

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXVI
FASCICULO III



SEPBRE.-DIBRE.
MCMLXXIII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:

EUGENIO CUELLO CALON (†)

Directores:

JOSE ANTON ONECA

Catedrático jubilado de Derecho penal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARIN

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad Complutense

Secretario:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Complutense

Vicesecretario:

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

FERNANDO DIAZ PALOS

Magistrado del Tribunal Supremo

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

MANUEL COBO

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

ADOLFO DE MIGUEL GARCI-LOPEZ

Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

INDICE

Páginas

JUAN DEL ROSAL: *In memoriam*, por José M.^a Navarrete 485

Sección Doctrinal

Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, por Marino Barbero Santos 487

El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia, por Gonzalo Rodríguez Mourullo 499

El contenido de injusto en el delito de quiebra. Observaciones sobre una reciente corriente jurisprudencial, por Miguel Bajo Fernández 533

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, 450 ptas. Extranjero, 575.

Precio del fascículo suelto: España, 175 ptas. Extranjero, 200 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 1973.

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 ESTUDIO 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 XXVI
FASCICULO III**



**SEPTBRE.-DICMBRE.
MCMLXXIII**

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

Juan del Rosal

— In memoriam —

Hace unos años, en 1962, en el fascículo II del tomo XV de este mismo Anuario, escribí unas líneas cargadas de un doloroso cariño. Se trataba de la nota necrológica en recuerdo del Profesor Mezger. Allí reproducía unas palabras de una carta de un viejo amigo, que decían: «Padres, maestros y patria forman una trilogía cuyo alcance sólo se comprende con el transcurso del tiempo». Si agudo fue el dolor de entonces, más profundo es el de ahora. Si en la intimidad de mi ser se fundieron en aquel momento los sentimientos de padre, maestro y patria, mucho más siento ahora la unidad inseparable de estas tres realidades.

Juan del Rosal ha muerto. La ciencia penal española está de luto. El día 6 de noviembre de 1973 se durmió para siempre mi maestro. El primero y el último de mis maestros. El fue para mí y para otros muchos ese hombre providencial que, como en la escena evangélica del paralítico de la piscina, todos, todos, hemos necesitado alguna vez en nuestra vida. Fui ayudante suyo en Valladolid, Adjunto en Madrid y siempre, cuando la vida nos hizo separarnos, su leal discípulo, discipulado que ahora que no existe proclamo con más orgullo que nunca.

De él aprendí esa veneración sin servilismo hacia los maestros. Recuerdo como si ahora lo estuviera viviendo, nuestras conversaciones y ese acento de ternura y reconocimiento que ponía en sus labios cuando pronunciaba los nombres de don Luis Jiménez de Asúa y de don José Arturo Rodríguez Muñoz. De él aprendí un sentido universitario que nunca se apagará. De él aprendí, porque la practicó conmigo, una tolerancia sin límites, queriéndome más cuando menos lo merecía.

Quizá peque en estas líneas de un exceso de emotividad. Creo que cuando los sentimientos son nobles y sinceros nunca puede pecarse por exceso. Estoy aún bajo el efecto de un choque emocional. Cuando se viven largos años al lado de una persona hay que distinguir entre hechos y emociones. La perspectiva en el tiempo deja los hechos al desnudo. Yo no puedo todavía separar lo fáctico de lo emocional. Lo que se gana con el tiempo en perspectiva histórica, se pierde, como dice Koestler, en frescura emocional, pues es más fácil retener hechos que emociones. Los hechos quedan, las emociones se desvanecen.

En este recuerdo apasionado de la enorme personalidad de mi maestro, no puede haber sitio para una ponderación fría de su obra.

Quédese este análisis para después y para otros que no le hayan conocido. Yo no puedo hacerlo con objetividad.

Pero una cosa es bien cierta. Juan del Rosal despertó innumerables vocaciones universitarias. Basta echar una ojeada sobre el horizonte jurídico-penal español para ver que gran número de los cultivadores actuales de la ciencia penal en España han sido directa o indirectamente sus discípulos. Unos somos hijos, otros nietos espirituales suyos. Siempre acogió a todos los que se le acercaron. Conoció las mieles de la lealtad y tampoco le faltó la amargura de la infidelidad. Gozó y sufrió, esto último más de lo que muchos, que sólo lo trataron desde lejos, pueden suponer.

Con su desaparición queda un vacío en el mundo de la ciencia penal española difícil de llenar. Su increíble actividad y capacidad de trabajo maravillaba. Escribía, daba conferencias, organizaba congresos internacionales, creaba institutos de criminología, prestigió el ejercicio profesional y todo con un entusiasmo, con un espíritu deportivo, con una entrega rayana en la dispersión.

Su personalidad innegable y, por tanto, discutida, se ponía de manifiesto continuamente. No había un grupo de universitarios que se reuniese que no acabase hablando de Del Rosal.

Desde estas páginas del Anuario, del que él fue precursor fundando en Valladolid una Revista de Estudios Penales, quiero dejar constancia de lo mucho que la ciencia penal española debe a este hombre, que ha dejado tras sí una estela inabarcable de obras escritas, que no letra muerta, y un discipulado que hoy más que nunca se siente honrado con proclamar su vinculación al maestro.

Que Dios le dé el descanso que tras una vida de trabajo e inquietudes tiene merecido.

JOSÉ MARÍA NAVARRETE URIETA

Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto *

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valladolid

1. PREAMBULO

En la mayoría de las legislaciones existen, y en número no escaso, delitos de peligro. Algunos de ellos tienen en el ámbito penal una gran raigambre, v. gr., determinadas figuras de incendios (1). Otros, la mayoría, se han introducido en fecha reciente, al estimar necesario el legislador anticipar la consumación del delito al estadio en que se produce el peligro de lesión de ciertos bienes jurídicos, sea con el fin de evitar que ésta llegue a originarse, con todas las graves consecuencias que derivan de la utilización de los medios que ofrece el actual progreso técnico, sea porque se considere que así lo exige el presente desarrollo del sentido de solidaridad entre los hombres ó por otras causas (2).

