del autor inidóneo Castilla, Righi y Romero. Al referirse a la posición de garante, Bacigalupo desformaliza con razón el planteamiento del problema y

señala que, lo que en realidad importa, es determinar qué grado de vinculación con el bien jurídico se precisa para que pueda hacerse responsable a un omitente por la producción del resultado. De acuerdo con ello, Bacigalupo divide la exposición en posición de garante para la defensa de un determinado bien jurídico y para la vigilancia de una determinada fuente de peligro.

Los problemas de participación y tentativa son examinados en el Capítulo IV. El Capítulo V consiste en un examen de la jurisprudencia argentina sobre la omisión impropia.

El libro de Bacigalupo es un modelo de rigor científico y de enfrentamiento crítico con los problemas; de seriedad y de solidez. En la obra se encuentran expuestos, valorados y criticados con un admirable pensamiento lógico, todos los puntos de vista sobre la omisión impropia que aspiran a tener vigencia. En estos momentos de luto para la ciencia penal de habla española, es reconfortante ver que la antorcha que D. Luis Jiménez de Asúa mantenía en América, no ha caído al suelo: que ha sido transmitida a una nueva generación de penalistas argentinos que da una clara muestra de su valía precisamente en el «Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa», que acaba de aparecer en Buenos Aires; a una nueva generación en la que ocupa un puesto decisivo Enrique Bacigalupo.

Para terminar, quiero hacer referencia aquí, aunque son varios los puntos en los que me deja insatisfecho el planteamiento general que la dogmática da a la omisión impropia, únicamente a uno de ellos. Si bien con distinta fundamentación, Armin Kaufmann, Roxin y también Bacigalupo, coinciden en que el garante es siempre autor y nunca cómplice de la lesión del bien jurídico por el que es responsable ante la comunidad. No es esta la doctrina dominante —la doctrina dominante estima, por el contrario, aunque no lo fundamente, que el garante puede ser cómplice—, pero sí la doctrina consecuente. Pues si existe omisión impropia siempre que un garante no impida el resultado, entonces ello sucede tanto cuando no se evita la muerte por accidente (el padre, aún pudiendo hacerlo no salva al hijo de perecer ahogado), que cuando no se evita la muerte por un delito (el padre, aún pudiendo hacerlo, no impide que a su hijo le mate un tercero). En este segundo caso, por consiguiente, el padre es autor de un parricidio y no cómplice en el delito del que ejecuta la muerte por propia mano. Pero esta solución, inevitable sobre la base de la doctrina de la posición de garante, no es convincente; pues si el padre hace algo más que presenciar, inactivo, como un tercero mata a su hijo, y él mismo le da al homicida el cuchillo instrumento del delito, esta acción positiva es de complicidad. Con lo que resulta que lo más —la acción: pues es más grave intervenir activamente en el delito que no la mera abstención—, es complicidad; y lo menos —la omisión—, es autoría; y que lo que le interesa al padre es que califiquen su conducta por lo más grave —por la entrega del cuchillo—, que por lo menos grave —por la mera inactividad—. Para estos y otros casos en los que admitir una omisión impropia lleva a una penalidad excesiva —a una penalidad como autor—, Roxin y la doctrina dominante acuden al procedimiento de proponer que el omitente sea castigado «como si» fuese un cómplice. Pero es este un procedimiento abiertamente contradictorio. Primero se explica que el problema central de la omisión impropia consiste en determinar cuándo

un no hacer equivale a un hacer. Después se afirma que esa equivalencia se da cuando el omitente tiene una posición de garante. Y, finalmente, se dice que existen casos en los que aplicar al garante la pena del delito de acción sería excesivo y que, por ello, hay que atenuar su responsabilidad aplicándole la pena del cómplice. Con ello se ha olvidado el punto de partida; pues si la pena del delito de acción es excesiva para una omisión, entonces es que esa omisión no equivale a una acción; y si no equivale a una acción, entonces no es que sea una omisión impropia cuya penalidad haya que atenuarla, sino que no es una omisión impropia. Y si hay —como los hay— supuestos de omisión del garante que no equivalen en intensidad criminal a una acción, entonces es que ha fracasado la tesis de que omisión + posición de garante = acción. La consecuencia que hay que sacar de todo ello no es la de atenuar la pena, sino la de revisar de raíz la doctrina de la posición de garante. Bacigalupo lo ha hecho en referencia a una de las fuentes tradicionales del deber de garantía (la ingerencia), en su artículo sobre «Conducta precedente y posición de garante». Del artículo 106 del Código Penal argentino, que coincide con el tercer párrafo del 489 bis del Código Penal español, deduce Bacigalupo, con razón, que el hacer anterior no convierte a una omisión en omisión impropia; pues si un conductor atropella a un peatón y luego no lo socorre, no responde —ni en Derecho penal argentino ni en Derecho penal español—, por un delito de homicidio doloso en comisión por omisión, sino por una omisión agravada del deber de socorro en eventual concurso con homicidio imprudente. Que ello sea así no me parece criticable sino todo lo contrario. Pues la conducta del que huye del lugar del accidente, después de haber atropellado sin intención a un peatón, no equivale (y por ello: no es una omisión impropia), a dirigir el vehículo contra un peatón para matarle.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

**BARJALIA, J. J.:** «Sadismo y masoquismo en la conducta criminal». Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959; 133 págs.

Considera el autor que en muchos de los crímenes cometidos por sadismo o masoquismo es difícil conocer con claridad la motivación. No obstante, estima que el psicoanálisis puede aportar datos de interés en torno a esta investigación, empleando como método más eficaz la indagación de la etiología sexual en el niño, en relación con una serie de procesos de estancamiento.

Recoge las teorías de Freud sobre el desarrollo del niño en su estado pregenital y el complejo de Edipo, que junto con el sentimiento de culpabilidad puede ser el origen de algunos delitos.

Estima que no es fácil determinar cuándo termina el sadismo y cuándo comienza el masoquismo; de ahí que los psicoanalistas prefieran emplear el término sadomasoquismo, aunque es más correcto utilizar el término «algolagua», que será activa en el sadismo y pasiva en el masoquismo.

Presenta algunos personajes célebres sadomasoquistas e intenta dar una explicación de su conducta; relaciona el masoquismo con ciertas formas de necrofilia, violación de sepulturas, antropofagia, etc.

A los efectos criminológicos, dice, bien puede asegurarse que el masoquista e igualmente el sádico, están predeterminados por la vida instintiva. Lo que importa es que hay un impulso que en el caso del masoquista se vuelve contra la propia personalidad.

Sostiene que las legislaciones participan del sadismo, aunque de forma *sui generis*, durante el antiguo régimen, con su sistema de penas y el tormento. También admite la existencia sádica en algunos preceptos de las leyes penales actuales; el delincuente es un enfermo, dice, por lo que debe ser curado en las prisiones, por lo que propugna la reforma penal y penitenciaria, considerando indispensable la libertad condicional para poder aplicar su sistema.

Termina la obra con una breve referencia sobre el sadismo y masoquismo en el derecho positivo, y unas consideraciones sobre política criminal.

Se consideran en el libro diversos aspectos, de forma somera, por lo que no se puede llegar a conclusiones de interés. El autor tal vez vaya demasiado lejos cuando se pregunta si el complejo de culpabilidad no es otra forma de masoquismo, pues nadie quiere ser condenado por el mero placer de ingresar en una institución penitenciaria, aquellos que se acusan de sus delitos lo hacen para liberarse de ese problema, pero no para sufrir. También en otras consideraciones extiende demasiado su opinión sadomasoquista, olvidando que éste supone una meta sexual, equivale al binomio crueldad-excitación sexual; cuando falta esta relación no puede hablarse de sadismo ni de masoquismo; tampoco se ha de confundir con la obtención de placer sexual, y su coincidencia dolorosa para obtenerlo, tal como sucede en la violación de mujer no privada de razón o sentido; tampoco es necesario la realización del coito, no es preciso el orgasmo, que a veces se produce sin la cópula.

Hay rasgos del sadismo y masoquismo propios de cada uno de ellos, por lo que se pueden emplear de forma indistinta tales conceptos, sin que sea necesario acudir, por lo menos de forma definitiva, a la expresión sado-masoquismo. El sadismo es más frecuente en los varones, y el masoquismo en las hembras.

De todas formas, es un hecho cierto que en lo criminológico es poco lo que se ha hecho sobre este tema, tal vez porque el problema es complicado y se prefieren otros menos difíciles y más interesantes. Podemos decir que la criminalidad sádica o masoquista, por lo menos en España, apenas si da algún caso aislado; no queremos decir con ello que no exista la algolagua, en sus dos formas, sino que no suele llegar a la comisión de delitos graves para conseguir la excitación sexual del autor.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

**BAUDOIN, Jean-Luis; FORTIN, Jacques, y SZABO, Denis:** «Terrorisme et Justice. Entre la liberté e l'ordre: Le crime politique». Editions du Jour. Montreal (1970), 1 vol.; 175 págs.

En una breve introducción, los autores, tras recordar que Canadá era uno de los raros países del mundo donde el ataque con violencia al régimen político era descodido, y por tanto, también los conceptos de delitos y presos políticos, se refieren a la situación actual y al movimiento terrorista y a los problemas graves, para el porvenir de las instituciones democráticas. Pareció necesario a los autores presentar al lector, de forma imparcial y neutra, un estado sumario de las filosofías y de las reformas legislativas implicadas.

La primera parte del libro, dedicada a los delitos políticos y las formas de su represión legislativa, es obra del profesor Szabo, criminólogo, y director del Departamento de Criminología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Montreal. Pronto observa el autor que el delito político es un fenómeno complejo que presenta aspectos psicológicos, sociales, morales, jurídicos y judiciales que conviene distinguir cuidadosamente. «Es evidente —dice— que la idea que una civilización se hace de los delitos políticos, depende de los valores que le son propios. Ahora bien, como las civilizaciones son mortales, el concepto de delito político es esencialmente contingente; varía de una época y de una civilización a otra». Así, trata seguidamente del problema de la definición de los delitos políticos bajo los ángulos psicológico, jurídico y judicial, intentando después obtener una síntesis criminológica. El autor presenta las diversas concepciones históricas de los delitos políticos en la antigüedad greco-romana, durante la Edad Media y en los tiempos modernos, describiendo, también brevemente, la práctica judicial y los principios filosóficos y legales característicos de algunos países (Inglaterra, Estados Unidos, Alemania nazi, Italia fascista, Unión Soviética, etcétera), para concluir sobre las perspectivas internacionales del delito político, que considera rebelde a toda definición, desde el punto de vista estrictamente jurídico, habida cuenta del carácter contingente del calificativo «político». Por ello, estima que la única salida consiste en la enumeración restrictiva de todos estos actos considerados «criminales» o delictivos, solución que adopta Inglaterra entre los grandes países contemporáneos mientras que otros se inspiran en definiciones bastante más vagas, fuentes posibles de arbitrariedad que puede amenazar las libertades públicas. Szabo recuerda la doctrina jurídica sobre la materia y los acuerdos de institutos y conferencias internacionales, así como el carácter contingente del delito político y lo demasiado limitado de este calificativo, que ya hizo proponer el término *delito ideológico* a Levy-Bruhl, cuya definición cita.

En la exposición histórica, y ya en la edad moderna, se refiere el autor a la extrema severidad en el castigo de los delitos de Estado, y a la barbarie de las penas previstas para los delitos de derecho común, así como al imperio del poder arbitrario bajo pretexto de la Razón de Estado.

Bajo la Revolución Francesa cita a Guizot, el gran jurista que fue «uno de los teóricos de este nuevo derecho sobre los delitos políticos», quien se pronunció contra la pena capital en su *Tratado sobre la pena de muerte en materia política*, que fue traducido al español por el Ministro Togado de la



Real Audiencia de Valladolid, el académico Don Agustín Alcayde Ibieca, e impreso en Valladolid, con licencia, por la Viuda de Roldán, en 1835.

Y transcribe nuestro Autor literalmente un párrafo de Guizot que empieza diciendo: «la inmoralidad de los delitos políticos no es tan clara ni tan inmutable como la de los delitos de derecho común...»

El Capítulo 2.º de esta primera parte, es el dedicado al delito político en algunas legislaciones contemporáneas, y se inicia con una referencia a las teorías subjetivas, que ven en la intención del delincuente el único criterio de la infracción política, y las objetivas, que estiman es la naturaleza del derecho lesionado el elemento decisivo, citando la opinión de nuestro colega griego Papadatos, quien, en su interesante monografía sobre el tema hace notar que si el móvil es un elemento importante para apreciar el grado de culpabilidad y, sobre todo, de criminalidad de un acusado, de ningún modo puede bastar para servir como único criterio de la infracción. Duele hacer punto sobre tan importante cuestión en esta breve reseña, sobre una materia tan importante y que mereció tantas y tan interesantes páginas en el tomo 3.º del *Tratado de Derecho Penal* del profesor Jiménez de Asúa (edición 1951, pág. 163 y siguientes), cuya cita nos será permitida en esta ocasión asociando nuestro homenaje al Maestro recientemente fallecido.

Como conclusión de estas páginas, tras demostrar que bajo los regímenes fascista y nazi la represión de los delitos políticos reviste un carácter francamente extralegal, excediendo con mucho las necesidades de protección del Estado y era un arma temible contra todos los enemigos del régimen, y luego de recordar que en la Unión Soviética, bajo el régimen de Stalin, la dictadura, según sus palabras «no está limitada por ninguna ley», ni por ninguna regla, «y se apoya en la violencia», cita las palabras de Vychinsky: «la ley del régimen socialista es una directiva política y el juez debe aplicarla como la expresión política del partido y del gobierno».

Termina Szabo su trabajo con unas perspectivas internacionales del delito político, desde la innovación más notable de los Estatutos de Londres, al reconocer al individuo como sujeto del derecho internacional, hasta los más recientes esfuerzos de algunos países como Suecia o Canadá, por crear conceptos o instituciones destinadas por el legislador a proteger a los ciudadanos de cualquier situación que pueda someterlos a la arbitrariedad del Estado; así las declaraciones de derechos del hombre o, en el plano interno, instituciones como el ombudsman nórdico o el Protector del ciudadano en Quebec, refiriéndose también a reacciones de los poderes públicos y situaciones desafortunadas en las que generalmente el poder judicial cede el paso al poder de la policía, «y la situación de crisis juega en favor de injusticias reales...». Termina subrayando el peligro de estos fenómenos, que consiste en la amenaza que representan para toda la filosofía liberal, que precisa defender a toda costa por ser, sin ninguna duda, la victoria más grande del hombre y del ciudadano, «la conquista más grande de nuestra civilización», según demuestra la historia universal. «... La internacionalización de ciertos modos de acción de la justicia no debe ser considerada como un atentado a la autonomía de los estados, sino más bien como una protección contra la vuelta hacia esquemas represivos que esos mismos Estados

han denunciado repetidas veces, sin preocuparse, *a priori* del riesgo de poner en duda su propia autoridad.» El Autor añade una interesante bibliografía.

La segunda parte del libro es obra de los Abogados del Foro de Quebec, profesores Boudouin y Fortin, de Derecho Civil y de Derecho Penal, respectivamente, en la Universidad de Montreal.