Este solo hecho justificaría que la doctrina se ocupase de los delitos de peligro. Pero ocurre además —y nos referimos ya a los de peligro abstracto— que estos delitos: 1.º) despiertan grandes recelos respecto a su compatibilidad con los postulados hoy imperantes en el campo penal e incluso en algunos países —v. gr., Italia—, con los mismos preceptos constitucionales; 2.º) plantean dificultades dogmáticas casi insolubles, como lo muestra las encontradas opiniones, algunas difícilmente conciliables, tanto en lo que respecta a la determinación de la punibilidad de su tentativa, como a la eficacia del arrepentimiento activo, existencia y prueba del dolo, posibilidad de

* Ponencia mantenida por el autor en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, organizadas por la Universidad de Belgrano para conmemorar el Cincuentenario del Código penal argentino, celebradas en Buenos Aires del 9 al 13 de octubre de 1971. Las modificaciones introducidas afectan principalmente a las notas.

(1) SIMSON-GEERDS: *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, Munich, 1969, pág. 204. GEERDS: *Die Brandstiftungsdelikte im Wandel der Zeiten und ihre Regelung im ausländischen Strafrecht*, en "Brandermittlung und Brandverhütung", ed. por Bundeskriminalamt, Wiesbaden, 1962, pág. 15.

(2) VERSELE: *L'incrimination de la mise en danger*, en "Rev. de droit pén. et crim.", 1967, pág. 443.

comisión por culpa, su distinción de los delitos preterintencionales, admisión de la prueba de la inexistencia del peligro en el caso a juzgar, etcétera, llegándose incluso, por algunos autores a rechazar su misma existencia desde un punto de vista técnico. Se observa, por otra parte, en la generalidad de las legislaciones —como acabamos de exponer— una evidente tendencia a aumentar el número de esta clase de delitos (3). Todo ello ha motivado que la doctrina se ocupe en los últimos años de su análisis, siendo numerosas y estimables las más recientes contribuciones al esclarecimiento del dificultoso tema. A esta proliferación actual de estudios doctrinales ha contribuido también, en parte, el haber constituido los delitos de peligro una de las materias inscritas en el cuestionario del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en Roma en 1969. Se empieza a salvar, pues, el grave descuido en el que, tanto en trabajos monográficos como en los tratados, se ha tenido a los delitos de peligro, por haber dedicado los autores casi exclusivamente sus esfuerzos en la elaboración de la teoría de los delitos de lesión (4). De forma gráfica describió SCHROEDER esta situación, respecto a Alemania, al afirmar en el coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional citado, que tuvo lugar asimismo en Roma, en 1968, que durante 50 años “nessuno in Germania ha studiato il tema” (5).

2. CONCEPTO Y DENOMINACION

Los delitos de lesión se perfeccionan con la destrucción o menoscabo del correspondiente bien jurídico (6).

Por ser esta destrucción o menoscabo un elemento de la figura delictiva se requiere que una u otro se produzca para que la acción se adecúe al tipo. En los delitos de peligro basta, por el contrario,

(3) En relación con las figuras culposas, Welzel escribe que las leyes más recientes se satisfacen “in zunehmendem Masse” con la simple puesta en peligro de un bien jurídico, sin exigir su lesión (*Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, pág. 137). Idéntico pensamiento, pero con carácter más general, expresa Schroeder (*Die Gefährungsdelikte in Strafrecht*, en “ZStW”, 1969 (81), pág. 7): Nur in beschränkten Umfang aber unverkennbar in zunehmenden Masse findet sich das Gesetz bereit schon den Zustand drohender Verletzung... strafrechtlich zu erfassen.

(4) NOVOA MONREAL: *Les délits de mise en danger*, en “Rev. Intern. de droit pénal”, 1969 (40), pág. 324. BERISTAIN IPIÑA: *El delito de peligro por conducción temeraria* (notas al artículo 340 bis a núm. 2), en “Revista de Derecho de la circulación”, 1970, noviembre-diciembre, pág. 6 de la separata.

(5) Véase el *Compte rendu*, en “Rev. Intern. de droit pénal”, 1969, cit., pág. 308.

(6) Creemos que no acierta Rodríguez Devesa al sostener, en las sucesivas ediciones de su *Derecho Penal Español, Parte General*, que “delito de lesión es aquel en que el tipo del injusto incorpora la destrucción de un bien jurídico”. Por nuestra parte estimamos que la mayoría de los delitos de lesión no exigen la destrucción, sino simplemente el menoscabo de un bien jurídico. Los ejemplos son tan obvios que no merecen cita expresa.

para realizar el tipo, que se origine una (abstracta o concreta) situación de peligro (7).

Según que la situación de peligro se produzca en la realidad, o que el legislador la defina de acuerdo con los datos de la experiencia, los delitos a que corresponda serán de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro concreto el peligro es un elemento del tipo y se exige, en consecuencia, para que pueda hablarse de realización típica, la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro. En los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta. En el primer caso el legislador parte de que una determinada situación puede ser peligrosa y conmina penalmente su realización en el supuesto de que lo sea. En el segundo caso el legislador parte de que una determinada situación comúnmente es peligrosa y conmina, sin más, con pena su realización (8). En los delitos de peligro concreto se castiga una conducta en la eventualidad de que sea peligrosa. En los de peligro abstracto por la probabilidad de que lo sea.

En el Código penal argentino son delitos de peligro abstracto las conductas previstas en los artículos 98, párrafo 3.º, 106 (en su redacción anterior), 204, etc. En el español las reguladas en los artículos 340 bis a) 1.º, 341, 548, etc. Son de peligro concreto, en el Código argentino, el artículo 106, al exigir ahora que se ponga "en peligro la vida o la salud de otro", el 191 el 201, etc. En el español, los artículos 340 bis, a) 2.º, 340 bis b), 556, etc.

Algunos autores niegan la configuración técnica de los delitos de peligro abstracto alegando que el tipo del injusto no admite más que delitos de peligro concreto. El argumento es inconsistente, porque su singularidad deriva no de la inclusión del peligro entre los elementos del tipo, sino del significado de este, cuyo análisis es imprescindible para la comprensión del delito de que se trate (9). Las acciones u omisiones que se describen en la figura, concretadas a veces en un resultado, son típicamente adecuadas para crear una situación peligrosa. Con la consecuencia de que cuando en el caso a juzgar pueda en absoluto excluirse que se produjo la situación de peligro, ha de negarse —al menos en algunos supuestos— la punibilidad de la conducta (10). Resultado al que no pueden llegar lógicamente los que rechazan la configuración de esta clase de delitos en la realidad legislativa.

(7) WESSELS: *Strafrecht*, Allg. Teil, Karlsruhe, 1970, pág. 3. WELZEL, ob. cit., pág. 63.

(8) FRANK: *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübinga, 1931 (18 ed.), pág. 129 (nota).

(9) MAYER, Max Ernst: *Das Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1923, pág. 129 (nota).

(10) JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, Berlín, 1969, pág. 179.

Diferenciado el delito de peligro abstracto del de peligro concreto es menester, para profundizar en el conocimiento del primero, ponerle en relación con las modalidades delictivas de simple actividad y de resultado. Ello permite aclarar no pocas de las dificultades con que hasta ahora ha tropezado la doctrina precisamente por no seguir este camino.

Los delitos de peligro abstracto pueden ser de mera actividad o de resultado (11). Los primeros se consuman por el simple movimiento corporal del agente. Los segundos exigen la producción de un resultado externo, es decir, una modificación del mundo exterior, que, por describirse en el tipo, está jurídicamente delimitada.

En algunas ocasiones el simple movimiento corporal constituye un peligro de destrucción o menoscabo, esto es, un peligro de lesión, de un bien jurídico; en otras le confiere este carácter la concurrencia de un elemento de los que se denominan subjetivos del tipo. Lo mismo ocurre respecto de los delitos de peligro abstracto de resultado. Unas veces este resultado constituye por sí mismo un peligro de lesión de un bien jurídico, otras le confiere este carácter la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo (12).

Ejemplo de delito de peligro abstracto de mera actividad es, en el Código penal español el artículo 340 bis a) 1.º, que incrimina el hecho de conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. El legislador estima que esta conducta es peligrosa y la conmina con pena. Ejemplo de mera actividad a la que convierte en peligrosa la finalidad que el sujeto pretende, es la conducta antes prevista en el artículo 6.º, párrafo 1.º, número 3 del derogado Decreto de 21 de septiembre de 1960.

Ejemplo de delito de peligro abstracto en el que el resultado de la acción convierte la conducta en peligrosa es el artículo 548 del Código penal español, que incrimina el incendio de un edificio, sabiendo que dentro se hallan una o más personas. Mientras que el provocar un incendio con el fin de atemorizar a los habitantes de una

(11) Mantienen opinión contraria a esta tesis tanto los autores que sostienen que todos los delitos de peligro abstracto son delitos formales, como aquellos que estiman que todos son delitos de resultado. En el primer sentido se manifiestan, v. gr., Rittler (*Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Allg. Teil, Viena, 1952, pág. 85), Malaniuk (*Lehrbuch des Strafrechts*, Viena, I, 1947, pág. 67; II, 1948, 1.ª parte, pág. 78), y, en general, los penalistas austriacos, aunque no falten opiniones divergentes. Nowakowski escribe, por ejemplo, de forma terminante, que "nicht jedes abstrakte Gefährdungsdelikt ist ein Formaldelikt" (*Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz-Viena-Colonia, 1955, pág. 52). La tesis contraria de que todos los delitos de peligro abstracto son delitos de resultado la defiende con particular énfasis Blasco Fernández de Moreda (*Sobre el concepto y alcance del delito de tenencia y portación de armas de guerra*, en "La Ley", 6 de noviembre de 1968, pág. 3).

(12) En sentido no dispar Schmidhäuser alude a que a algunas figuras delictivas les basta una tendencia objetiva o subjetiva a la realización del contenido desvalorativo (*Der Unrechtsstatbestand*, en "Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag", Frankfurt/Main, 1969, pág. 448).

población —previsto antes en el artículo 3.º, párrafo 1.º, número 2 del Decreto citado— lo es del segundo supuesto.

Es menester explicar qué se concibe por resultado. Max Ernst Mayer aludió, no sin fundamento, a la relatividad del concepto de resultado (13) y a que su delimitación depende del punto de vista del que juzga. La generalidad de los autores suelen, no obstante, coincidir en la aceptación o de un concepto amplio, que incluye en el resultado tanto la “conducta corporal del agente”, como el “resultado externo” causado por dicha conducta (14), o de un concepto estricto, que excluye de él la conducta corporal del agente (15). Parece preferible aceptar el último, tanto porque se acomoda mejor al lenguaje vulgar —según el Diccionario de la Academia, resultado es el efecto o consecuencia de un hecho—, como porque evita la duplicación del concepto de resultado que se produce de acoger el primero (16).

El resultado de un delito, en este sentido, consiste en la modificación del mundo exterior, la cual, en los delitos de peligro abstracto, lesiona un bien jurídico y pone coetáneamente en peligro ese mismo bien jurídico u otro diverso. El delito de peligro abstracto de resultado lesiona, pues, un bien jurídico (lesión que no constituye el primordial objeto de tutela de la figura de que se trata) y pone al mismo tiempo en peligro ese u otro bien jurídico (17). Algunos autores opinan por ello que los límites entre delitos de lesión y de peligro no son firmes, como a veces se pretende, sino fluctuantes (18); mientras otros prefieren distinguir entre delitos de lesión o de peligro y tipos de lesión o de peligro (19). Así, el incendio de un edificio, sabiendo que dentro se hallan una o más personas se estructura en el artículo 548 del Código español como un delito de lesión del edificio incendiado y de peligro para la vida o la integridad corporal de una o varias personas o, de acuerdo con la segunda concepción —que parece preferible—, sobre la base de un tipo de lesión y de un delito de peligro.

De lo expuesto se deduce que la distinción entre delitos de lesión y de peligro no se apoya, como en ocasiones se sostiene, en la concurrencia de un dolo de lesión o de peligro, sino que se basa tan

(13) MAYER, Max Ernst, ob. cit., págs. 102, 110, 117 y 120.

(14) MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, I, 1955 (trad. castellana de RODRÍGUEZ MUÑOZ), pág. 172.

(15) RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Nota* a su traducción del Tratado de Mezger, citado en la nota anterior, I, pág. 173.

(16) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, P. G., Madrid, 1949, pág. 162.

(17) Beristain (art. cit., pág. 20) denomina por esta causa a los delitos abstractos de resultado delitos de lesión-peligro. El significado del “doble resultado” en los delitos con un elemento subjetivo del tipo ha sido estudiado de forma penetrante por Finzi, a quien remitimos (*Il cosiddetto “dolo specifico” in Italia*, en “Studi in Memoria di Arturo Rocco”, Milán, 1952, I, págs. 387 y 388 especialmente).

(18) MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, Karlsruhe, 1965, pág. 201.

(19) NOWAKOWSKI, ob y pág. citadas.

sólo en la lesión o en el peligro de lesión de un bien jurídico determinado.