Canadá no conoció el terrorismo o el delito político sino muy raramente en su historia, y aunque participó en las dos guerras mundiales y en la de Corea, tuvo la suerte de no ver nunca su territorio ocupado y de librarse de las mortales consecuencias de fenómenos que siguieron al fin de algunas hostilidades, cual depuración, represión, etc., según escriben nuestros colegas de Montreal, añadiendo que imbuído el Canadá por las tradiciones judiciales y legislativas británicas, buscó en el Derecho penal inglés el modelo de su legislación, en la que no se encuentran previstos verdaderos crímenes políticos en el sentido estricto del término, aunque «algunas infracciones como la traición y la seducción, delitos de derecho común, tienen, a pesar de todo, por el objeto que pretenden una cierta coloración política». Por eso consideran importante los autores considerar en esta parte del libro, cuáles son en la legislación canadiense las infracciones graves y sus penas, cuyo fin es asegurar la paz pública y la seguridad política del Estado y de sus instituciones. Y por eso en las páginas siguientes tratan de la traición, la sedición, delitos contra la paz pública y poderes de urgencia, ocupándose de la historia, definición legal y jurisprudencial y sanciones de aquellos delitos, así como de los reglamentos de 1970 y de la ley provisional de orden público, cuyo texto, así como el de los preceptos penales citados, se publican por vía de apéndice.

En las últimas páginas, y por vía de conclusión, y teniendo en cuenta especialmente la reciente experiencia canadiense, los autores afirman que la creación de delitos políticos es un arma de doble filo y que, como demuestra el ejemplo de algunos países europeos, la institución de delitos políticos en tiempo de crisis y por un gobierno que se siente amenazado, produce el efecto contrario: la represión es más severa, el régimen de penas es más duro y el enemigo interior es tratado igual que el exterior en tiempo de guerra, y, a veces, con mayor rigor. Se refieren a la dificultad de controlar eficazmente la aplicación que hacen las fuerzas represivas de los poderes que les concede el legislador. «La ley represiva... no debe ser juzgada solamente por su contenido, sino también por su aplicación. La mejor de las leyes, hablando objetivamente, puede dar lugar a abusos manifiestos, implicando a ciudadanos honestos y pacíficos...». Refiriéndose a las leyes excepcionales y al engranaje «infernal» que pueden producir las actitudes de la población, afirman que se puede llegar, en nombre de la democracia, a complicar las libertades individuales del ciudadano inocente de la misma manera y con el mismo resultado que el terrorismo. «No basta combatirlo..., precisa emplearse en suprimir a la organización terrorista la base misma de sus reivindicaciones y cortarle el sostén popular. La paradoja brutal pero real queda: el terrorismo es la negación de la democracia, pero puede fácilmente llevar a la autodestrucción de la democracia.»

**CARACCIOLLI, Ivo:** «I problemi generali delle misure di sicurezza». («Los problemas generales de las medidas de seguridad»). Milano. Dott. A. Giuffrè. Editore 1970; 622 págs.

Con esta obra, el magistrado italiano Ivo Caraccioli, estudia una problemática penal muy actual como es la materia referente a las medidas de seguridad.

En el Capítulo I del libro el autor presenta una introducción histórica, fijando especialmente su atención en el origen de las medidas de seguridad tipificadas en el Derecho positivo italiano. Si bien considera que éstas se regulan por primera vez con el nombre técnico de medidas de seguridad en el Código Rocco de 1930, la verdad es que su sistematización tiene evidentemente un origen más remoto: el Proyecto de Código penal suizo, de 1893, conocido con el nombre de «Proyecto Stooss», que fue quien lo elaboró.

Posteriormente, Caraccioli analiza, en el Capítulo 2.º, la relevancia jurídico-constitucional de las medidas de seguridad. La Constitución republicana italiana de 1948, ha adoptado una postura prudente y se limita a declarar en el artículo 3.º el principio de que: «Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos en la Ley». El autor estima que la Constitución establece una reserva legal, y se refiere a la peligrosidad subjetiva.

Siguiendo la investigación de la problemática objeto de la obra, Caraccioli, en el Capítulo 3.º, hace un detenido estudio del sistema dualístico, que es el consagrado en el ordenamiento jurídico italiano. En base a la distinción entre pena y medida de seguridad, que formula el artículo 25 de la Constitución; se deduce el carácter constitucional del sistema dualístico. La sanción unitaria, que como posible solución ideal es defendida por el positivismo, presenta, dice Caraccioli, serios inconvenientes, y de manera especial, el carácter indeterminado de la sanción reeducativa. En el Derecho italiano vigente se aprecia, según palabras del magistrado italiano, una «competencia repartida» entre el legislador y la autoridad judicial respectivamente, en cuanto a la declaración de las medidas de seguridad y a su imposición, en el sentido de que el legislador determina los presupuestos de aplicación (delito o cuasi-delito), y al juez le corresponde disponer la concreta ejecución de la medida a través del sistema establecido en los artículos 207-208 del Código penal.

En el Capítulo 4.º del libro se plantea el importante problema de la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad y del proceso de seguridad. En cuanto a la naturaleza jurídica de aquéllas, el autor italiano expone claramente la problemática existente en la doctrina y jurisprudencia italiana. Considera Caraccioli que las medidas de seguridad tienen naturaleza penal. En cuanto al procedimiento de peligrosidad, el magistrado italiano estima que debe hablarse de naturaleza criminal mejor que de naturaleza penal, cuando se trate de un proceso de cognición que termina con una sentencia absoluta, y que imponga al sujeto inimputable una medida de seguridad, o bien, en el caso del proceso de vigilancia, que se concluye con la imposición, prórroga, revocación o denegación (a petición del Ministerio Fiscal), de la misma medida.

Uno de los problemas más importantes en el estudio sistemático de las medidas de seguridad, es el de la posible fungibilidad entre pena y medida de seguridad, pues existe una coincidencia parcial en sus funciones y en su finalidad de lucha contra el crimen. En el Capítulo 5.º se enfoca este problema afirmándose que no es admisible la «vicariedad» («sustitución») de la pena respecto a la medida de seguridad, y sí a la inversa, ya que las medidas de seguridad poseen más destacados matices reeducativos *latu sensu* respecto a la pena.

En el Capítulo 6.º Caracciolli procede a una detallada exposición de las disposiciones generales del Título VIII del Libro I del Código penal italiano. La aplicación de las medidas de seguridad en el Derecho italiano presuponen: la existencia de un delito o un cuasi-delito y una situación de peligrosidad social que se valúa de acuerdo con las características del hecho cometido.

La obra concluye en su Capítulo 7.º con unas interesantes observaciones de *iure condendo*. Entre éstas, debemos destacar: 1) La necesidad de un juez criminal especializado, que intervendría cuando además de la pena, o en su lugar, debiera ser aplicable la medida de seguridad; 2) los sujetos imputables deberían ser objeto de un tratamiento de resocialización seguido del punitivo, y a los inimputables se les aplicaría un tratamiento curativo; 3) en el caso de reincidencia el Estado debe reaccionar con la resocialización del delincuente; y 4) para que las medidas de seguridad tengan efectiva vitalidad, se precisa una reorganización del sistema en base a unos principios de política criminal.

En resumen, el libro de Caracciolli representa una importante aportación para los estudiosos del Derecho Penal. Son de destacar como características más importantes de la obra: sus sistemática, claridad en la exposición y sus importantes observaciones de *iure condendo*. Nos encontramos ante una obra que, si bien se dedica al estudio del problema en el ámbito del Derecho positivo italiano, supone una apreciable ayuda para el penalista que investiga la problemática de las medidas de seguridad.

AGUSTÍN JORGE BARREIRO

**Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag. («Libro-Homenaje a Karl Engisch en su 70 aniversario»).** Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969; XII + 736 págs.

El espléndido Libro-Homenaje que, amigos y colegas, han ofrecido a Engisch con motivo de su LXX Aniversario, contiene 41 contribuciones sobre Filosofía y Teoría del Derecho, Derecho penal, Criminología y Derecho procesal penal.

Una breve referencia a algunas de esas contribuciones. Hellmuth Mayer se ocupa de «Kant, Hegel y el Derecho penal», para oponerse a quienes como Klug, quieren acabar con la influencia de esos dos filósofos alemanes en la teoría de la pena. Welzel aporta unas «Reflexiones sobre el libre albedrío» en las que mantiene —continuando la polémica contra la tesis de Engisch de

la culpabilidad por el carácter»—, que el Derecho penal debe constituirse sobre el indeterminismo. Naucke rompe una lanza a favor de la aplicación en Derecho penal del criterio interpretativo de la voluntad del legislador. Eberhard Schmidt, el fundador de la teoría social de la acción, toma la palabra para definir lo que sea esa teoría; pero su exposición no puede tener la autoridad que para las finalistas tienen las palabras de Welzel, pues mientras que éste ha sido no sólo el fundador del finalismo, sino que, en una labor constante, ha ido desarrollando y perfilando su teoría, Schmidt se limitó a dar, en los años 30, unas ideas bastante confusas sobre la teoría social de la acción y fueron otros los que dieron cuerpo y difusión a la doctrina. Roxin analiza la calificación de los comportamientos activos que influyen en otros omisivos, y dedica especial atención al problema de las eventuales responsabilidades jurídicopenales de los médicos con ocasión del manejo de máquinas pulmón-corazón. De otro problema actual, del concepto jurídico de la muerte, se ocupa Stratenwerth. Schmidhäuser, en su artículo sobre el tipo de lo injusto, adelanta el esquema sistemático que después ha desarrollado en su Tratado de Parte General; un esquema que, a pesar de que casi lo ocultan sus innecesarias y frecuentes innovaciones terminológicas, coincide, en lo fundamental, con el de la teoría causal de la acción. Otros artículos de interés son los de Bockelmann sobre la legítima defensa; de Spindel sobre la idea de la *conditio sine qua non*; de Klug y de Jescheck sobre el concepto jurídicopenal de secreto de Estado; y de Gallas sobre el falso testimonio.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

**Fondation Internationale Penale et Penitentiaire. Société Internationale de Defense Sociale: Criminalité et Developpement. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale. Milano, 1970.**

Constituyen este libro tres documentos presentados al IV Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de delincuentes, celebrado en Kyoto, Japón, en agosto de 1970.

El primer trabajo versa sobre el primer tema del citado Congreso, «*La política de defensa social y la planificación del desarrollo nacional*». Su elaboración fue confiada por la Sociedad Internacional de Defensa Social a una comisión de estudios del Centro Nacional de Prevención y Defensa Social de Milán, todos profesores de diversas materias de universidades italianas, que cultivan desde la antropología criminal hasta el Derecho penal o la pedagogía, sin olvidar a profesores de economía y sociología política. El equipo no disimula la grave dificultad que supone la carencia de una documentación básica sobre la que poder construir hipótesis y provisiones, carencia que existe en todos los países del mundo, en mayor o menor medida, según los autores. Sus reflexiones se han centrado, en primer lugar, sobre una previa definición metodológica de los lazos existentes entre los fenómenos de la criminalidad futura y los fenómenos de transformaciones socio-económicas que acompañan al desarrollo, para llegar, a través de la formulación de hipótesis, a indicaciones útiles sobre los datos que parece necesario reunir.

Sinceramente confiesan que «algunas corrientes del pensamiento criminológico excluyen que haya sido demostrada con certeza una correlación positiva entre el aumento de la criminalidad y los factores del medio, tales como la urbanización, la industrialización, la movilidad social, etc.».

En segundo lugar, han tomado en consideración las concretas líneas de acción que permiten, utilizando los mecanismos de la planificación, ejercer una influencia sobre los hechos sociales más importantes que acompañan al desarrollo y que, siendo la fuente de tensiones colectivas, parecen ser indirectamente el origen de reacciones individuales de criminalidad.

Desde el punto de vista clínico-criminológico, en la aplicación y la individualización de las penas, la óptica se centra sobre el individuo y no puede, por tanto, llegarse a conclusiones como la correlación entre desarrollo económico y aumento de criminalidad. Precisaría más bien, a criterio de los autores, abordar el problema con una óptica más amplia y considerar de una forma global las correlaciones existentes entre desarrollo nacional y desadaptación en general.

Planificando las intervenciones de defensa social, o sea, al tratar de establecer en qué dirección afectan los recursos económicos de que se dispone o de que se prevé poder disponer para luchar más eficazmente contra la criminalidad, distinguen entre la prevención general y la prevención especial. La primera, previa a la manifestación de la criminalidad, la conciben como un servicio más de la seguridad social, a través de los de asistencia, consejo, diagnóstico y tratamiento de todas las formas de desadaptación. No se trataría, pues, de instituir nuevos organismos especializados destinados a prevenir la delincuencia de una manera general.

En la prevención especial, posterior a la primera manifestación de comportamientos antisociales, distinguen los autores los instrumentos de orden jurídico, los de orden penitenciario y los propios de los servicios sociales. La práctica de la «probation» la consideran muy fundamental, pues su existencia, junto con la libertad bajo palabra, institución paralela, reduce a la mitad la población penitenciaria, con todas las consecuencias que esto supone.

El segundo trabajo contenido en este librito, es obra del profesor Jean Dupreel, Secretario general de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria. Se titula «hacia una concepción dinámica del conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de detenidos».

Considera los trabajos sobre la materia, en 1929, una de las más importantes realizaciones de la desaparecida comisión internacional penal y penitenciaria que, desde 1872, fue la organización intergubernamental de cooperación en materia de prevención del delito y tratamiento de delincuentes, hasta su relevo en 1951 por las Naciones Unidas. Hace un breve resumen histórico de sus trabajos y la recomendación, por la Sociedad de Naciones, de las reglas mínimas elaboradas por la comisión, recordando los múltiples trabajos de sus doce Congresos penitenciarios internacionales, desde 1872 en Londres, hasta 1950 en La Haya.

Tras esta introducción histórica, sitúa en el contexto penal y penitenciario actual, las Reglas Mínimas para el tratamiento de detenidos y las recomendaciones adoptadas también por el primer Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y del tratamiento de delincuentes (Gi-

nebra, 1955), y aprobadas el 31 de julio de 1957 por el Consejo Económico y Social de la ONU (Resolución 633 C-XXIV). Subraya su importancia, pues en ellas se encuentran, bajo forma concisa, las características esenciales de las concepciones modernas del tratamiento de las personas privadas de su libertad y los principios que definen la actitud constructiva que conviene hoy adoptar ante el detenido y, más especialmente, ante el condenado, tratando de que continúe formando parte de la sociedad y de reducir en la medida apropiada las diferencias que existen entre la vida en prisión y la vida libre, investigar y corregir las causas de inadaptación social del condenado, de manera que haga posible su vuelta a una vida normal. Tiene en cuenta trabajos como los de la Comisión penitenciaria del Benelux, elaborados en 1955, y que aconsejan la prohibición de castigos colectivos, sistemas de permisos para preparar la vuelta a la libertad y el alojamiento individual de los detenidos.

Se refiere también a los trabajos del Comité Europeo para problemas criminales del Consejo de Europa, y a la preocupación por el número considerable y, sin duda excesivo, de personas que sufren detención preventiva, así como a otros problemas cual la alimentación de detenidos, obligación de darles la posibilidad de obtener la defensa de un Abogado y de comunicar libremente con él, sin escucha por funcionario alguno, y menos aún, sin grabación o registro por procedimientos técnicos de su comunicación. Finalmente resume diversos trabajos, cual los del grupo consultivo de las Naciones Unidas en Ginebra, 1968, y los esfuerzos de muchos países por limitar todo lo posible el recurso a la prisión clásica, sustituida en parte por diversas formas de puesta a prueba o por simples restricciones de la libertad que no supongan el internamiento continuo en una institución de tipo penitenciario (arrestos de fin de semana, semidetención, arrestos domiciliarios, etc., etc.