Parece llegado el momento de determinar qué se entiende por peligro (20). Algún autor estima que el problema no surge respecto de los delitos de peligro abstracto, ya que por tratarse de un peligro que el legislador presume (21), no resulta necesaria su delimitación. Se sostiene, por el contrario, con más vigor cada día que es precisamente en relación a estos delitos donde el problema adquiere su mayor trascendencia: a) porque en este tipo de delitos es preciso extraer de la norma el concepto de peligro a ella confiado; b) porque de *jure condendo* (22) e incluso de *lege data* (23), se considera necesario comprobar si la conducta (por sí o a través del objeto sobre el que recae) era idónea para ocasionar el peligro que la ley pretende evitar, ya que si no lo fuese su castigo violaría el principio de legalidad.

La importancia de la cuestión exige que nos ocupemos de élla con cierta amplitud. Antes de pasar a hacerlo hemos de manifestar que entendemos por peligro, con la mayor parte de la doctrina, la probabilidad —no en sentido matemático, sino en el de relevante posibilidad— de que se produzca la lesión de un bien jurídico (24).

Respecto a la denominación de los delitos, cuyo análisis nos ocupa, se rechaza hoy, principalmente por la doctrina italiana que fue antes su mayor apologista, la de delito de peligro presunto (25). Se estima, por una parte, que las presunciones son incompatibles con los principios que informan el Derecho penal contemporáneo (26).

(20) En el Derecho penal el peligro juega un papel que excede al propio de los delitos de peligro. A la ejemplificación de Maurach (*Deutsches Strafrecht, Allg. Karlsruhe*, 1971, pág. 237) se puede añadir el que tiene en la caracterización de la peligrosidad (BARBERO SANTOS: *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán*, en "Estudios de Criminología y Derecho penal", Valladolid, 1972, págs. 26 y ss.).

(21) CÓRDOBA: *Rapport al X Congreso Internacional de Derecho Penal*, en "Rev. Intern. de droit pénal", 1969, pág. 359.

(22) Delicta se inclina, en consecuencia, por aconsejar al legislador que prefiera los delitos de peligro concreto. Véase el *Comte rendu* citado en nota 5, pág. 306.

(23) De esta opinión es, v. gr., Santamaría. Véase *Compte rendu* citado en nota 5, pág. 315.

(24) Véase por todos, RANIERI: *Manuale di diritto penale*, P. Gen., Padua, I, 1968 (4.^a ed.), pág. 248. No debe olvidarse, empero, que muchas acciones peligrosas carecen de trascendencia penal en virtud de lo que la doctrina alemana denomina el "riesgo permitido" (KIENAPFEL: *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt/Mein, 1966, passim).

(25) En nuestra doctrina defiende todavía esta superada denominación Rodríguez Mourullo (*La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, pág. 170), que reproduce, para fundamentarla, la conocida argumentación de Antolisei al respecto.

(26) CENTRO NATIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE: *Les délits de mise en danger*, en "Rev. Intern. de droit pénal", 1969, pág. 207. Según Santamaría (loc. cit., pág. 315) "mentre il pericolo astratto non esclude la legalità, anzi la presuppone in quanto ch'è il pericolo astratto non è altro che

Por otra, que carecen de base las críticas que se hacen a los delitos de peligro abstracto precisamente por la abstracción que implican, ya que la abstracción no es ajena a los mismos delitos de peligro concreto. Lo muestra paladinamente RODRÍGUEZ DEVESA, uno de los más tenaces negadores de los delitos de peligro abstracto, cuando expone en qué consiste para él el peligro concreto: “La naturaleza peligrosa de la acción no puede percibirse sino acudiendo a una consideración *ex ante*, porque el peligro consiste en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción o la omisión del sujeto con aquello *quod plerunque accidit*. Un juicio de tal clase carece de sentido cuando se formula *ex post*. El peligro pasado ya no es peligro, pues presupuesto lo que realmente ha ocurrido, nunca “pudo” pasar otra cosa que lo efectivamente sucedido (27). Luego para determinar el peligro concreto los impugnadores de la viabilidad del peligro abstracto hacen abstracción también de lo realmente sucedido. Ello se debe, sin duda, al hecho de que, como agudamente observó MANZINI, “el peligro es siempre una abstracción” (28).

3. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Preocupa a la dogmática moderna la posible incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de legalidad. La incongruencia puede producirse, no cabe duda, si se niega la necesidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la ley pretende evitar o la subsistencia de éste. Si la acción es inidónea o el peligro no subsiste, no puede hablarse ciertamente de conducta peligrosa. Nos hallaremos en este caso, escribe SANTAMARÍA, frente a un sujeto peligroso, por haber infringido un mero deber de obediencia al Estado, pero al que no puede considerarse autor de una infracción de puesta en peligro. Ahora bien, la peligrosidad se combate con medidas de seguridad, mientras las penas suponen la culpabilidad, pero ¿cómo es posible hablar de culpabilidad en relación

una definizione legale del pericolo affidata appunto alla norma, nel pericolo presunto, viceversa, noi avremmo un dispensare il giudice dall'indagine in concreto sull'effettivo verificarsi del pericolo e quindi non avremmo nè un pericolo astratto, nè un pericolo concreto, ma semplicemente una presunzione di pericolo in contrasto con i principi che governano il diritto penale contemporaneo”.

(27) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P. Gen., Madrid, 1971, pág. 347.

(28) Y añadía: Il pericolo non è mai qualche cosa di concreto, perché non è una realtà, bensì un giudizio logico, una mera previsione, fondata, è vero, sulla realtà, ma nella quale la realtà stessa è valutata nella sua potenzialità (*Trattato di diritto penale italiano*, Turín, I, 1950, pág. 595).

a un peligro inexistente- y ¿cómo se puede imponer pena a un sujeto que no puede ser culpable? (29).

Solamente una concepción meramente formal del delito, que pudiese como fundamento de la ley penal la infracción de un puro deber de obediencia a las normas del Estado, salvaría sin dificultad esta grave contradicción. Mas esta tesis, que tuvo gran auge hace unos decenios, puede considerarse por fortuna de nuevo superada (30), ya que se opone a las exigencias de un derecho penal liberal (31). A esta tesis que tuvo en BELING uno de sus más apasionados defensores, dedicó HIPPEL una dura pero justa frase: constituiría un disparate por parte del legislador el castigar una "pura" desobediencia que no produce: en absoluto un peligro para un determinado bien jurídico (32).