El tercer documento presentado al Congreso, de los ahora publicados en este volumen, es el confiado por la sociedad internacional de defensa social, a través del centro de Milán, a un grupo de trabajo dirigido por el Juez Nicola Reale, del Tribunal constitucional de Italia, sobre la organización de la investigación con miras a establecer una política de defensa social, capaz de integrarse en la planificación social, teniendo en cuenta las orientaciones de esta investigación en los diferentes países. Trata de los límites de la investigación para la salvaguardia de los derechos de la personalidad, y las funciones de los organismos públicos y privados. Preconiza la creación de verdaderos departamentos de criminología capaces de tratar los problemas interdisciplinarios en todas las universidades, y compuestos por especialistas de criminología, psiquiatría, medicina legal, Derecho penal y penitenciario, procedimiento penal, psicología, antropología criminal y estadística. «El Estado no puede abdicar, en una materia tan rica en implicaciones sociales y, por tanto, típicamente de derecho público, de su deber fundamental de iniciativa, de control y de coordinación; como no puede permitir, por otra parte, que las investigaciones científicas, cuando son concluyentes, queden sin consecuencias concretas en el plano legislativo y de la administración».

**HOOD, R. y SPARKS, R.:** «Problemas clave en criminología». Ed. Guadarrama. Madrid, 1970; 255 págs.

Tratan los autores ocho problemas criminológicos, que consideran de gran interés, dedicando un capítulo a cada uno de ellos. Estos problemas son:

*Proporción de delitos ocultos.*—Se estudia aquí la cifra negra de la criminalidad, que tanta importancia tiene y tan difícil es conseguir aproximaciones para conocer la realidad criminal. Se presentan las técnicas modernas utilizadas por la criminología —sistema de autodenuncia y examen de las víctimas—, así como los resultados obtenidos; se recogen algunas opiniones de autores extranjeros, que dan como resultado: En Inglaterra, los crímenes graves registrados oscilan entre el 15 y el 25 por 100; en Holanda, solamente se conocen al 0,4 por 100 de los abortos y el 20 por 100 de los robos; en Estados Unidos se conocen nada más que un tercio de los robos y las tres cuartas partes de las violaciones; en relación con los abortos, los ingleses solamente conocían un caso de cada 200 a 400, antes de la Ley reguladora del aborto. También se recogen los motivos fundamentales por los que no se denuncian los crímenes.

España tampoco escapa, como ningún país, al problema de la cifra negra de la criminalidad, que nosotros dividimos en dos grupos: Cifra oscura, en la que recogemos aquellos delitos que se podían haber reflejado en las estadísticas, y criminalidad oculta, donde se recogen aquellos delitos que solamente conoce el autor de los mismos. Consideramos como cifra probable, entre delitos conocidos y los cometidos, la siguiente: En sustracción de vehículos, prácticamente se conocen todos, en homicidios la relación es de 1 a 1,5, en abortos la relación es de 1 a 1.000, infanticidio 1 a 4, impudicia contra natura 1 a 8.000 ó 10.000, hurto 1 a 20, robo 1 a 1,5, estafa 1 a 6.000 ó 9.000, incendio doloso, 1 a 50 (\*).

*Delinquentes oficiales y delinquentes ocultos.*—Se hace preciso, dicen los autores, superar las limitaciones inherentes en todos los datos oficiales sobre la delincuencia juvenil, a fin de poder determinar qué clase de delitos y delinquentes pueden aparecer por defecto o por exceso. Se calcula que en Estados Unidos e Inglaterra, a la edad de dieciocho años, de un 10 a un 20 por 100 de la población masculina ha sido condenada judicialmente por algún delito, lo cual supone solamente alrededor de la cuarta parte de la criminalidad real. Por cada mujer condenada lo son cinco o siete varones; la criminalidad es mayor en la clase baja que en la media y alta, los de esta clase social suelen cometer delitos de menor gravedad que los de las otras dos, siendo las malas relaciones familiares la causa más frecuente de la criminalidad juvenil; se presentan los problemas y ventajas del sistema de entrevistas, en relación con los resultados obtenidos. Se hace referencia a la importancia que tiene la discrecionalidad de la Policía en sus intervenciones, ya que a veces puede interpretar de forma errónea la realidad de un hecho, estimando que es delito donde no lo hay o viceversa; los criterios son diversos entre los distintos Cuerpos de Policía, parece que a menor preparación se hace mayor uso de la discrecionalidad.

Este tema se halla relacionado directamente con el anterior, pues depende



de la proporción de crímenes que se denuncian, de los autores que se detengan por los delitos denunciados, de los que se detengan sin que haya existido previa denuncia, de los autores que cometen más de un delito y de los que actúan en grupo y cometen uno solo.

*Delincuencia subcultural y en banda.*—Se hace una exposición de las teorías más importantes sobre la aparición de culturas delinquentes. Los habituales se suelen agrupar, ya que tienen una forma parecida de ver las cosas y de ahí la aparición de las bandas criminales; esta situación ha sido denominada por los sociólogos como la «subcultura delincente», en realidad, gran parte viene determinada por la unión de miembros de la clase baja. La inmensa mayoría de la actividad delictiva de los primeros años y en la adolescencia, se efectúa en grupo; según Shaw y Mckay, para Estados Unidos es casi del 90 por 100, según los Glueck, el 70 por 100, a resultados similares se llega en Alemania, Francia, Inglaterra y Escandinavia. El grupo más frecuente es el formado por dos y tres miembros, y conforme se hacen mayores tienden a actuar de forma individual, pero hasta los veinte años, más de la mitad tienen socios conocidos. La banda violenta se caracteriza por sus fluctuaciones, no teniendo un número definido de miembros, ni funciones específicas, ni un jefe determinado. Se considera la solidaridad del grupo, significado del jefe, formas de delincuencia, violencia empleada en sus delitos y la criminalidad en las clases baja y media.

En realidad, esos supuestos los encontramos, más o menos definidos, en nuestros grupos juveniles, con la salvedad de que la banda organizada se da de forma esporádica en España. Sus delitos son de menor gravedad, menos frecuentes, el jefe, cuando existe, no está tan definido; el grupo formado por dos o tres sujetos es el más frecuente, la subcultura es un factor importante en nuestra criminalidad... (\*).

*Clasificación de los crímenes y de los criminales.*—Se centra esta parte de la obra en el estudio de la tipología criminal, admitiendo los autores que cualquier tipo de clasificación, cuyo resultado es una serie de grupos bien definidos y mutuamente exclusivos, es válida. Ante la gran divergencia existente entre los criminólogos, proponen una serie de requisitos que consideran indispensables en toda tipología para la investigación etiológica. Se hace una exposición de delinquentes y tipos de delito, clasificación según el comportamiento criminal y carreras homogéneas, que son poco frecuentes.

El estudio de las tipologías varía notablemente entre los autores, proponiendo esquemas diferentes y creando algunos tipos que, aunque teóricamente parecen buenos, resulta luego que no se dan en la realidad. Por todo ello, estimamos que nuestro estudio de la delincuencia española, basado en la tipología de Kretschmer, puede tener algún valor. En nuestra delincuencia juvenil, las carreras homogéneas son relativamente frecuentes, sobre todo en los delitos contra la propiedad (\*).

*Introducción al proceso de sentencia.*—Se estudia la importancia que puede tener la decisión de los jueces en cuanto al castigo y tratamiento, siendo muy frecuente la disparidad de criterios para casos semejantes. Este tema se ha tratado poco por parte de los criminólogos, debido, especial-

mente, a que el modelo empleado es incompleto. Todos los estudios realizados al respecto presentan la expresión de «factor individual» de forma distinta, por lo que no existe un criterio uniforme ni en los trabajos, ni en los resultados. Algunos autores opinan que, especialmente en Estados Unidos, el partido político a que el juez pertenece juega un papel importante en el momento de dictar sentencia.

Este punto no nos sirve para formular un esquema entre nosotros, ya que se basa, especialmente, en el sistema de procedimiento anglosajón, muy diferente al nuestro; entre otras cosas, no existe en España las recomendaciones de los agentes auxiliares del tribunal, contenidas en informes sobre investigaciones previas a la sentencia y exámenes neuropsiquiátricos.

*Eficacia de los castigos y tratamiento.*—Se plantea aquí la cuestión del tratamiento penitenciario y su eficacia, especialmente en cuanto a la reincidencia. Los tribunales y centros de corrección parece que van confiando cada vez más en la opinión e investigaciones de los criminólogos; se considera la eficacia de la prevención general y la especial, y se exponen los problemas metodológicos de investigación sobre la prevención individual. El procedimiento que suelen seguir los autores es el estudio del delincuente durante el período que sigue al cumplimiento de la condena. La libertad vigilada puede ser tan eficaz como el tratamiento.

Hay un hecho cierto, el de que todos los sistemas penales de internamiento parece que han fracasado ante la reincidencia, y lo mismo ha sucedido con las penas; por ello, hay que meditar seriamente en la reforma de los mismos, utilizando sistemas nuevos. No disponemos en España de estudios sobre esta materia, por lo que no podemos dar conclusión alguna sobre la reincidencia y su relación con la pena y el tratamiento; solamente se puede afirmar que en los jóvenes es frecuente (\*). En cuanto a la aportación criminológica sobre el estudio del delincuente, referida al tratamiento, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, está realizando una importante labor, a través de sus Equipos de Observación, en especial el de la Central de Observación Penitenciaria, como lo demuestra la reciente obra elaborada por este Centro, *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*.

*Influencia mutua entre el tipo de tratamiento y el tipo de delincuente.*— Los estudios tratan de demostrar que un tratamiento puede ser válido para distinto tipo de delincuentes, así como éstos pueden responder de forma diferentes a un mismo tratamiento. Sin embargo, no se han conseguido todavía conclusiones serias sobre ambas posturas. Por otra parte, mientras son muchos los esquemas sobre tipologías de delincuentes, muy poco es lo que se ha hecho sobre tipología de tratamiento y, en general, sobre este problema criminológico; de todas formas algo se ha conseguido.

Si partimos de la base de que en todo delincuente hay algún rasgo que lo diferencia de los demás, se llegaría a la conclusión de que cada uno necesitaría un tratamiento especial. Sin embargo, como esto no es posible, habrá que buscar esquemas relativamente amplios, donde se pueda trabajar con grupos lo suficientemente numerosos como para poder obtener resultados aceptables. Téngase en cuenta que muchos grupos supone un gran

desembolso económico. Hay que buscar, además, el apoyo de algunos delinquentes que pueden tener, dentro del grupo, una eficacia importante, y en el tratamiento en libertad la colaboración de la sociedad en general. En todo caso hay que partir del conocimiento de la personalidad del autor.

*El efecto de la pena en prisión.*—Termina la obra con un planteamiento de la eficacia del tratamiento en prisión y su relación con la reincidencia. En principio retrasa, en no pocos casos, la reincidencia, mientras que en el sistema de libertad vigilada aquélla se produce, a veces, muy pronto. Tampoco se ha podido demostrar la ineficacia de los sistemas penitenciarios. Por último, se hace un estudio de la vida en las prisiones, experiencias en las mismas y conducta posterior de los reclusos.

Tal vez sería de interés ensayar el sistema de arrestos de fin de semana o privación de tiempo libre, que sería una forma intermedia entre la prisión y la libertad vigilada. Sobre estos tres sistemas, más un cuarto de plena libertad, estimamos que se basará todo el tratamiento para el futuro (\*).

La obra está realizada a base de estudios llevados a cabo en Estados Unidos, Inglaterra y Países Escandinavos, también se recogen algunos resultados de otros países europeos. Se presta especial interés a la criminalidad juvenil.

De todas formas, los métodos utilizados —autodenuncia y examen de víctimas—, no suponen muchas garantías, pues, como recogen los propios autores, no siempre se puede conseguir la verdad. En España, el sistema de entrevistas, preguntando directamente a las personas por los delitos que han cometido y que no han sido descubiertos, sería un fracaso; algo más de éxito, tampoco mucho, sería el de encuestas escritas anónimas. En uno y otro caso sería difícil convencer a la persona consultada que los resultados son confidenciales y anónimos, sin ninguna repercusión en su contra; para estos temas, el español es todavía muy desconfiado.

Hay signos externos o conductas que, sin ser delictivas, pueden proporcionar a la policía datos que le lleven en algún caso, a determinar la conducta de un sujeto. De ahí que el uso de la discrecionalidad no resulte muchas veces arbitrario, como se pueda pensar por los profanos.

La obra nos demuestra que en criminología todavía queda mucho por hacer; unos estudios son insuficientes para sacar conclusiones y otros son contradictorios. Tal vez estos defectos se deban a que esta ciencia, no unificada, está intentando abarcar muchos problemas. Sin embargo, hay un tema que prácticamente es desconocido, nos referimos a la influencia que pueda ejercer la criminología en la política criminal.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

---

(\*) Véase nuestra obra *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*. Madrid. 1970.

**HORN, Eckhard: «Verbotsirrtum und Voverfbarkeit».** («Error de prohibición y reprochabilidad»), **Duncker & Humblot, Berlín, 1969; 173 págs.**

Según la concepción dominante, la culpabilidad presupone que el sujeto conociese lo injusto de su hecho o que, por lo menos, tuviese la capacidad de conocerlo.

Para determinar cuándo se da esa capacidad, la opinión mayoritaria examina si el sujeto, esforzándose como le era exigible, hubiese podido llegar a conocer que lo que hacía estaba prohibido.

Horn se opone a esta opinión y estima que es preciso que el agente tuviese algún *motivo* para informarse si su acción estaba o no prohibida; y ese motivo sólo concurre cuando existe por lo menos alguna duda sobre la posibilidad de que el hecho sea antijurídico. De esta manera, Horn traslada analógicamente al problema de la conciencia de la antijuridicidad lo que Armin Kaufmann sostiene —frente a la opinión dominante—, en referencia a la omisión imprudente; en el caso de la omisión del deber de socorro, Kaufmann exige, para que pueda hablarse de imprudencia, que el agente sea consciente de que existe la posibilidad de que se dé la situación típica («persona en peligro»); esto lo afirma Kaufmann discrepando de los que mantienen que basta la cognoscibilidad de la situación típica, la posibilidad de haber llegado a tener conciencia de que se daba un peligro. Si un sujeto se está ahogando y otro no lo ve, aunque podría haberlo visto, no existe para Kaufmann omisión imprudente; para la doctrina dominante, sí, pues le basta, para admitir la imprudencia, que el omitente hubiese podido llegar a percibir el accidente.

Trasladando esta tesis al problema de la conciencia de la antijuridicidad, Horn exige, para que haya vencibilidad, no capacidad de haber llegado a conocer lo injusto, sino conocimiento de un motivo que debería haber llevado al autor a informarse sobre la juridicidad de la conducta. Para Horn ese motivo sólo concurre cuando el sujeto tenga alguna duda sobre si lo que está haciendo es algo prohibido, no cuando no se le haya ocurrido siquiera que su acción puede ser antijurídica.

Sobre la base de estos principios, es consecuente que Horn mantenga que en la imprudencia inconsciente no existe reproche alguno desde el punto de vista de la doctrina normativa de la culpabilidad. Pues en esa modalidad de la culpa el sujeto ignora por completo que está realizando una acción descuidada; y al ignorarlo no tiene tampoco ninguna motivación para tratar de obrar cuidadosamente.

Entre la multitud de monografías mediocres escritas en Alemania en los últimos años, que nada aportan —ni ideas, ni tan siquiera sugerencias—, y que sólo sirven a los autores para cumplir los requisitos necesarios para poder aspirar a alguno de los numerosos puestos universitarios creados en los últimos tiempos, desentona esta tesis doctoral de Horn que ha sido dirigida por Armin Kaufmann; desentona porque es una magnífica obra.