De *iure condemnado*, en el supuesto de que se estime necesario mantener la punición en el estudio de la simple puesta en peligro, debe elegirse la vía de los delitos de peligro concreto. Es ímamos que carece de base el reparo que NOVOA MONREAL hace a los delitos de peligro concreto de que al dejar a la apreciación del juzgador la determinación de la realidad o proximidad del peligro hacen intervenir en la concreción del tipo un elemento personal y, en cuanto tal, indeterminado, imprevisible y aleatorio con quebranto de las garantías penales (33), ya que con este argumento habría de llegarse a la abolición de la propia función judicial, a cuyo procedimiento de subsunción del caso enjuiciado en la descripción legal (34) es inherente un idéntico factor personal. La objeción tendría fundamento si en este tipo de delitos el peligro concreto se estructurase de forma general o

(29) Cfr. SANTAMARÍA, loc. cit., pág. 315-316. Es, por otra parte, discutible que por la simple violación de un mero deber de obediencia al Estado haya de considerarse automáticamente a un sujeto como peligroso.

(30) En la doctrina española sigue defendiéndola con calor Rodríguez Devesa, quien escribe: "La ley penal pretende la protección de bienes jurídicos. Pero su manera de operar consiste en la imposición de deberes. No todo delito es, en contra de lo que generalmente se sostiene, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero en todo delito hay la infracción de un deber de actuar o no actuar impuesto por la ley (*Derecho penal español*, P. Gen., cit., pág. 261). Con independencia de que Rodríguez Devesa no utiliza la teoría del deber jurídico en la elaboración dogmática de las figuras de la parte especial, no es menos cierto que la tesis que arroja por la puerta la acoge por la ventana. Y así, cuando precisamente acude en busca de un ejemplo que contradiga el "tópico" (la expresión es suya) de que todo delito es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico —el artículo 340 bis c), que incrimina el conducir por una vía pública un vehículo de motor, sin haber obtenido el correspondiente permiso— confiesa que la "omisión del *deber* de llevar permiso cuando se conduce es lo que aquí se castiga, por más que, ciertamente, ese deber se imponga para *evitar quod plerumque accidit*, esto es, el *peligro* (el subrayado es nuestro) que puede crear en el tráfico la presencia de un conductor inexperto (ob. y pág. citadas, nota).

(31) En el sentido de que no respetaría las garantías individuales (BUSTOS-POLITOFF: *Les delits de mise en danger*, en "Rev. Intern. de droit pénal", 1969, pág. 339).

(32) HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1930, II, pág. 101.

(33) NOVOA MONREAL, loc. cit., pág. 332.

(34) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, cit., pág. 184.

indeterminada análoga a la prevista por el Código penal austriaco de 1852, en el artículo 335 (castigaba todo peligro para la vida, la salud o la incolumidad corporal) (35). Pero deja de tener base su crítica en la medida en que se determine de forma precisa, como hoy es usual, no sólo el objeto sobre el que recae la acción sino también la modalidad de la conducta, los medios de ataque, etc.

La legislación argentina al convertir, por la Ley 17.567, algunos delitos de peligro abstracto previsto en el Código penal en delitos de peligro concreto o al crear otros nuevos, v. gr., los regulados en los artículos 190, 190 bis, 191, etc., ha seguido este camino. La misma ley, sin embargo, ha introducido también algún delito nuevo de peligro abstracto, v. gr., en el artículo 189 bis.

Otra posible vía de *lege ferenda* —en el supuesto de que las legislaciones no renuncien a los delitos de peligro abstracto— podría consistir en la previsión de la prueba de la inexistencia del peligro. Por la admisibilidad de esta prueba abogan, incluso de *lege data* y con independencia de la ausencia de previsión legal, no pocos autores. Con carácter generalizado la defiende BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, con el argumento de que una presunción legal “iuris et de iure” se opone en sede penal a los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico merecedor de tal calificación (36). Pero suelen hacerse más matizaciones. SCHROEDER, que ha dedicado al tema páginas muy sutiles, sostiene, por ejemplo, que debe admitirse siempre la prueba de la falta de peligro si la figura tiene un determinado objeto concreto de protección que permita determinar con seguridad si fue realmente puesto en peligro. Pero estima, por el contrario, que habrá que doblegarse ante la caracterización legal del peligro si el delito se dirige contra la colectividad o contra un objeto inexistente o no comprobable en el momento del hecho (37). La determinación de los límites a conceder a la admisibilidad de la prueba del peligro constituye uno de los problemas más arduos que la doctrina tiene planteados respecto de los delitos que analizamos.

4. PROBLEMATICA DE LA CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

a) Con los delitos de peligro abstracto, en relación con la culpabilidad, es posible hacer dos grandes grupos. El primero reuniría

(35) Binding calificó a la figura de aberración jurídico-penal (*Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, IV, 1919, pág. 387).

(36) BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, loc. cit., pág. 3.

(37) SCHROEDER, loc. cit., pág. 17. Véase también: BAUMANN: *Strafrecht*, Allg. Teil, Bielefeld, 1966, pág. 118. SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht*, Allg. Teil, Tubinga, 1970, pág. 180. Respecto a la problemática de la prueba del carácter inocuo de la conducta en los delitos de peligro que se denominan de sospecha, remitimos a HENKEL: *Die “Presumptio Doli” im Strafrecht*, en “Festschrift für E. Schmidt zum 70. Geburtstag”, Gotinga, 1961, pág. 593.

los delitos que incluyen un elemento subjetivo del tipo. El segundo a los restantes. No cabe en absoluto en la primera clase de delitos la comisión culposa, puesto que la figura exige que el sujeto realice la conducta con una finalidad determinada. Y finalidad y culpa son conceptos que se excluyen, ya que si en el delito culposo el resultado fuera querido no se estaría ya en la esfera de la culpa, sino en la del dolo. A los delitos culposos les caracteriza precisamente, entre otras notas, desde un punto de vista negativo, la no volición del resultado, y desde el positivo, la mera previsibilidad de éste.

Al anticipar formalmente el legislador la consumación, en los delitos con un elemento subjetivo del tipo (38), al momento en que se realizan determinados actos preparatorios respecto a la finalidad pretendida, se transforma el que en otro caso constituiría un delito de lesión o daño, respecto a esa finalidad, en un delito de peligro abstracto, aunque el tipo pueda ser de lesión respecto a un bien jurídico que —como más arriba expusimos— no es el primordialmente tutelado en la figura de que se trate.

Los restantes delitos de peligro abstracto pueden cometerse dolosa o culposamente. A pesar de que no faltan autores que siguen hablando todavía de dolo de peligro —en el sentido de una especie de *dolus*— esta concepción puede considerarse actualmente superada. El dolo de los delitos dolosos de peligro es idéntico al de los delitos dolosos de lesión. Se debe, pues, evitar emplear las expresiones “dolo de lesión” y “dolo de peligro”, sin explicar al menos en qué consisten y no sólo, como enseñó HIPPEL a principios de siglo, por que estos términos puedan originar el error de que se trata de dos modalidades diversas de dolo (39), sino porque podrían también producir el de confundir dolo de lesión con delito de lesión y dolo de peligro con delito de peligro lo que no siempre se acomoda a la realidad. Así, en el delito de peligro previsto en el artículo 548 del Código español que castiga el incendio de un edificio, alquería, etcétera, sabiendo que dentro se hallan una o más personas concurre un dolo de lesión, respecto a la combustión del edificio, alquería, etcétera, y un dolo de peligro respecto a las personas que en su interior se encontraban.

Los delitos de peligro abstracto que no incluyen un elemento subjetivo del tipo pueden cometerse por imprudencia. La legislación alemana, por ejemplo, prevé en bastante casos esta modalidad de co-

(38) Al menos en la modalidad denominada de tendencia interna trascendente (SIEVERTS: *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrechts*, Hamburgo, 1934, pág. 146 y ss.).

(39) HIPPEL: *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, en “Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts”, Berlín, 1908, III, pág. 528. Y añadía: Verletzungsvorsatz ist der auf eine Verletzung, Gefährdungsvorsatz der auf eine Gefährdung gerichtete “Vorsatz”. In beiden Fällen also ist der Vorsatzbegriff der gleiche. Del mismo: *Deutsches Strafrecht*, 1930, II, cit., pág. 326. MEYER, Hugo-ALLFELD, Philipp: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1912, pág. 153.

misión. JESCHECK cita como muestras de delitos de peligro abstracto culposos el parágrafo 163, el 316, 2.º y diversos preceptos de la Ley sobre difusión de escritos peligrosos para la juventud (40).

La posibilidad con carácter general de comisión culposa de los delitos de peligro la afirma terminantemente JIMÉNEZ DE ASÚA con estas palabras: La culpa es posible de los delitos de peligro, aunque ROCCO no lo crea. Y añade con referencia a las legislaciones españolas y argentina: a nuestro juicio no cabe duda alguna de que la amplísima fórmula de imprudencia que se contiene en el Código penal español (art. 558 del de 1932 y 565 del de 1963), no sólo permite, sino que reclama, que los delitos de peligro en que no media la "malicia", sean inculminables como imprudencias, es decir, como delitos por culpa.

Tampoco cabe duda alguna —y seguimos citando a JIMÉNEZ DE ASÚA— en cuanto al Código penal argentino, puesto que específicamente se configuran las formas por *imprudencia, negligencia e impericia* de los delitos de peligro común de incendios y otros estragos (art. 189), de causar un descarrilamiento, naufragio u otro accidente, de envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas, así como de propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas (art. 203) (41).

Dados los términos del artículo 565 del Código español que regula las dos modalidades más importantes de culpa: *imprudencia temeraria e imprudencia simple con infracción de reglamentos*, no parece que existan obstáculos para su aplicación a los delitos de peligro; la jurisprudencia, sin embargo, al exigir generalmente para aplicar el artículo 565, que se haya producido un "daño material" dificulta en ocasiones esta interpretación (42). Mayores obstáculos puede plantear teóricamente la aplicación de los artículos 586, 3.º y 600, que prevén modalidades de simple imprudencia sin infracción de reglamentos, al exigir que se produzca un mal, expresión que suele interpretarse en el sentido de resultado lesivo.

Numerosos supuestos de delitos de peligro abstracto se cometen en la realidad de forma culposa. Estimo, v. gr., que la conducta prevista por diversos códigos penales sudamericanos (art. 260 del de Honduras; 330 del chileno; 191 del salvadoreño, etc.) consistente en embriagarse el maquinista, conductor o guardafrenos, durante su servicio, se produce la casi totalidad de las veces de manera culposa. Y lo mismo puede afirmarse de la constitutiva del número 1.º del artículo 340 bis a) del Código español, que tiene este tenor: "el que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alco-

(40) JESCHECK: *Lehrbuch*, 1969, cit., pág. 386.

(41) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1965, III (3.ª ed.), pág. 477.

(42) De esta doctrina tradicional se ha separado, sin embargo, en ocasiones la Sala Segunda. Véase, TORIO: *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1972, pág. 65.

hólicas, drogas tóxicas o estupefacientes (43). Los ejemplos podrían multiplicarse ¿cómo castigar estas conductas?

Acabamos de ver las dificultades que plantea su punición en las legislaciones que, como la española, siguen el sistema de acoger una fórmula general de culpabilidad culposa. En las que prefieren la previsión individualizada de las conductas culposas que se estiman merecedoras de castigo, como ocurre en Argentina, sólo podrían castigarse, naturalmente, las conductas culposas incriminadas de forma específica. Más ¿qué hacer en el supuesto que se cometa culposamente una conducta que el legislador sólo ha previsto en la modalidad dolosa? Caben dos caminos: dejarla impune (lo que parece corresponder al pensamiento legal) o presumir que se realizó dolosamente. La situación es aún más insatisfactoria si, estimando que se trata de un delito preterintencional, se acude a la *praesumpti doli* antes figuras de peligro abstracto que incluyen la condición de mayor punibilidad de haberse producido el resultado que se pretendía evitar anticipando la punición (44). Pero esto merece un análisis más circunstanciado.

b) Autores argentinos y españoles incluyen dentro de los delitos preterintencionales, una serie de conductas que no son tales, sino de peligro abstracto o concreto con la condición de mayor punibilidad de haberse producido el resultado que el legislador pretendía evitar anticipando la punición. ANTÓN estima, por ejemplo, preterintencional —con el carácter de delito cualificado por el resultado— el delito contra la salud pública con resultado de muerte previsto en el artículo 348 del Código penal español, o el abandono de niños con resultado de muerte o peligro para la vida (del art. 488) (45), y NÚÑEZ, el abandono de personas seguido de muerte (art. 106 del Código penal argentino) el incendio que sea causa inmediata de la muerte de una persona (art. 186, núm. 5), la expendición de sustancias medicinales con resultado de muerte (art. 204 últ. párr.) (46), todos, por supuesto, en su redacción anterior a la reforma del 1.º de abril de 1968.