**KALLWASS, Wolfgang:** «Der Psychopath. Kriminologische und strafrechtliche Probleme (mit einer vergleichenden Untersuchung des Entwurfs 1962 und des Alternativ-Entwurf) (El Psicópata. Problemas criminológicos y jurídico-penales (con un examen comparativo del Proyecto de 1962 y del Proyecto Alternativo)». Springer Verlag, Berlín, Heidelberg, New York, 1969, 125 páginas.

Sin ignorar —según adelanta el autor en el prólogo a tan sugestivo libro—, que las dificultades inherentes a la problemática de las psicopatías subyacen en su «variedad», Kallwass estructura la sistemática de su libro en dos partes fundamentales: una, de carácter puramente *criminológico*, y otra, de matiz propiamente *jurídico-penal*.

En la parte primera, comienza el autor estudiando las psicopatías concebidas como «anormalidades constitucionales», destacando, a este respecto, el concepto de psicopatía del alemán Schneider («las personalidades psicopáticas son personalidades anormales que sufren y hacen sufrir a los demás»), que tanto influjo ha ejercido en la moderna psiquiatría —aunque parezca hoy en franco regreso—, y con arreglo al cual, las psicopatías no son enfermedades mentales en sentido médico. Seguidamente, pasa a estudiar el diverso acento que las teorías «monistas» y las «dualistas» han puesto en los factores herencia y medio ambiente, subrayando, además, la relevancia distinta que suele darse a otros factores diversos, para, al final, plantearse la alternativa de continuar en la línea tradicional o, por el contrario, propugnar una nueva formulación del concepto de psicopatía que salga de una vez por todas de las coordenadas tradicionales encarnadas en la herencia y en el medio ambiente y que corresponda, en suma, al actual estado de la ciencia médico-psiquiátrica, donde es de apreciar el creciente influjo —proyectado incluso en autores alemanes recientes—, de las concepciones anglosajonas.

Así pues, frente a la teoría que podríamos denominar tradicional de las psicopatías, formula Kallwass el concepto de psicopatía como «una combinación de determinadas características», anclando, de otro lado, dicha concepción en la literatura anglosajona, en la que —destaca— «no hay casi ningún autor que emplee el término «psicópata», sin añadir a renglón seguido que, desde hace tiempo, dicho término no ha sido otra cosa que un cajón de sastre (literalmente, *Papierporrbegriff*)» (1).

Abandonando ya el antiguo concepto de la *locura moral* (*moral insanity* = *moralische Irresein*), debido al psiquiatra inglés Prichard —el cual lo esbozó en su *Treatise on Insanity and Other Disorders Affecting the*

(1) El término «psicópata» —apunta GRAHAM (en *What to do with the Psychopath*, en *J. Crim. L. C. & P. S.*, 53 (1962), 446)—, es un concepto omnicompreensivo. En idéntico sentido, BIERER (en *The Validity of Psychiatric Diagnostic*, en *The Intern. Jour. of Social Psychology*, I (1955), 23), afirma que la forma en que los psiquiatras hacen uso de los conceptos «psicosis», «neurosis» y «psicopatías» no es, en modo alguno, científico. Y, por último, HULSEY CASON ha encontrado en sus investigaciones (*The Psychopath and The Psychopathic*, en *Jour. of Criminal Psychopathology*, 4 (1943), 522 y sigs.), 202 términos que suelen ser empleados como sinónimos del de psicópata; 55 rasgos o características que suelen darse en los denominados «psicópatas» y 30 tipos de conducta que, por lo general, se caracterizan como «formas de comportamiento psicopático».

*Mind* (1835), si bien ya en 1776 lo había utilizado Benjamín Rush—, e introducido en Estados Unidos por Ray, autor de *A Treatise on the Medical Jurisprudence of Insanity* (1838) —libro que, curiosamente, fue citado por Cockburn, el abogado defensor de *McNaghton*, el sujeto, cuyo caso dio lugar a la creación de las famosas Reglas *McNaghten*—, las tendencias configuradoras de la situación actual de la ciencia médico-psiquiátrica anglosajona, pueden escindirse en dos frentes: uno, reacio al empleo del término psicópata, que califica como un «diagnóstico arcaico», prefiriendo, más bien, utilizar otras expresiones como las de «*neurosis del carácter*», «*character disorder*», «*characterologically insufficient*» (término este último que acepta, en Europa, Stürup) y, especialmente, el término «*sociópata*»; y otro, que propugna la caracterización de las personalidades psicopáticas: por el aglutinante de varios rasgos o características, de donde perturbación caracterológica y psicopatía pasan a ser términos sinónimos. Dentro de la última dirección destacan los trabajos de David Henderson y de John McCord, el primero de los cuales emplea el término «*psicopático*» distinguiendo dentro de él tres grandes grupos: los predominantemente agresivos; los predominantemente pasivos o inadaptados y, finalmente, los predominantemente creativos mientras que para el segundo, los psicopatas son «individuos asociales, agresivos, altamente impulsivos, con escaso o nulo sentimiento de culpabilidad e incapaces de crear lazos afectivos de cierta duración con otros individuos». Esta dirección supone, en suma, cargar el acento, a mi juicio en demasía, en el aspecto sociológico —es decir, de lo que Kretschmer llamaba «*la medida externa de la anormalidad en las psicopátas*» (2)—, con lo que el psicópata pasa a ser, ante todo, un «*asocial*», concepto que, con razón, en mi criterio, ha rechazado Kranz, por considerarlo un mero juicio de valor, haciendo, de otro lado, extensiva esta crítica a la concepción de McCord, en el sentido de que con ella «se aplican a los psicopatas casi únicamente juicios de valor»; crítica que, sin embargo, ha tratado de paliar Kallwass, al oponer que la objeción de Kranz está imbuída de un malentendido, pues «por asociabilidad se constata únicamente la lesión objetiva general de las normas, siendo, pues, irrelevante si chocan también (tales conductas), contra valores». Ello no obstante, creo que la crítica de Kranz es algo más profunda e importante de lo que Kallwass ha querido ver, pues el sentido dado a la expresión «*infractor de normas*» —que el autor de este libro asigna como característica inherente a lo «asocial»—, comporta ya en sí mismo un juicio de valor, con lo que vienen en confluencia dos juicios axiológicos: el que implica toda norma y el que presupone la valoración de la infracción de la norma.

Consciente de la relatividad propia a tal característica, el *British Mental Health Act de 1959* ha evitado, al dar una definición de las psicopatías, en su sección 60 4.º, toda referencia al momento o aspecto social.

Concluye Kallwass la parte criminológica, dedicando especial atención a las tendencias pro-anglosajonas existentes en la actualidad en la ciencia:

(2) KRETSCHMER, E.: *Psychopathie nach inneren und äusseren Mabsstäben*, en *Mschkrim.*, 27 (1936), 339 y sigs.

médico-psiquiátrica alemana, terminado con un capítulo dedicado a las relaciones que existen entre las psicopatías y la criminalidad.

La parte dedicada a los aspectos jurídico-penales del problema aparece estructurada en dos secciones: una, relativa a la *responsabilidad jurídico-penal* de los psicópatas, y otra, a la problemática referente a la *sanción correcta* (entendida ésta en el sentido comprensivo de pena y de medida), y, por consiguiente, al debatido tema de los establecimientos especiales para psicópatas, anclando ambas cuestiones en la regulación que les dedica el Proyecto de Código penal de 1962 y el Proyecto Alternativo (1966), cuya preceptiva ha dado lugar, a fin de cuentas, a la reforma penal alemana de 1969.

Partiendo, pues, ambos proyectos de una neta posición indeterminista, el de 1962 se declara partidario de un Derecho penal de la culpabilidad —en forma más rígida, desde luego, que el Proyecto Alternativo—, y concibe la pena como portadora de «un juicio de valor ético sobre la conducta humana». La concepción que de la pena ofrece el Proyecto está tan íntimamente vinculada a su Derecho penal de la culpabilidad, que no debe resultarnos sorprendente que se proponga conservar la pena de reclusión (*Zuchthausstrafe*), a pesar de sus nocivos efectos con vistas a la resocialización del delincuente. Pues bien, el párrafo 24 del citado proyecto comprende junto a la llamada "*schwere seelische Abartigkeit*" o anormalidad psíquica grave, las demás anormalidades psíquicas graves (*schwere andere seelische Abartigkeiten*), siendo las primeras determinantes de la exclusión de la culpabilidad al hacer desaparecer la imputabilidad, mientras que las segundas —que comprenden las psicopatías, neurosis y perturbaciones del instinto—, deben ser consideradas como causas de atenuación facultativas.

El Proyecto Alternativo, en cambio, pese a declararse también partidario de un Derecho penal de la culpabilidad, es mucho más flexible en sus posteriores deducciones, por cuanto establece que en ningún caso la pena deberá sobrepasar la medida de la culpabilidad por el hecho, y ordena la atenuación obligatoria de la penalidad en los casos de *perturbación* que no determinen la ausencia de culpabilidad, rechazando, pues, el término anormalidad (*Abartigkeit*) —en el que va implícito un juicio de valor que lleva consigo una comparación—, por el más flexible de *perturbación* (*Störung*).

En materia de medidas, ambos proyectos optan, tratándose de personalidades psicopáticas, por la creación de establecimientos especiales, aunque *difieren*, ello no obstante, en sus conclusiones a este respecto. Así, el proyecto gubernamental mantiene los hospitales o asilos, junto a los establecimientos de preservación (*Bewahrungsanstalten*), de nueva creación, para los imputables disminuídos y los inimputables, conservando, por otro lado, el establecimiento de trabajo, el internamiento de seguridad, al lado del internamiento preventivo (*vorbeugende Verwahrung*). Con ello, viene a imponerse a los imputables disminuídos idéntica medida que a los inimputables: el internamiento en un establecimiento de preservación, si bien haciéndose variar el grado de intensidad en la ejecución de dicha medida; por lo que los establecimientos mencionados sólo acogen, al fin y a la postre, a una parte muy pequeña de los psicópatas, es decir, sólo a aque-

Allos a quienes se haya declarado judicialmente imputables disminuídos. Asimismo, y en esto sigue la línea de la más moderna dirección en materia de psicoterapia, la duración de la medida se establece por tiempo indeterminado.

Por el contrario, el Proyecto Alternativo centra más que el de 1962 su esfuerzos en procurar la resocialización del culpable. Ejecutándose, según su preceptiva, la medida de seguridad con anterioridad a la pena, la posibilidad de que, una vez ejecutada la medida, no se den los presupuestos para suspender el resto de la pena a prueba (a la libertad condicional denomina el AE 1966 *suspensión del resto de la pena = Aussetzung des Strafrestes*, terminología que ha aceptado la reciente reforma alemana), es mucho más reducida en el proyecto alternativo que en el oficial, pues la suspensión puede tener lugar después de haber expiado el culpable la mitad de aquélla; e incluso, puede, además, imponerse al reo la realización de un trabajo útil para la comunidad, en el caso de que no haya transcurrido todavía la mitad de la duración de la pena.

El equivalente a los establecimientos de preservación lo establece el Proyecto Alternativo en los denominados *establecimientos de terapéutica social*, a los cuales pueden ir a parar los individuos afectados por una carga psíquica grave, los reincidentes crónicos y los extremadamente peligrosos, siendo la novedad más importante, en relación con el E 1962, que también los psicópatas que hayan sido declarados imputables pueden ser internados en un establecimiento de esta naturaleza.

Así pues, según las previsiones del Proyecto Alternativo, pueden ser internados en un establecimiento de terapéutica social: los autores imputables o imputables disminuidos condenados a penas privativas de libertad; los autores que hayan delinquido por vez primera, siempre y cuando presten su consentimiento a dicha medida y, finalmente, la duración de la medida es limitada, estableciéndose en cuatro años y, en caso de reingreso, en ocho años como máximo, sin perjuicio de lo dispuesto para el internamiento de seguridad.

La mayor modernidad de la preceptiva de este proyecto se pone aún más de relieve si se toma en consideración que, para casos similares a los contemplados, en los que no se den, empero, los presupuestos para el internamiento en un establecimiento de terapéutica social, prevé el AE 1966 la posibilidad de una residencia en un establecimiento abierto o semiabierto, o en un asilo abierto o semiabierto, como una obligación de las inherentes al régimen de prueba anexo a la suspensión condicional de la pena (*Strafaussetzung zur Bewahrung*).

Concluye Kallwass dedicando un capítulo a la normativa de la Ley Federal de Asistencia social (*Bundessozialhilfgesetz*) y a la estructura estadística de algún establecimiento especial para psicópatas, como el *Henderson Hospital*, etc.

En resumen, es este un libro, en el que su autor ha logrado por completo el propósito de dar, en primer término, una visión actualísima de la problemática médico-psiquiátrica de las psicopatías y, en segundo, ha anclado de un modo perfecto el problema en sus vertientes jurídico-penales,



demostrando, además, cómo las soluciones deben buscarse por un camino distinto al recorrido hasta ahora por las sutilezas de la dogmática.

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMÁN

**NÚÑEZ BARBERO, Ruperto: «La reforma penal de 1870». Universidad de Salamanca, 1969.**

Este trabajo ha sido, entre los varios conmemorativos del Código de 1870, el primero en orden cronológico, pues fue publicado dentro del año 1969; y también en cantidad, pues es el más completo. Por ello, no obstante las recomendaciones y referencias hechas al mismo en el artículo del fascículo anterior de esta Revista, es indispensable hacer aquí una indicación y apreciación de conjunto.

El primer capítulo, bajo la rúbrica «Los precedentes históricos», relata los mediatos (Cód. de 1822 y vuelta a la Novísima Recopilación y al arbitrio judicial), y los inmediatos (Cód. de 1848 y reforma del 50). Precedido todo por la evidente estimación de los acontecimientos histórico-políticos en la elaboración de los textos legales.

En el segundo, sobre la formación del Código, nos da el autor mayor número de detalles que en cualquier otro libro de cuantos se publicaron bajo la vigencia del referido texto legal: las actuaciones de la Comisión de Codificación nombrada en 1856, cuya discrepancia con el Gobierno provisional de la revolución septembrina sobre el tratamiento de los delitos de imprenta, que en un primer momento se valoraron como comunes, determinó las reiteradas dimisiones de los componentes de aquélla; el nombramiento de una nueva Comisión de legislación, y por fin, la presentación del Proyecto por D. Eugenio Montero Ríos, Ministro de Gracia y Justicia. Luego, la Comisión de la Cámara precisó la necesidad de añadir determinados hechos punibles que sirvieran de garantía a los derechos individuales consignados en la Constitución y de freno a los ciudadanos que se aparten del cumplimiento de sus deberes. La Comisión decidió algunas modificaciones: la más importante, suprimir la pena de vigilancia de la autoridad.

La discusión en el Parlamento es tratada con detención: especialmente la intervención de D. Francisco Silvela, que calificó de tiránica la legislación de imprenta, especialmente la contenida en los artículos 582 y 583, que castigaban la provocación directa a perpetrar los delitos comprendidos en el Código. Tras lo cual aludió Silvela a los derechos de reunión y manifestación, así como al de asociación. Pues se consideraba reos de delitos contra la forma de Gobierno a los que en las manifestaciones políticas, reuniones públicas o sitios de numerosa concurrencia, dieran gritos «que provocaren aclamaciones directamente encaminadas a realizar algunos de los delitos contra la forma de Gobierno». Silvela llegaba a la conclusión de que el Gobierno se iba a ver en la necesidad de tener que llevar a la cárcel a las diez o doce mil personas que suelen acudir a estas reuniones o manifestaciones. Algunas de las consideraciones de Silvela —añade Núñez Barbero—,

no dejan de causar extrañeza, habida cuenta de las ideas conservadoras de dicho político. Más conforme se manifiesta Núñez con las intervenciones del diputado salmantino Sánchez Ruano, al que pertenece la conocida frase: «el Ministro... había discurrido el medio de poner con arte en una ley común: una ley especial de imprenta»; y quien dedicó particularmente atención al tema del desacato, pues la reforma que se daba a este delito se prestaba a abusos inevitables.