(43) El parágrafo 330 a) del Código penal alemán equipara en la punición la embriaguez plena dolosa y culposa si en ese estado se comete un hecho delictivo. Se trata “nach der heute überwiegenden Auffassung” —según asegura Hardwig— de un delito de peligro abstracto y general, pero de naturaleza peculiar, puesto que sólo se castiga si se realiza una “lesión” (*Studien zum Vollrauschtatbestand*, en “Festschrift für E. Schmidt z. 70 Geburtstag”, Gotinga, 1961, pág. 473).

(44) Cuando el delito-base es culposo, como enseñó Jiménez de Asúa, no puede hablarse de preterintención (*Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1962, VI, pág. 156). En el mismo sentido, COBO: “*Praeter intentionem*” y principio de culpabilidad, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1965, pág. 87.

(45) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, cit., pág. 230.

(46) NÚÑEZ, Ricardo: *La culpabilidad en el Código penal*, Buenos Aires, 1946, pág. 19.

(47) De forma análoga se expresó Jiménez de Asúa, respecto del artículo 106 del Código penal argentino, en el *Prólogo* a la obra de Baigún “Los delitos de peligro y la prueba del dolo”, Buenos Aires, 1967, pág. 10.

No parece correcto, empero, en los casos citados u otros similares, sea en relación a la legislación argentina, sea a la española, acudir a la fórmula de la preterintencionalidad (47).

El Código penal español acoge una fórmula general de preterintencionalidad, con el carácter de circunstancia atenuante, en el artículo 9.º. Este es su tenor literal: "no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". No cabe duda, sin embargo, de que la atenuante no es de apreciar en los supuestos que analizamos (48), en los que el legislador ha pretendido precisamente un efecto opuesto, es decir, agravatorio.

En el Código argentino de 1921 no existe, como es sabido, una fórmula general de preterintencionalidad y los tratadistas se ocupan de la preterintención en relación a una serie de figuras concretas. Algunas de ellas, sin embargo, no son otras cosas que agravaciones de delitos de peligro abstracto o concreto, v. gr., el artículo 106, párrafo último, en su redacción anterior. La colocación del precepto dentro del título de los delitos contra las personas mostraba que el bien jurídico tutelado era la vida o la salud de las personas. Ahora bien, el legislador, en la figura básica del párrafo 1.º, no exigía que se le lesionase la vida o la salud, anticipando la punición al simple hecho del riesgo o peligro (49) de que esto ocurriera. Se trataba de un delito de peligro abstracto ya que el abandono de un menor de diez años o de una persona incapaz por enfermedad puede producir su enfermedad o muerte, es decir, pone en peligro su salud o vida. El grave daño en el cuerpo o en la salud del menor o incapaz, o su muerte, funcionaba como condición de mayor punibilidad. Lo mismo puede aplicarse a las figuras anteriormente reguladas en los artículos 186, número 5 y 204, párrafo último (50).

En la legislación argentina ocurre: 1) que no existe una fórmula general de culpabilidad culposa por lo que el Código ha de utilizar el procedimiento de prever individualizadamente los delitos punibles por este título; 2) que la punición culposa exige que se haya producido un resultado delictivo, en el sentido de "un efecto real y no una simple situación de peligro de un efecto real" (51).

Esto quiere decir que —salvo en los escasos supuestos en que se ha hecho previsión expresa— los delitos de peligro abstracto no pueden cometerse culposamente, aunque en el caso real pueda llegar a probarse que se han cometido por culpa o imprudencia. Sucede, además, que muchas de estas figuras prevén penas más graves en el caso de que se produzcan muerte o lesiones, estimando la mayor parte de la doctrina que se trata de delitos preterintencionales, es de-

(48) Sobre los estrechos límites en que opera en nuestro Derecho positivo la atenuante de preterintencionalidad, véase RODRÍGUEZ MOURULLO: *La atenuante de preterintencionalidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, página 556.

(49) SOLER: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1953, III, págs. 15, 207 y ss.

(50) Cfr. FONTÁN BALESTRA-S. MILLÁN: *Las reformas del Código penal. Ley 17.567*, Buenos Aires, 1968, pág. 264.

(51) NÚÑEZ, Ricardo: *La culpabilidad*, cit., pág. 143.

cir, de infracciones en las que el exceso es culposo o fortuito pero en las que la conducta básica ha de ser dolosa. La contradicción no es aparente, sino efectiva, ¿cómo salvarla?

A la jurisprudencia probablemente no le quedaba nada más que un camino, recriminable por supuesto, pero el único: presumir el dolo a pesar de la evidencia de la culpa. BAIGÚN, que tan agudas páginas ha escrito contra la *praesumptio dolien* los delitos de peligro abstracto en la praxis de los tribunales argentino, no ha aludido, sin embargo, a que quizá ésta fuera la única salida que la legislación y la doctrina científica argentina dejaba a la jurisprudencia (52). La legislación, por no haber previsto específicamente la comisión culposa de ciertos delitos de peligro abstracto. La doctrina, por acudir a la fórmula de la preterintención cuando acaso —y me arriesgo con sumo temor y con las mayores reservas a apuntar una solución— hubiese sido más aconsejable estimar, en el supuesto de que al delito de peligro cometido culposamente, se hubiese añadido la producción de la condición de mayor punibilidad constituida por el resultado que se quería evitar, que el delito que se produjo fue únicamente el de ese resultado con el carácter de culposo. Es decir, que la comisión culposa del delito de peligro convirtiese en culposo el resultado, que constituiría, por otra parte, el único delito que se podría apreciar. La jurisprudencia española ha seguido a veces este camino (53).

(52) BAIGÚN: *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Buenos Aires, 1967, passim.