Tras la historia de su formación, se estudia en el capítulo tercero, las reformas políticas (entre ellas, los delitos contra la Religión y la no punición de los actos preparatorios).

El capítulo cuarto está dedicado a las reformas técnicas, viendo algún progreso en la supresión de los delitos de vagancia y de mendicidad; y considerando evidentemente como un progreso la supresión de la analogía en las circunstancias agravantes.

En las reformas humanitarias, elogia la supresión o abolición de hecho de las penas perpetuas, así como la supresión de la argolla y la de la pena de vigilancia de la autoridad, como igualmente que en ninguna infracción se conmine la pena de muerte como única. También es importante la solución del problema de la acumulación de penas al sustituir la acumulación material por la jurídica en el concurso de delitos. Y, entre otras, cita como menos feliz la nueva figura de delito constituida por el disparo de arma de fuego contra cualquiera persona.

El capítulo quinto trata de los principios informadores de la reforma y su orientación científica. Es el principio fundamental la expiación, lo mismo que en el Código de 1848. El del 70 es exponente del individualismo y del humanitarismo que caracterizaron el siglo decimonónico. El principio de la intimidación, que, junto con el retributivo, se manifestó en parte considerable en el del 48, no se encuentra tan acusado en el del 70. Particularmente, en lo referente a los delitos políticos, se encuentra una mayor benignidad. Lo que sí parece estar ausente en ambos es el de la enmienda. Ciertamente se emplea la clasificación de las penas en aflictivas, correccionales y leves, pero la corrección no existe propiamente más que en el nombre.

El capítulo sexto se dedica a la crítica. Si en la primera época del Código, hubo para él cálidos elogios, más tarde prosperó una crítica despiadada, no siempre justa. Con este motivo, Núñez Barbero analiza los casos expuestos en «El Código penal y el sentido común», de Elías Visllú (anagrama de Luis Silvela), y otros defectos que fueron poniéndose de manifiesto. Mas, para juzgar rectamente el Código de 1870, habremos de situarlo en la fecha de su nacimiento. Contenía muchos defectos, pero estaba, a juicio de Núñez Barbero, insuperablemente escrito y algunas de sus fórmulas son de técnica perfecta. Más tarde, su arcaísmo y espíritu expiacionista se fue moderando paulatinamente por sucesivas reformas o legislación complementaria: sobre condena condicional, libertad condicional y jurisdicción de menores. Pero el propio Código vigente es una reforma más o menos amplia de aquél, conservando sus bases esenciales y su estructura, «y ésto ha sido posible porque

«el viejo texto de 1870 se ha podido adaptar y acomodar, precisamente por su propia configuración, a las modernas exigencias».

Como ya se dijo en el fascículo anterior del *Anuario*, el amplio estudio de Núñez Barbero y las conferencias pronunciadas en la Academia de Jurisprudencia y Legislación por los Sres. Castejón, Del Rosal, Rodríguez Mourullo, Cobo, Latour y Olesa (que, en unión a otras referentes a la Ley provisional sobre organización judicial, se han publicado y se comentarán en otra recensión), son recomendables para el conocimiento de aquella venerable legislación, que, así como otras leyes del siglo XIX, han tenido la virtualidad de perdurar durante largo tiempo; prueba indiscutible de su solidez.

JOSÉ ANTÓN ONECA

**SERRANO GOMEZ, Alfonso: «Sustracción de vehículos en España». Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1970; 198 páginas, con prólogo de D. José Antón Oneca.**

Mientras que en algunos países aparecen con frecuencia estadísticas y publicaciones sobre criminología y sociología criminal, en el nuestro, este tipo de trabajos es muy escaso. Esto constituye, ya de por sí, una razón más para acoger con el máximo interés el presente libro, como señala Antón Oneca en el prólogo del mismo. Porque lo que actualmente está fuera de toda duda es que estos estudios son absolutamente necesarios para obtener el conocimiento más completo posible de los problemas que ha de contemplar la ordenación penal. El castigo y prevención de la criminalidad exige ante todo una información exhaustiva de la realidad empírica sobre la que se ha de operar. Por ello, consideramos esta obra de gran utilidad, tanto para los estudiosos de las ciencias criminológicas, como para aquéllos sobre quienes recaen las funciones de prevenir, perseguir y reprimir estos delitos.

El autor, tras una minuciosa labor de investigación, utilizando materiales de primera mano y componiéndose sus propias estadísticas, nos muestra clara y objetivamente los hechos, reservándose en ocasiones sus opiniones personales y evitando dogmatizar con exceso.

Señala acertadamente el rigor estadístico que puede conseguirse en esta materia, por la escasísima significación que puede tener en ella la criminalidad oculta. Es perfectamente comprensible que son muy raros los casos en que la víctima no denuncia el hurto de su vehículo —puede ocurrir, por ejemplo, por el infundado temor de que le sancionen por carecer de permiso de conducción—; y pueden compensarse con aquellos otros no menos excepcionales de personas que simulan haberles sido sustraído el vehículo —para cobrar la indemnización del seguro, eludir el pago de una sanción o conseguir la impunidad respecto de algún accidente causado—.

Se advierte la gran importancia de la cuestión a la vista de los datos que nos suministra: la sustracción de vehículos de motor en el año 1968 representa más del 11 por 100 del total de infracciones penales, y casi la cuarta parte de todos los delitos contra la propiedad. Por otra parte, si considerando

a todas las clases de vehículos de motor, el número total de infracciones se ha duplicado en cuatro años, desde 1966 hasta 1969; en cuanto a los automóviles de turismo, el aumento supone el 249 por 100. En 1969 el número de sustracciones fue de 28.659, y el de autores detenidos por los mismos hechos de 1.929; sin embargo, al comparar ambas cifras, se ha de tener en cuenta que la mayoría de los autores habían cometido varias sustracciones antes de ser detenidos.

También son muy interesantes, desde el punto de vista criminológico, los datos relativos a la localización de las zonas más afectadas por este tipo de criminalidad: entre Madrid y Barcelona se cometen el 55 por 100 de las sustracciones. Siguen Bilbao, Valencia, Sevilla, Zaragoza y las localidades costeras, mientras que la zona rural representa menos de la décima parte del total de infracciones.

En 1969 fueron sustraídos en Madrid 8.822 vehículos, lo que supone algo más de uno cada hora, y en Barcelona 6.968, uno cada setenta y cinco minutos. Estos delitos aumentan considerablemente durante los meses de invierno, mientras que en verano disminuyen de manera muy apreciable. La mayoría de las sustracciones se efectúan por la noche, entre las diez y las cinco de la madrugada.

Comprende la obra un amplio y agudo comentario a nuestra legislación al respecto, en el que es de destacar la abierta censura al párrafo tercero del artículo 516 bis del Código penal, con su desacertado plazo de veinticuatro horas, previsto para la agravación del hecho, contrario a la finalidad preventiva que debe contenerse en toda norma penal. Recuerda que ya a raíz de su implantación, con la reforma de 8 de abril de 1967, había pronosticado en una de sus publicaciones que este plazo motivaría un notable incremento de la cifra total de sustracciones, habida cuenta de que el delincuente que conozca este precepto preferirá apropiarse de un coche cada día que utilizar el mismo durante varias fechas. Además, el establecimiento de este término de veinticuatro horas, presenta otros dos inconvenientes de importancia: de una parte, el de las considerables dificultades en cuanto a la prueba de los momentos en que tuvieron lugar el apoderamiento y posterior abandono o restitución —con la posibilidad de que en el caso de sustracciones sucesivas de un mismo vehículo, el último autor sufra una agravación que no le corresponde—; y de otra parte, el grave defecto técnico que supone la imposición de la pena tomando en cuenta el valor real del vehículo, lo que resulta a todas luces injusto si se tiene en cuenta que se trata de delitos de robo y hurto del uso de la propiedad ajena y no de la propiedad en sí.

Como medio de mitigar el creciente aumento de esta forma de criminalidad, propugna la aplicación de las dos penas establecidas con carácter alternativo —arresto mayor y multa—, y el restablecimiento de la especial agravación prevista en las Leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962, para el caso de que se empleare el vehículo para cometer un delito o procurarse la impunidad. Aquí el móvil tiene una especial relevancia por la mayor peligrosidad que representa, lo que justifica sobradamente el aumento de la pena. Suele tratarse de delincuente habituales contra la propiedad que utilizan automóviles de propiedad ajena por las numerosas ventajas que ello les proporciona: fundamentalmente la mayor facilidad para desplazarse,

transportar los efectos sustraídos, pasar desapercibidos, y conseguir la impunidad en el caso de que sea anotada la matrícula. De quinientos autores detenidos por esta clase de infracciones, más de la décima parte habían efectuado la sustracción por las causas a que hacemos referencia, y la mayoría de ellos tenían antecedentes por la comisión de otros delitos contra la propiedad.

El 99 por 100 de los vehículos sustraídos son recuperados, aunque las dificultades para ello aumentan cuanto mayor es la ciudad y más elevado el número de automóviles estacionados en sus calles. El vehículo que es utilizado por el delincuente durante varias horas puede tardar semanas en ser encontrado. En este aspecto es muy importante la colaboración de su propietario, que de un vistazo puede reconocer su coche situado junto a otros de similares características. Para la víctima el daño aumenta cuantos más días se tarda en encontrar el vehículo, y por ésto, en los casos en que los autores faciliten a los propietarios los datos necesarios para la pronta recuperación, deberá apreciarse la atenuante de arrepentimiento espontáneo, que de esta forma podrá influir sobre los delincuentes, estimulándoles a comunicar el lugar del abandono del vehículo para beneficiarse de esta atenuación, consiguiéndose de rechazo una sensible disminución de los perjuicios causados.

Además del análisis sociológico de este delito en nuestro país, durante los años 1966 a 1969, inclusive, ofrece una minuciosa investigación sobre el comportamiento de mil grupos de delincuentes en la sustracción de vehículos de motor, de los detenidos durante el mismo período. Entre ellos, la pareja criminal representa más de las dos terceras partes, y los grupos de tres autores, algo más de un quinto del total, mientras que los formados por más de cuatro autores son muy poco numerosos.

Destaca sobre todo que se trata de un problema de delincuencia juvenil, puesto que el 88,1 por 100 de los autores son menores de veinticinco años, y los que tienen menos de veintiún años suponen las dos terceras partes del total. Los de edad inferior a los dieciséis años ocupan el 12,6 por 100, y los de dieciséis y diecisete años, el 23,2 por 100.

En atención a todas estas circunstancias, sugiere que el Código se limite a castigar el hurto de uso con carácter general, dejando la sustracción de vehículos de motor para una Ley especial que permita una mayor flexibilidad, al tomar en consideración la realidad criminológica y sus implicaciones. Muchos de los autores de estas distracciones no tienen conciencia de lo delictivo de su conducta, que estiman como simple acto de gamberrismo, y el imponerles condenas privativas de libertad puede originar el que se conviertan definitivamente en auténticos delincuentes.

Este fenómeno de no considerar su comportamiento como constitutivo de delito es frecuente en esta clase de infracciones, y se puede advertir mejor atendiendo a los fines que persiguen los autores en muchas ocasiones: pasearse con el vehículo, regresar a su domicilio, aprender a conducir, o presumir entre los amigos de que se sabe hacerlo, etc.

Aconseja, finalmente, una colaboración de toda la sociedad para disponer los medios encaminados a evitar la alarmante frecuencia de este género de infracciones: colocando dispositivos antirrobo eficaces, incluso imponiendo

a las fábricas de automóviles la obligación de hacerlo; procurando no dejar las puertas abiertas, ni objetos de valor en el interior; instalando buenas cerraduras, etc., y asegura que con la adopción de estas medidas disminuirían las sustracciones en más del 50 por 100.

Por otra parte, llama también la atención sobre el problema de las documentaciones de los vehículos, recomendando que se hagan de tamaño reducido para posibilitar que los conductores las lleven siempre consigo, ya que son muy numerosos los hurtos de permisos de circulación, y la proporción de recuperaciones es muy pequeña. Advierte asimismo de la facilidad que existe para cambiar las placas de matrícula y para alterar su numeración, por lo que aboga por su colocación en la propia carrocería del vehículo o soldada a la misma.

RAFAEL MOYA VALGAÑÓN

«Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal» (\*). Madrid, 1970; 327 páginas.

La primera parte de la obra está dedicada a la presentación de la Central de Observación Penitenciaria, creada por Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1967. Se encuentra en una de las salas del Centro de Detención de Hombres de Madrid (Carabanchel); consta de 44 celdas individuales, con servicios higiénicos independientes en cada una de ellas; economato, cocina, comedor, capilla, enfermería, locutorios, un patio, etc.

Para el trabajo en el mismo existen los despachos siguientes: Biotipología-endocrinología, psicología, criminología, psiquiatría, pedagogía, sociología, asistencia social; existe el laboratorio antropométrico, de fotografía, sala de electroencefalografía, la de radiografía y electrocardiografía, el laboratorio psicotécnico, la sala de reuniones y el local habilitado para conferencias y proyecciones.

El equipo técnico de trabajo lo componen: Un médico internista-endocrinólogo, dos médicos psiquiatras, un psicólogo, un sociólogo, un jurista criminólogo, un capellán especialista en Moral y un pedagogo. Hay, además, otro personal colaborador.

Comienza la segunda parte con los fines de la Central de Observación, entre los que cabe destacar: Efectuar un estudio científico de la constitución, temperamento, carácter, aptitudes y condicionamiento social del sujeto a tratar, en los casos en que hayan surgido dudas o dificultades en el Equipo de Observación o de Educadores que estudió o trató al interno; proponer la utilización en el tratamiento de métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, según la consideración de la personalidad individual de cada interno que sea examinado; proponer a la Sección de Tratamiento Penitenciario el Establecimiento a que debe ser destinado el indivi-

(\*) Esta obra ha sido elaborada por los componentes de la Central Penitenciaria de Observación —Carabanchel— Madrid. Sus autores son: Alarcón Bravo, Castillón Mora, García Ruiz, González Álvarez, Marco Purón, Rodríguez Gandul, Torres Sánchez y Velasco Escassi.

duo sometido a examen; promover y orientar el buen funcionamiento de los Equipos de los Establecimientos, resolviendo las dudas y consultas de carácter técnico que aquéllos le formulen; efectuar todos los trabajos que se le encomienden en relación con estos servicios.

El régimen y horario de los internos que van a ser sometidos a observación, por un período de tiempo que oscila entre uno y tres meses, es: tiempo de reposo, ocho horas; deportes y juegos deportivos, dos horas; clase y reuniones de grupo, seis horas; recreos, tres horas; labores habituales, dos horas, y tiempo libre, tres horas.

Se describen los diversos departamentos del Centro, con exposición del titular, contenido, método de trabajo y medios. Los Departamentos son: Medicina y Biotipología, Psiquiatría, Psicología, Pedagogía, Técnico Moralista, Sociología y Jurista-Criminólogo; para terminar con una descripción del sistema de trabajo conjunto.

La tercera parte está dedicada a la presentación de ocho casos que pretenden ser una muestra de los resultados obtenidos con el sistema de trabajo empleado por el Centro en el estudio de la personalidad criminal. Los casos, que son un estudio completo, recogen: Un parricida, violador, habitual de robo, multireincidente, delincuente profesional, delincuente contra la propiedad —homosexual—, delito de incendio —esquizofrénico— y tentativa de violación —deficiente mental—.

Nos encontramos ante una obra elaborada concienzudamente por un equipo que llega a resultados interesantes. Es un intento notable de hacer criminología científica, que de seguir por este camino constituirá una base sólida para el desarrollo de esta ciencia en España. Esperamos que Prisiones nos ha de aportar, junto con los autores de esta obra, más algún otro que no ha colaborado, otros investigadores en criminología. Esto se verá incrementado con la creación reciente del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias, a cubrir por universitarios que, además, acrediten conocimientos de especialidad en Criminología, Psicología, Psiquiatría, Pedagogía, Endocrinología, Sociología y Moral.

Se recogen en la obra una serie de datos para valorar el sistema de personalidad de Pinatel; sistema que, por otra parte, pensamos que debe evolucionar si no quiere ser desfasado. El libro, no presenta unas conclusiones, lo cual se justifica por estar escrito en plan de ensayo y con vistas al futuro.

El libro, en definitiva, expone un método de trabajo encaminado a determinar el sistema de tratamiento que se debe seguir con el penado. Ya en Estados Unidos se comienza a dar importancia y a tener en consideración estos sistemas de trabajo, especialmente por parte de los tribunales.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

# REVISTA DE REVISTAS

## ARGENTINA

**Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados**  
(publicado en el núm. 13, diciembre de 1970, pág. 42)

**RECUERDO DE LUIS JIMENEZ DE ASUA (19-VI-1889, 16-XI-1970).**

Por Enrique Bacigalupo.

Por sobre todas las cosas Luis Jiménez de Asúa ha sido un maestro. Repetir esto hoy en día es casi un lugar común, pues nadie ha dejado de hacerlo al referirse a este prócer del pensamiento jurídico hispano-americano. Lo que hoy queremos destacar, es por qué razones Jiménez de Asúa ha sido seguido en sus enseñanzas por los juristas españoles y americanos. Sólo encontramos un motivo: Jiménez de Asúa promueve, desarrolla y lleva a cabo una revolución copernicana en el Derecho penal y en las Ciencias Penales. En efecto, separa en lo metodológico la dogmática penal de la criminología y de esta manera introduce la idea de sistema en esta última. Esta idea del sistema del Derecho penal aparece en Jiménez de Asúa —por herencia de su maestro Franz V. Listz— ligada a la garantía del “nullum crimen, nulla poena sine lege”, o lo que se ha dado en llamar la concepción del derecho penal como Carta Magna del delincuente. Frente a aquellas construcciones imprecisas, confusas, con ideas iniciales borrosas, que regían en los tiempos de su juventud, Jiménez de Asúa opuso un derecho penal científico. Ya en el prólogo del “Derecho penal en Suiza” (1910) decía: “Discútese aún si en España ha habido Filosofía; lo que sí puede afirmarse es que, nunca ha existido una Escuela penal con verdaderos trazos, con positiva influencia en la marcha del saber mundial”. Jiménez de Asúa no tuvo, como decía Ortega y Gasset que tenía Goethe, una rica tradición para administrar con pulcritud. Tuvo que crearlo todo.

Pero además, su Derecho penal es una forma científica de desenvolver la garantía de la libertad. Por eso su obra, aparece siempre vigilante frente a la presentación de metodologías que llevaron encubiertas una destrucción de los principios ideológicos del derecho penal liberal. Y su famosa idea de que llegaría el momento en que el Derecho penal desaparecería bajo la criminología, que enunciara en sus años juveniles, lejos de implicar una violación de aquella convicción, es un auto de fe en el progreso infinito del hombre. Para Jiménez de Asúa la necesidad de la ley se funda en el uso arbitrario con que en este momento histórico los hombres pueden ejercer el poder. Pero llegará el momento en que existirá una sociedad tan perfeccionada que ya no tendrá sentido hablar de garantías porque faltarán las posibilidades del abuso.

Por detrás de esas enseñanzas había además el soporte de una conducta. Esa conducta, que hace unos días Héctor Masnatta puso al tope con bellas palabras al referirse a la labor del maestro como Abogado, era el reflejo de una convicción ética que propuso a todo intelectual y especialmente a los juristas: ni la ciencia ni el ejercicio de la abogacía están autorizadas a tergiversar el



valor justicia: "El abogado es un jurista. Debe, pues, ser justo" (El Criminologista, 2.ª serie, T. 1, pág. 16). La dogmática de Jiménez de Asúa es precisamente el intento de realizar un aparato conceptual que tiene por fin la justicia.

El método, la relación de éste con los valores y las bases éticas de la actividad del jurista tuvieron en Jiménez de Asúa un único móvil: la búsqueda permanente e incansable de la verdad. Por eso siempre sometió a constante revisión los resultados de su ciencia: "Sólo quienes se han fosilizado en sus tesis, seguirán rechazando cuanto de nuevo aparezca en las ciencias que aprendieron y que no renuevan...". "Creo firmemente, que todo científico deja de serlo cuando se enamora de sus doctrinas y las cree inmutables... y erige, en defensa de sus propias convicciones un íntimo Tribunal del Santo Oficio" (Prólogo a la 3.ª ed. del III tomo del Tratado de Derecho penal, Bs. As., 1965).

La pérdida de Jiménez de Asúa ha privado a la ciencia penal de habla hispana de la estrella de mayor magnitud que tuvo en su historia. Quienes seguimos sus huellas no podremos olvidar su palabra, su juicio seguro, el ademán preciso y esa hidalguía que pertenece a mitología hispánica y que él, como maestro, como científico y como hombre representó como nadie.

PASCUAL MENEU

## ITALIA

### Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

Año 1970, fascículo 2

**BARTULLI, A.:** "Tecnica di redazione del bilancio e norme incriminatrici". Págs. 297 y sigs.

El artículo 2.621, apartado 1, del Código civil italiano tipifica, entre otros comportamientos de comunicación falsa en el ámbito societario, la mutación de la verdad cometida por los administradores en la redacción del balance de ejercicio. Puede considerarse el balance, conforme a una discusión tradicional, como la representación objetiva del estado patrimonial de la sociedad, o por el contrario, como la aproximación a su situación económica, habida cuenta de la fluencia característica de la empresa. Ha de tener en cuenta el Derecho penal que la cuestión del balance exacto, o en su caso falso, no deja de estar en función de consideraciones valorativas. Ofrece Bartulli una exposición detenida de las particularidades técnicas que plantea la formación del balance, en relación con el derecho punitivo, y una imagen del tratamiento de este sector de cuestiones en el derecho comparado.

Los demás artículos se dedican a temas de derecho procesal penal. **GAIATI** escribe sobre *Divieto di deporre e falsa testimonianza*; **PEYRON**, acerca de *Primi bilanci sulla depenalizzazione*; **TONINI**, en torno a *Prova evidente e provvedimento giurisdizionale pregiudicante* y **RICCIOTTI**, por último, respecto

a *Osservazioni critiche sul disegno di legge per la riforma del Codice di Procedura Penale*.

## La Sculola Positiva

Año 1969, fascículo 4

**CORRERA, Michele:** "I fattori biologici della criminalità. La sindrome cromosomica". Págs. 533 y sigs.

El estudio ha sido publicado por Giuffrè (1970) como monografía independiente, con título idéntico. Trátese de una aportación informativa sobre el estado actual de las investigaciones concernientes a la relación hipotética entre aberraciones cromosómicas y criminalidad.

La discusión sobre los factores biológicos de la criminalidad, según Correrá, no ha cesado desde que Lombroso publicó su conocido libro. Ha sido solamente mitigada por la Criminología anglosajona, al acudir primordialmente al criterio sociológico como punto de vista interpretativo. En Europa, por el contrario, se tiende a la integración del dato biológico con la consideración del mundo circundante. La Criminología italiana ha tenido siempre presente la noción de predisposición, en un sentido diverso a la de fatalidad característica de la concepción radical del delincuente nato.

No hace mucho tiempo que viene acentuándose la hipótesis de que exista una relación entre anomalías cromosómicas y comportamiento criminal. El problema ha encontrado eco incluso en los Tribunales de Justicia. Como punto de partida, escribe Correrá sobre la imagen biológica de la estructura de la célula y de sus anomalías. Estas han sido denunciadas por el progreso de la técnica microscópica, que ha permitido poner de manifiesto que en el síndrome de Down, es decir, en la idiocia mongoloide, está presente una aberración cromosómica. Algo correlativo sucede en ciertos casos de retraso en el desarrollo sexual y del crecimiento de la mujer (síndrome de Turner) y de eunucoidismo en el varón (síndrome de Klinefelter). Se evidencia así la significación de la fórmula cromosómica en algunas alteraciones de la estructura psicosomática y de la conducta. Los sujetos gravados con un cromosoma suplementario Y (XYY) aparecerían con elevada estatura y propenderían al comportamiento agresivo.

Presenta el autor una exposición de las investigaciones cumplidas en este territorio. En el año 1965, Jacobs y sus colaboradores establecieron que de 197 criminales internados en el Hospital Estatal de Carstairs (Escocia), 12 presentaban una anomalía cromosómica; tenían 47 cromosomas 7 de ellos, con constitución sexual XYY; otro, 48 cromosomas y constitución sexual XXYY, en tanto que otro presentaba un mosaico celular XY-XXY. Los 3 restantes padecían anomalías estructurales. En consecuencia, 8 de los sujetos examinados eran portadores de un cromosoma suplementario Y, asociándose a esta situación su elevada estatura.

Otros estudios han conducido a conclusiones paralelas. Nielsen y colabora-

dores partieron de este último dato, es decir, de la estatura superior a 1,80 metros, y seleccionaron conforme a este criterio 26 pacientes de entre 1.180 internados en el Hospital psiquiátrico de Risoskov (Dinamarca). En 3 de ellos se encontraron 47 cromosomas y fórmula sexual XYY, con frecuencia del 13 por 100 en relación a los sujetos examinados y del 0,25 por 100 respecto a la población hospitalaria antedicha. Las conclusiones de Nielsen y su equipo indicaban que, a falta de prueba de otros factores causales, la desviación de personalidad y el comportamiento se relacionaba, en el caso de tales pacientes, con el síndrome XYY.

El estudio comentado, del que mencionamos tan sólo algunos particulares, tiene carácter expositivo. Ofrece una información bibliográfica amplia, constituida por hasta 166 títulos. No valora los hechos a que se refiere. Se limita a dar cuenta, a describir. Sólo al final pronostica la posibilidad de que el diagnóstico más exacto del sujeto criminal gravado con dicha anomalía pueda hacer factible un tratamiento más adecuado.

La revista se había ocupado del problema en ocasiones anteriores. (Vid. *La Scuola Positiva*, 1968, principalmente VERNET, *Cromosomi e criminalità*, págs. 551 y sigs., y LOMBROSO, G., *Il tipo del "delinquente nato" nel mondo criminale, è una realtà?*, págs. 564 y sigs.) Puede tener interés el retroceso hacia el estudio citado en primer lugar y ofrecer sus conclusiones, en lo que tienen de más representativo o característico. Afirmaba el Padre Vernet que el estado actual de las ciencias humanas impide reducir a un factor único la explicación del delito, dada la complejidad causal del comportamiento humano, y que el descubrimiento de las aberraciones cromosómicas constituye una explicación parcial de las observaciones de Lombroso y otros antropólogos. Por lo que se deduce de la investigación llevada a cabo hasta hoy, sin embargo, tal anomalía alcanza solamente a un pequeño sector de la criminalidad (menos del 1 por 100 de los delincuentes). La tendencia al acto, afirmaba dicho autor, no implica su fatalidad, y aun admitiendo que una anomalía cromosómica puede producir perturbaciones del carácter y del comportamiento, debe tenerse en cuenta que con ello se aporta solamente un nuevo dato que añadir a los demás criterios demostrativos de que el 30 por 100 de los condenados a penas largas privativas de libertad poseen significado para la psiquiatría.

**VERNET, Joseph, S. J.:** "Un suicidio all'ora". Págs. 594 y sigs.

Produce el suicidio un número de víctimas equivalente al del tráfico automovilístico. Los datos publicados por la Organización Mundial de la Salud, referentes a 25 países con población conjunta de 400 millones de habitantes, informan de que 72.000 personas acuden anualmente al suicidio. La cifra indica una relación de 18 por 100.000 que coincide con la estadística francesa. Situaciones conflictivas, motivación y datos socioculturales influyentes en la epidemia suicida denunciada en el trabajo, son analizados con referencia a la variedad de actitudes suicidas (espectaculares, secretas, colectivas, juveniles, etcétera).

## La Giustizia Penale

Año 1970, fascículo 2

**MORSELLI, E:** "La valutazione dell'osceno nei delitti contro il pubblico pudore". Parte II. Col. 129.

Dos decisiones jurisdiccionales recientes han suscitado en Italia la cuestión de la constitucionalidad de los tipos que incriminan el comportamiento obsceno y las publicaciones y espectáculos obscenos. En ambos delitos —artículos 527 y 528 del Código penal— el concepto de obscenidad adquiere importancia central. El planteamiento de la excepción de anticonstitucionalidad se apoya en que la característica típica "obsceno" adolece de un grado de indeterminación que le hace incompatible con la concepción del principio "nullum crimen sine lege" correspondiente al artículo 25 de la Constitución (una concepción moderna, por tanto, del principio de legalidad que no guarda mucha relación con la forma que adopta su estudio en España).

Morselli entiende que el planteamiento de dicha excepción carece de fundamento. La noción de obscenidad es sólo uno de tantos elementos típicos normativos contenidos en la parte especial, cuya determinación se remite a la valoración judicial con arreglo a un juicio acerca de la inadecuación social del acto. Los tribunales de instancia y la Casación italiana han seguido caminos diversos para su precisión. Encarna en ésta el criterio rigorista, en cuya base se halla la idea de la inmutabilidad ontológica de los valores morales, vinculada a posiciones iusnaturalistas, prevalentes sobre el suceder social. En aquéllos, una mentalidad más historicista, que afirma la mutabilidad del valor y la fuerza normativa de los usos. La disputa se remonta a la Escolástica, pero el Derecho no puede ni tiene por qué soportar estas dependencias, no tiene por qué decidirse en aquella o en esta dirección, patrocinando una represión excesiva o una laxitud incluso inmoral. A juicio del autor, el método tradicional con que se aborda el problema conduce a un callejón sin salida, ante lo cual opta por un enfoque subjetivo de la ofensa al pudor, de lo obsceno, donde el dato psicológico se eleva a concepto rector: un camino en el que ya resulta difícil seguir a Morselli, que efectúa, sin embargo, consideraciones acertadas en contra de la utilización del desacreditado principio del *dolus in re ipsa* en esta materia y exige la precisión judicial de la voluntad ofensiva del pudor y el análisis de esa voluntad para producir una selección de aquellos comportamientos nutridos por un coeficiente psicopatológico, en la línea de la inimputabilidad del autor.

El resto de las colaboraciones o tienen menor interés o se dedican a cuestiones procesales.

### Fascículo 3-4

**D'ANGELO, A.:** "L'adulterio e la Corte Costituzionale". Parte I. Col. 97.

Con las dos sentencias de 19 de diciembre de 1968 (números 126 y 127), modificaba la Corte Constitucional italiana la disciplina jurídica, penal y civil,

del adulterio. En la segunda, se declaraba la anticonstitucionalidad del artículo 151, párrafo 2, del Código civil, que considera el adulterio del marido causa de separación —al contrario que el de la mujer— sólo cuando constituye para ésta una injuria grave. El Tribunal Constitucional entiende que no pueden desprenderse consecuencias diversas de una misma conducta a causa de que se realice por el marido o la mujer.

Más importante resulta, a nuestros fines, la sentencia número 126, con la que se elimina el adulterio del repertorio de las conductas punibles. La situación italiana era diversa para cada cónyuge, y semejante a la española en su línea fundamental, al ser objeto de incriminación el adulterio de la mujer y sólo el concubinato del marido. El planteamiento de la excepción de anticonstitucionalidad surge con base en el artículo 3.º —igualdad de los italianos ante las leyes— y en el 29.º —igualdad moral y jurídica de los cónyuges— de la Constitución. Ofrece D'Angelo una visión crítica de los argumentos aducidos por las dos resoluciones respecto a la disparidad de tratamiento de los cónyuges en lo concerniente a la infracción del deber de fidelidad.

**MUSCOLO, P.:** "Sui limiti di leicità nella cardiocirurgia e sulla carenza delle regole mentazioni". Parte I. Col. 65.

El estudio contiene una información cuidada y extensa de la situación del derecho comparado en torno al trasplante de órganos, con alusión a Suiza, Austria, Francia, Japón, Polonia y España, así como referencia a las discusiones sobre el diagnóstico de la muerte y la disciplina jurídica de los trasplantes en el área italiana. El autor sugiere la conveniencia de una reglamentación de los puntos más delicados en esta materia, cual son el consentimiento de donante y receptor, la autorización para la obtención inmediata de los órganos de personas fallecidas accidentalmente, la determinación del momento de la muerte y la utilización de cualquier parte del cadáver con el fin de ser trasplantada a otra persona.

Entre otros trabajos, hay que mencionar los dos siguientes: FAVINO, G., *Potenziali sviluppi della depenalizzazione*, parte I, col. 108. SPIZUOCO, R., *Accertamento dell'attualità della resistenza legittima*. Parte II. Col. 378.

ANGEL TORIO

## VENEZUELA

**RELACION CRIMINOLOGICA**, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, enero-junio, 1970, núm. 4, año III.

**FERRACUTI, F. y WOLFGANG, M. E.:** "Criminología Clínica". "Criminología Sociológica". Págs. 11 y sigs.

Se plantea el problema de competencia de la Criminología Clínica y Sociológica, que no está perfectamente determinada, ya que los investigadores no se ocupan de su verdadera materia, así: el criminólogo científico suele ser

un sociólogo, mientras el clínico es un psicólogo. Estos se ocupan más de lo práctico que de lo científico, haciendo aquéllos lo inverso. Por otra parte ambos pertenecen a círculos profesionales diferentes y no suelen trabajar conjuntamente. Esto perjudica la buena marcha de las investigaciones criminológicas.

**QUINTERO MORENO, R.:** "Un nuevo Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena". Páginas 67 y sigs.

El 3-10-68 se sancionó la Ley que aprueba el Convenio, que fue firmado en Nueva York en 1958. Se recogen los artículos más importantes donde se sanciona la inducción, explotación, corrupción, proxenetismo, celestinaje, etcétera, así como la tentativa y los actos preparatorios. Finalmente, el artículo 16 establece que las Partes en el Convenio se comprometen a adoptar medidas de prevención, rehabilitación y adaptación social de las víctimas. Se determina el cierre de establecimientos donde se explote la prostitución, y hay una agravación de la pena cuando la víctima es menor de 18 años o el culpable sea ascendiente, marido o tutor.

**CERRADA, J.:** "Prevención de la delincuencia". Págs. 153 y sigs.

La criminalidad no es un fenómeno ocasional, sino que se encuentra condicionado por una serie de factores influyentes. La industrialización de los países supone una dificultad en cuanto a la posibilidad de poder determinar los valores que han de regir la conducta de los individuos. Venezuela, como toda latinoamérica, se encuentra ahora en un proceso de industrialización, y de ahí su futuro incierto en cuanto a la criminalidad, agravada por los movimientos migratorios interiores de la zona rural a la urbana. La prevención se obtendría, dice el autor, desarrollando la organización y participación de la comunidad, la cooperación social y el fomento de solidaridad entre los grupos.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

# NOTICARIO

## NUEVOS CATEDRATICOS

Ha sido nombrado Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, don José Cerezo Mir y Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo, don Rodrigo Favio Suárez Montes. Ambos han sido colaboradores de esta Revista y eran respectivamente profesores agregados en las Universidades de Valencia y Sevilla.

## CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAISES HISPANO-LUSO-AMERICANOS Y FILIPINAS

Con motivo de celebrarse el Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a iniciativa del Gobierno español, se celebró en Madrid, del 16 al 19 de septiembre de 1970, la *Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos y Filipinas*, a la que asistieron representantes de los Gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Filipinas, Guatemala, Haití, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, habiendo sido elegido presidente de la Conferencia el Ministro de Justicia de España, don Antonio María de Oriol y Urquijo, y vicepresidentes, los Ministros de Justicia de Argentina, don Jaime Perriau, y de Brasil, don Alfredo Buzaid.

Las materias sobre las que versaron las actividades de la Conferencia fueron concretadas en los puntos siguientes:

### A) *Estudios y proyectos pre-legislativos.*

Afirmándose la necesidad de los estudios de Derecho comparado, entendido como una acción dirigida al conocimiento mutuo y al acercamiento ante los diversos derechos nacionales, se puso de relieve cómo la elaboración de proyectos pre-legislativos (en la conciencia de que la mayor parte de los proyectos de Ley que suelen elaborar los organismos competentes en los distintos países no suelen llegar a concretarse en realidades legislativas) adquiere cada día mayor importancia, requiriendo, además, la asistencia técnica de organismos calificados para ello. Si, de otro lado, se tiene en cuenta que, muchas veces, la preceptiva de dichos proyectos ofrece un interés mayor que la propia ley —que ha supuesto modificaciones al proyecto—, resulta obvio la necesidad de conocer tales proyectos pre-legislativos a través de un mecanismo que haga desaparecer las dificultades que existen en la actualidad para acceder a su estudio. A tal efecto, se estima conveniente que el contacto entre los países de habla castellana con vistas a la preparación de proyectos de esta especie se encomiende a un organismo idóneo, por lo que en España, dicho cometido se atribuye a la *Comisión General de Codificación*.

B) *Información sobre el Derecho vigente y su aplicación.*

Habida cuenta de que la aplicación de los distintos derechos nacionales suele, en la actualidad, trascender más allá de las demarcaciones territoriales propias de cada Estado, se conviene en la necesidad de llevar a cabo una acción orientada a través de los acuerdos oportunos firmados por los Estados particulares, en el sentido de proporcionar información y conocimiento del derecho positivo de los países respectivos. Así pues, y como necesidad derivada del acuerdo tomado en torno a la utilidad del conocimiento de los proyectos pre-legislativos se insiste en la conveniencia —siguiendo, en este punto, la línea de la llamada “*Convención Europea en materia de la información sobre el derecho extranjero*”, firmada por los Estados miembros del Consejo de Europa—, y utilidad del conocimiento del Derecho comparado, debiendo, a este fin, realizarse un montaje práctico que facilite los elementos para dicho conocimiento.

C) *Programas y experiencias sobre los métodos utilizados por los respectivos Ministerios de Justicia.*

Teniendo en cuenta la universal aceptación de los principios y técnicas de la organización científica del trabajo (conocidos hoy con el nombre de Organización y Métodos de Trabajo) dentro del normal funcionamiento de la Administración pública, parece muy conveniente en la actualidad el intercambio de información en este campo, estableciéndose, a este respecto, unos puntos básicos sobre los que pueda concretarse dicho intercambio.

1) La estructuración de los órganos, su competencia y funciones; las unidades necesarias para desarrollar las actividades precisas, determinando en estas su nivel, subordinación y relaciones, y estableciendo la debida separación entre las de función ejecutiva u operativa y las de asistencia técnica, cooperación y estudio.

2) Los elementos humanos precisos para llevar a cabo las tareas adecuadas en relación con las actividades de las unidades donde queden encuadrados; señalar sus condiciones y conocimientos, estableciendo los oportunos niveles, etc.

3) Determinar los medios materiales y sistemas de trabajo adecuados, procurando en lo posible unificar unos y otros. Aquí puede aparecer la conveniencia de la *mecanización* de algunos de ellos, teniendo en cuenta que esta puede ser contemplado desde dos aspectos distintos: el primero, referido a la utilización, como medios auxiliares, de aquellas máquinas que sustituyen con ventaja al trabajo humano más simple (obtención de copias, reproducción escrita de la palabra hablada, procedimientos de escritura rápida, etcétera...). El segundo aspecto, mucho más interesante, radica en la posible aplicación de los métodos actuales del tratamiento de la información por medio de la técnica electrónica. Piénsese en la posibilidad utilísima de mecanizar, mediante el sistema de procesadores electrónicos, tanto los servicios comunes de toda actividad administrativa —confección de estadísticas—, como las registrales, etc...



4) Finalmente, el perfeccionamiento de las comunicaciones entre los distintos órganos.

La racionalización, pues de los problemas administrativos es perfectamente viable dentro de la Administración de justicia.

D) *Métodos y sistemas penitenciarios.*

En este campo, en el que va adquiriendo carta de naturaleza el concepto de tratamiento, en el sentido de asignar a la pena una función reeducadora del individuo, se pone aún más de relieve la necesidad de intercambiar las experiencias obtenidas en los distintos países, pudiéndose, a tal efecto, concretarse dicho intercambio en los puntos siguientes:

- 1.º Selección y formación del personal penitenciario.
- 2.º Estudio del sistema de observación y clasificación penitenciaria.
- 3.º Análisis de los resultados del sistema progresivo de ejecución.
- 4.º Observación del régimen y tratamiento de reclusos.
- 5.º Análisis valorativo de la redención de penas por el trabajo.

E) *Sistemas de fe pública notarial y organización y funcionamiento de los Registros de las personas y de los bienes. Eficacia de las certificaciones registrales.*

Fue éste el último tema objeto de las deliberaciones de la citada Conferencia, haciéndose, a este respecto, hincapié en la necesidad de procurar la mayor armonía entre los sistemas legislativos en el aspecto registral y de buscar la uniformidad en las propias certificaciones.

Como resultado de las deliberaciones de la Conferencia fue elaborada un *Acta* final, aprobada por todos los asistentes, se acordó denominarla

#### DECLARACION DE MADRID

*Primero.*—1.º Con el fin de conseguir una efectiva cooperación en el orden jurídico, y en el ámbito que es propio de los Departamentos de Justicia, se adoptó el acuerdo de que la “Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos y Filipinas” se constituya con carácter permanente, y se reúnan cada dos años.

2.º La Conferencia estará integrada por los Ministros de Justicia, los titulares de los Departamentos ministeriales que, conforme a la legislación de cada país, asuman los cometidos de aquellos, o, en su caso, los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia, cuando les estén atribuidas las funciones de organización y administración del servicio de Justicia, en los respectivos países.

3.º Se crea una “Comisión Delegada” que estará compuesta, por España, a la que se designa miembro permanente, y otros cuatro países que serán elegidos en cada Conferencia entre los asistentes a ella.

4.º Con sede en España, se crea la Secretaría permanente de la Conferencia. Estará compuesta por un Secretario General, un Secretario adjunto

y el personal técnico y auxiliar preciso, y tendrá como cometido: prestar asistencia a la Conferencia y a la Comisión Delegada; ejecutar, en su ámbito propio, los acuerdos que aquéllas adopten; ordenar y custodiar el archivo y la documentación; coordinar los trabajos de los órganos técnicos que cada país designe al efecto; facilitar información y, en general, los que la Conferencia o la Comisión le encomiendan.

5.º Cada país miembro designará o, creará en su caso, un órgano nacional que con carácter permanente tendrá a su cargo las relaciones con la Secretaría permanente.

*Segundo.*—La Conferencia recomienda:

1.º Establecer la cooperación precisa en el intercambio de información sobre estudios prelegislativos.

2.º Teniendo en cuenta que la información sobre el Derecho vigente en cada país, especialmente a los efectos de su aplicación en otro, exige, por su complejidad, el establecimiento de un acuerdo en el que se regulen sus particularidades, dar carácter prioritario a dicho estudio en la agenda de la próxima reunión. Conviene igualmente que dicha información, en la medida de lo posible, se extienda a la jurisprudencia y a la doctrina científica.

3.º Aplicar las técnicas de Organización y Métodos en las materias propias de la Administración del Servicio de Justicia, e incluso en la ordenación de los procesos judiciales, y, en su consecuencia, intercambiar información. Esta comprenderá también la referente a los métodos de estudio y elaboración de los Anteproyectos y Proyectos legislativos.

4.º Establecer programas de cooperación sobre métodos y sistemas penitenciarios y especialmente acerca de:

a) Selección y formación del personal penitenciario, incluso mediante intercambio de personal.

b) Sistemas de valoración de los efectos producidos, por las penas o medidas adoptadas, tanto en las fases de instrucción y debate judicial como en la ejecución, a fin de obtener la más correcta individualización en el tratamiento de los sujetos a ellas.

c) Análisis de los resultados obtenidos referidos tanto a las penas privativas de libertad como a aquellas otras penas o medidas que no tengan tal carácter.

d) Análisis valorativo de los sistemas de trabajo penitenciario, así como de la problemática general de la redención y reinserción social.

5.º Conseguir una cierta armonización en las normas e instituciones extrajudiciales que tienden a asegurar la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y de los derechos que son su consecuencia, a fin de lograr su eficacia en los diversos países, procurando una mayor agilidad y simplificación de las certificaciones registrales y demás documentos, llegando incluso, en cuanto sea posible, a la utilización de modelos uniformes.

6.º Estudiar en la próxima sesión un sistema uniforme de cooperación judicial, especialmente en cuanto al cumplimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia de los países hispano-luso-americanos y Filipinas.

*Tercero.*—La Conferencia toma nota y agradece vivamente la invitación formulada por varios países asistentes para organizar la segunda reunión, y encomienda a la Comisión Delegada su estudio y propuesta.

*Cuarto.*—La Conferencia reafirma su convencimiento de que sólo el imperio del Derecho y de la Justicia puede garantizar a los pueblos el adecuado desarrollo en una convivencia pacífica; condena todas las manifestaciones de violencia y considera de la máxima urgencia, mediante la cooperación entre los países, adoptar medidas para poner fin a los actos que, como el secuestro de personas y aeronaves, constituyen graves atentados contra la vida y la libertad de las personas y contra la Comunidad internacional; asimismo, condena las nuevas formas de delincuencia, la corrupción organizada y el tráfico y consumo ilícito de drogas y estupefacientes. Los países miembros se comunicarán, en cuanto sea posible, los estudios, proyectos y medidas que tiendan a prevenir o reprimir tales hechos.

P. L. YÁÑEZ ROMÁN

#### VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DEFENSA SOCIAL PROGRAMA

Bajo el alto Patronato del Ministro de Justicia francés, M. PLEVEN, se celebrará en París, del 18 al 22 de noviembre de 1971, el VIII Congreso Internacional de Defensa Social.

Su tema general será "Las Técnicas de la Individualización Judicial".

Los dos primeros Congresos Internacionales de Defensa Social (San Remo 1947, Lieja 1949) estudiaron de una manera general la transformación de los sistemas penales actuales en sistemas de prevención y de tratamiento fundados en la personalidad del delincuente y las relaciones de esta personalidad con las exigencias de la Sociedad y la protección de los derechos del Hombre. El tercer Congreso (Amberes, 1954), dejando el terreno de las generalidades, abordaba el problema esencial de la "individualización de la sentencia y de la ejecución" considerado desde el punto de vista de la observación (que debía ser a la vez el objetivo y el resultado) y de la resocialización. Las resoluciones del Congreso insistían en consecuencia sucesivamente sobre: a) La organización cualitativa de una observación científica. b) La integración de esta observación en el proceso judicial (particularmente por la eventual división del proceso penal en dos fases). c) Las condiciones y los medios de una individualización post-judicial en la fase de la ejecución.

El Congreso de 1971 tiene como tema "Las Técnicas de la Individualización Judicial". Esto supone decir ya que no se afronta sino el segundo punto (b) del Congreso de Amberes. Precisa subrayar, además, que a este respecto el Congreso de 1954 se había planteado sobre todo la cuestión, entonces nueva, de la división del procedimiento. Sería deseable apartar este problema de los debates de 1971, en primer lugar porque después ha sido largamente discutido (últimamente por el Congreso Internacional de Derecho Penal de Roma en 1969), y además porque se correría el riesgo de hundir el Congreso en estériles controversias que nada nuevo aportarían.

Siendo así se puede comprender que el tema versa sobre los medios téc-

nicos de realizar una individualización judicial verdadera durante el curso del procedimiento penal. "El proceso penal" serán entendido en el amplio sentido que le da la Defensa Social: Desde su apertura hasta la extinción de las últimas medidas de ejecución. No deberá, pues limitarse el tema al *sentencing*, en el sentido técnico inglés de la palabra, que ya fue objeto del último Coloquio inter-asociaciones de Bellagio. Es necesario además y sobre todo mantener en el examen del tema escogido, el carácter pluri-disciplinal propio de los Congresos de Defensa Social. Los juristas tendrán que investigar así como el Derecho Penal (general y especial) puede ser considerado o tratado para realizar, en el campo del procedimiento, esta individualización judicial: Se trata, pues, tanto de política criminal como de la técnica jurídica propiamente dicha. Este proceso penal de individualización suscita igualmente cuestiones que deben examinar por su parte los sociólogos, de una parte, y los médicos, los psiquiatras y los psicólogos de otra, especialmente desde el punto de vista de la política criminal. En fin, este mismo proceso penal, en tanto que se propone asegurar a la vez la protección de la Sociedad y la protección del individuo, incluso delincuente (con miras a su reinserción social ulterior), es la base y el punto de partida de un proceso penitenciario que la Defensa Social no concibe nunca como radicalmente separado de la fase judicial. Así se explica que se recurra a los presentados de las diversas Ciencias del hombre para esforzarse en obtener las técnicas procesales de la individualización durante el proceso penal más allá, claro es, de las técnicas de individualización neoclásicas, pero igualmente más allá de los problemas examinados por el Congreso de Amberes de 1954.

Para aplicar al delincuente una verdadera política de "defensa social", es necesario establecer no sólo las condiciones en las cuales el delito fue cometido, sino sobre todo la personalidad del delincuente y la posibilidad de su reinserción en la vida social, teniendo en cuenta sus recursos morales y psíquicos.

El juez penal deberá pues esforzarse por conocer la constitución biológica del delincuente, sus reacciones psicológicas y su situación social; precisa, en resumen, profundizar el *examen científico de la personalidad del delincuente*. En efecto, únicamente la observación científica del acusado y del condenado puede permitir la aplicación de medidas adecuadas a su personalidad.

El fin del Congreso es evaluar los medios técnicos gracias a los cuales es posible aplicar al delincuente el tratamiento más idóneo de "recuperación social", recurriendo a las ciencias, sean médicas, sociales o criminológicas, así como a las que son más estrictamente jurídicas.

Se trata de definir más exactamente estos medios y de precisar su valor práctico, tratando de identificar todos los procedimientos ofrecidos anteriormente por la técnica moderna para el examen de la personalidad y para la selección de las medidas más apropiadas para asegurar su reinserción en la vida social.

Para que el juicio científico sobre el delincuente sea total, bueno será hacer cuatro exámenes: *Biológico, social, psicológico y psiquiátrico*. El Congreso deberá pronunciarse sobre lo que, en estos terrenos, los descubrimientos más recientes de la ciencia señalan como factores criminógenos y sobre los remedios que pueden ser sugeridos. Así, a título de ejemplo, a propósito de la génesis biológica de la criminalidad, desde hace tiempo algunos especialistas de diversos países

señalan que es posible que el comportamiento antisocial y criminal, caracterizado por manifestaciones de una grave violencia, sea determinado o al menos influenciado por particulares anomalías cromosómicas, consistentes en la presencia de un "Y" suplementario (X Y Y). En la medida en que estos resultados son suficientemente dignos de fe, se podrá apreciar la manera de utilizarlos a los fines de la individualización judicial.

Una vez establecida la necesidad de realizar estos exámenes siguiendo formas determinadas relativas a la individualización judicial, precisa velar porque tales exámenes y las medidas a adoptar no violen el *principio de legalidad* y no atenten a la dignidad de la persona humana. Se recomienda a este fin dar al Juez indicaciones sobre los factores que deben ser objeto del examen y precisar el alcance y los límites del examen de personalidad. He aquí las secciones del Congreso.

- I. SECCION JURIDICA.—Presidente: M. Hans-Heinrich JESCHECK, Profesor de la Universidad de Friburgo, Director del Instituto Max-Planck (República Federal Alemana). Ponente: M. Pietro NUVOLONE, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Milán (Italia).
- II. SECCION CRIMINOLOGICA.—Presidente: M. Thorsten SELLIN, Profesor honorario de la Universidad de Pensylvania, Presidente de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria (Estados Unidos de América). Ponente: M. V. N. KOUDRIAVTSEV, Director del Instituto de estudios de las causas de la criminalidad y de elaboración de medidas de prevención (U. R. S. S.).
- III. SECCION PENITENCIARIA.—Presidente: M. Paul CORNIL, Secretario general honorario del Ministerio de Justicia, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Bruselas (Bélgica). Ponente: M. Torsten ERIKSSON, Consejero interregional para defensa social, Instituto de Investigación de las Naciones Unidas sobre Defensa Social; ex Director General de la Administración Penitenciaria de Suecia.
- IV. SECCION MEDICO-BIOLOGICA.—Presidente: M. Bernardo BEIDERMAN, Director del Instituto de Investigaciones Criminológicas y de Derecho Penal comparado de la Universidad y del Museo Social Argentino de Buenos Aires (Argentina). Ponente: M. Denis SZABO, Profesor de la Facultad de Ciencias Sociales Económicas y Políticas de la Universidad de Montreal, Director del Centro Internacional de Criminología comparada (Canadá).

SESION DE CLAUSURA.—Ponente: M. Georges LEVASSEUR, Profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de París.

El Secretariado General tiene su sede en el CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, Piazza Castello, 3, Teléfono-870 816, 870 695. MILANO (ITALIA). CABLE DIFESASOCIALE MILANO hasta el 1 de nov. 1971, y después CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARE, 28, rue St. Guillaume (PARIS). Tel. 2 22 35 93.

## EL DECANO THEO COLLIGNON HA MUERTO

El ex Decano de la Orden de los Abogados de Lieja y ex Presidente de la Federación de Abogados belgas, murió el 18 de noviembre de 1970 en su propiedad de Spa (Bélgica). Por su avanzada edad, en febrero de 1967 tuvo que dejar sus actividades profesionales, que inició en 1909.

Dotado de una personalidad arrolladora, singular dinamismo y entusiasmo por su profesión dedicó sus mejores energías a servirla, especialmente desde los más altos cargos a que le elevó la elección por sus colegas.

Gran orador, entusiasta de una nueva defensa social humanista, pronunció numerosas conferencias en el extranjero, especialmente sobre profilaxis y política criminal, defensa social, la profesión de Abogado, etc., etc. En España ocupó repetidas veces las tribunas de los Ilustres Colegios de Abogados de Valencia y Madrid y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que le otorgó el título de Académico Honorario.

En el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos disertó el 25 de abril de 1960 sobre el fundamento y campo de acción de la profilaxis criminal, insistiendo en un tema de su predilección, la necesidad de un tratamiento adecuado a la personalidad del individuo, encaminado a mitigar sus tendencias antisociales, recordando los trabajos de los Congresos Internacionales de Defensa Social y especialmente del segundo, que organizó y presidió en Lieja, en el año 1949 (1).

Para COLLIGNON la concepción de un Código penal que asegure por sí solo la defensa social estaba periclitada y así lo sostuvo en nuestra casa y en múltiples trabajos publicados en las principales revistas extranjeras.

Entre sus obras destacan la "Iniciación al ejercicio de la Abogacía", traducida a varios idiomas y cuya edición española prologó don Nicolás Pérez Serrano (traducción de la 2.<sup>a</sup> edición belga por I. PEIDRO PASTOR, Madrid, Reus, 1952). Y los comentarios a la ley belga de Defensa Social en colaboración con RAUL VAN DER MADE.

El año 1960 los colegas belgas le dedicaron un homenaje con motivo de sus bodas de oro con la profesión, organizado por la Asociación de Colaboradores y Pasantes del Decano COLLIGNON, al que se adhirió, entre otros el ilustre Colegio de Abogados de Barcelona por acuerdo que en 12 de enero adoptó su Junta de Gobierno.

Sería interminable la relación de actividades culturales, profesionales o académicas del Decano COLLIGNON, de sus publicaciones, de su activa participación en Congresos y Conferencias.

Amigo de España, cuidó de invitar a las corporaciones forenses españolas a diversos Congresos y Asambleas celebradas en su país, cual la conmemoración del LXV Aniversario de la Federación de Abogados belgas.

La edición madrileña de su obra la dedicó generosamente "a los universitarios españoles".

Al Decano COLLIGNON se debió también la organización en París, en 1959, del I Congreso Internacional de Profilaxis criminal.

Descanse en paz.

(1) Véase Pascual MENEU: *El II Congreso Internacional de Defensa Social*, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", marzo de 1950.

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXIII

## FASCICULO III

Septiembre - diciembre MCMLXX

### Sección Doctrinal

	<i>Páginas</i>
<i>La obra penalista de Jiménez de Asúa</i> , por José Antón Oneca ...	547
<i>La atenuante de preterintencionalidad</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo ...	555
<i>Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico</i> , por José Cerezo Mir ...	581
<i>Motivo y ocasión en el robo con homicidio</i> , por Angel Torío ...	605
<i>Las embarcaciones deportivas a motor, origen de nuevas manifestaciones criminosas</i> , por José Luis Meseguer Sánchez ...	625

### Crónicas extranjeras

<i>Los abogados argentinos contra la pena de muerte</i> , por Pascual Meneu ...	655
---	-----

### Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al segundo semestre de 1968</i> , por Francisco Bueno Arús ...	659
<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo). Primer cuatrimestre de 1969</i> , por Fernando Gisbert Calabuig ...	706

**Revista de libros**

BACIGALUPO, Enrique: <i>Delitos impropios de omisión</i> , por Enrique Gimbernat ... .. .	724
BARJALIA, J. J.: <i>Sadismo y masoquismo en la conducta criminal</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... .. .	726
BAUDCIN, Jean Luis, FORTIN, Jacques y SZABO, Denis: <i>Terrorisme et Justice. Entre la liberte e l'ordre: Le crime politique</i> , por Pascual Meneu ... .. .	728
CARACCIOLLI, IVO: <i>I problemi generali delle misure di sicurezza (Los problemas generales de las medidas de seguridad)</i> , por Agustín Jorge Barreiro ... .. .	731
<i>Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag.</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig ... .. .	732
<i>Fondation Internationale Pénale et Penitentiaire. Société Internationale de Défense Sociale: Criminalité et Développement. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale. Milano, 1970</i> , por Pascual Meneu ... .. .	733
HOOD, R. y SPARKS, R.: <i>Problemas clave en criminología</i> . por Alfonso Serrano Gómez ... .. .	736
HORN, Eckhard: <i>Error de prohibición y reprochabilidad</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig ... .. .	740
KALLWASE, Wolfgang: <i>El psicópata. Problemas criminológicos y jurídico-penales (con un examen comparativo del Proyecto de 1962 y del Proyecto Alternativo)</i> , por Pedro Luis Yáñez Román ... .. .	741
NÚÑEZ BARBERO, Ruperto: <i>La reforma penal de 1870</i> , por José Antón Oneca ... .. .	745
SERRANO GÓMEZ, Alfonso: <i>Sustracción de vehículos en España</i> . por Rafael Moya Valgañón ... .. .	747
<i>Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... .. .	750

**Revista de Revistas**

**Argentina**

<i>Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados</i> , núm. 13, diciembre 1970, por Pascual Meneu ... .. .	752
---	-----

**Italia**

<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i> , fasc. 2. 1970, Angel Torío ... .. .	753
<i>La Scuola Positiva</i> , fasc. 4, 1969, por Angel Torío ... .. .	754
<i>La Giustizia Penale</i> , fasc. 2, 3-4, 1970, por Angel Torío ... .. .	756



*Indice general*

Páginas

**V e n e z u e l a**

<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo,</i> núm. 4, enero-junio, 1970, por Alfonso Serrano Gómez ... ..	757
NOTICIARIO .. .. .	759

<i>Motivo y ocasión en el robo con homicidio</i> , por Angel Torio .....	605
<i>Las embarcaciones deportivas a motor origen de nuevas manifestaciones criminosas</i> , por José Luis Meseguer Sánchez .....	625

**Crónicas extranjeras**

<i>Los abogados argentinos contra la pena de muerte</i> , por Pascual Meneu .....	655
---	-----

**Sección de Jurisprudencia**

<i>Jurisprudencia penal correspondiente al segundo semestre de 1968</i> , por Francisco Bueno Arús .....	659
<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo)</i> , primer cuatrimestre de 1969, por Fernando Gisbert Calabuig .....	706

**Revista de Libros**

BACIGALUPO, Enrique: *Delitos impropios de omisión*, por Enrique Gimbernat; BARJALIA, J. J.: *Sadismo y masoquismo en la conducta criminal*, por Alfonso Serrano Gómez; BAUDOIN, Jean Luis, FORTIN, Jacques y SZABO, Denis: *Terrorisme et Justice. Entre la liberté e l'ordre: La crime politique*, por Pascual Meneu; CARACCIOLLI, Ivo: *I problemi generali delle misure di sicurezza (Los problemas generales de las medidas de seguridad)*, por Agustin Jorge Barreiro; *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, por Enrique Gimbernat Ordeig; *Fondation Internationale Penale et Penitentiaire. Société Internationale de Defense Sociale: Criminalité et Developpement. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale. Milano, 1970*, por Pascual Meneu; HOOD, R. y SPARKS, R.: *Problemas claves en criminología*, por Alfonso Serrano Gómez; HORN, Eckhard: *Error de prohibición y reprochabilidad*, por Enrique Gimbernat Ordeig; KALLWASS, Wolfgang: *El Psicópata. Problemas criminológicos y jurídico-penales (con un examen comparativo del Proyecto de 1962 y del Proyecto Alternativo)*, por Pedro Luis Yáñez Román; NÚÑEZ BARBERO, Ruperto: *La reforma penal de 1870*, por José Antón Oneca; SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Sustracción de vehículos en España*, por Rafael Moya Valgañón; *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*, por Alfonso Serrano Gómez.

<b>Revista de Revistas</b> .....	752
----------------------------------	-----

ARGENTINA: *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados*, número 13, diciembre 1970, por Pascual Meneu; ITALIA: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, 1970, por Angel Torio; *La Scuola Positiva*, fasc. 4, 1969, por Angel Torio; *La Giustizia Penale*, fasc. 2, 3-4, 1970, por Angel Torio; VENEZUELA: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*, número 4, enero-junio 1970, por Alfonso Serrano Gómez.

<b>Noticario</b> .....	759
------------------------	-----

**Suscripción anual:** España, 300,— pesetas  
Extranjero, 400,— pesetas  
**Numero suelto:** España, 125,— pesetas  
Extranjero, 150,— pesetas