(53) La Sentencia de 31 de enero de 1969 (Aranzadi, ref. 399) establece, v. gr., "que el delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia manifiesta de bebidas alcohólicas, previsto en el artículo 5.º de la Ley especial repetidamente citada (la de 24 de diciembre de 1962), se consuma ciertamente por el simple hecho de la conducción en las condiciones aludidas, mas si se produce un accidente, con resultado lesivo o dañoso, y se considera la embriaguez como uno de los elementos integrantes del delito culposo, no corresponde desglosarlos, ya que de otro modo se vulneraría el principio "non bis in idem", según tiene declarado esta Sala, por lo que, si cual ya queda declarado, la embriaguez en que se haya sumido el inculpado es uno de los factores, y ciertamente preponderante, más aún, el que dio lugar a la restante serie de irreflexivas y peligrosas acciones y omisiones del conductor hasta el acaecimiento de la final catástrofe, integradores del *culposo delito de resultado objeto de condena*, exacto es que solamente pudo pensarse este último delito, consecuencia lógica del juego del concurso de normas que el tema en discusión plantea, y de la certera doctrina según la cual siendo la conducta fundamental única, la solución ha de conducir siempre a excluir la doble punición, y ello igualmente en los supuestos en que la embriaguez sea calificable como mínimo como una concausa en la imprudencia, no es escindible de las demás, relevante tan sólo para determinar la gravedad de la culpa y la pena a imponer, criterios los expuestos claramente aceptados (antes), con más claridad consagrados en la redacción actual del artículo 340 bis a) del Código Penal, expresivo de que en los que titula delitos contra la seguridad del tráfico —conducir en estado de embriaguez entre otros— si resulta además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada".

Por otra parte, como ha advertido Cerezo, la Jurisprudencia española, en relación a ciertos delitos de tráfico, ha renunciado al requisito de la licitud inicial del acto y estimados culposos asimismo los resultados derivados de actos iniciales doloosos (*El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, pág. 290).

El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Objetivos y limitaciones de la reforma de 8 de abril de 1967.*—II. *Intentos jurisprudenciales de superar las deficiencias de la reforma de 1967.* A. La tesis de la plena desvinculación de los tipos contenidos en los párrafos primero y último del art. 489 bis.—B. La tesis de la autonomía técnica y práctica del «subtipo» agravado del último párrafo del art. 489 bis.—III. *El pensamiento de la «ingerencia».*—IV. *Especial exigencia del deber de socorro a quien causó el accidente. Repercusiones sobre la interpretación jurisprudencial de las características de la figura básica.*—1. La situación de peligro y la irrelevancia de la ineficacia del auxilio. La idea de fuga como núcleo del tipo. 2. Deber preferente de prestar socorro. Desamparo relativo. Presunción de desamparo.—3. Deber de cerciorarse de las consecuencias del accidente. Voluntario incumplimiento de este deber y dolo del no auxilio a víctima. El problema de la imprudencia.—V. *La ingerencia y la responsabilidad civil derivada del delito de omisión de socorro.*

I. *Objetivos y limitaciones de la reforma de 8 de abril de 1967.*

Como es sabido, el último párrafo del artículo 489 bis del C. p. (1) fue introducido por la Ley de 8 de abril de 1967, que se había fijado como uno de sus objetivos la incorporación al Código penal de los delitos cometidos con ocasión del tráfico automovilístico, regulados hasta entonces en legislación especial (Ley de 9 mayo 1950 primero, y luego Ley de 24 diciembre 1962).

Lo que el legislador de 1967 pretendió, según expresa manifestación, fue trasplantar al Código penal los delitos contenidos en la Ley especial. En el apartado tercero del preámbulo de la Ley de 8 de abril de 1967, después de subrayar la conveniencia de la inserción de los delitos de tráfico en el Código penal común habida cuenta de «su indudable semejanza» con otros previstos en el texto punitivo principal,

(1) "Si la víctima lo fuese por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor."

el legislador afirma: «La experiencia proporcionada con la aplicación de la Ley especial permite dar ya este paso adelante, encuadrando los delitos que tipificaba en el Código penal común».

Si el legislador de 1967 creyó que con el traslado al artículo 489 bis del C. p. de la modalidad agravada contenida en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, no alteraba sustancialmente la figura de omisión de socorro hasta entonces prevista en la Ley especial, hay que decir que se equivocó. En efecto, la omisión de socorro prevista en el artículo 7 de la Ley de 24 de diciembre 1962 (2) experimentó, a través de la referida incorporación, una transformación profunda. La « semejanza » que existía entre la omisión de socorro común y la especial no justificaba la inserción de ésta en aquélla. Ambas figuras, según tendremos ocasión de ir comprobando, presentaban una estructura típica distinta y respondían a finalidades político-criminales diferentes.

El texto de la Ley especial permitió a la jurisprudencia una interpretación lata que, más allá de la expresa denominación legal de « omisión de socorro », aproximó esta figura a la propia del *delito de fuga*. Conde-Pumpido recordó oportunamente a raíz de la reforma de 1967 que, bajo la vigencia de la legislación especial, la jurisprudencia « entendió cometido el delito incluso en los casos en que no existieran víctimas personales (S. T. S. 18-XI-66) (3), o en que el auxilio pudiera ser

(2) “Se aplicará al conductor la pena de prisión menor y privación del permiso de conducir de dos a diez años en caso de que se tratara de víctima causada por él.”

(3) La sentencia 18 noviembre 1966, de conformidad con la interpretación de algunos comentaristas, entre ellos, REYES MONTERREAL, *Comentarios a la ley de uso y circulación de vehículos de motor*, Barcelona, p. 101, estimó que el término “víctima” aludía, en el sentido del artículo 5 de la ley de 9 mayo 1950 (y lo mismo luego en el artículo 7 de la ley de 24 diciembre 1962) al titular de bienes en peligro, fuesen éstos personales o patrimoniales. “Acierta —dice la Sentencia 18 noviembre 1966— el Considerando primero de la Sentencia impugnada, al estimar que el vocablo «víctima», que emplea el precepto discutido, no significa necesariamente persona lesionada, según sostiene el recurrente, sino que lo es toda persona que padece daño, y en el presente caso es ciertamente indiscutible que el perjudicado por el suceso padeció daño o detrimento en sus bienes, al causársele en su vehículo por importe de 15.000 pesetas. En realidad, tal amplio entendimiento de este término era ya discutible a la luz de la legislación especial. La palabra «víctima» tenía en el artículo 5 de la ley de 9 de mayo 1950 y el 7 de la de 24 de diciembre de 1962, el mismo significado con que se utiliza en el lenguaje corriente, relativo a accidentes de tráfico, en el que la expresión «víctima» equivale a víctima personal, hasta el extremo de que, por ejemplo, basta decir, como a diario se dice en los periódicos, «hubo tantas víctimas o no hubo víctimas», para que resulte ya superfluo añadir el adjetivo «personales». Y así lo estimó con buen sentido un autorizado sector de comentaristas. E. CUELLO CALÓN, *Ley penal del automóvil* (Barcelona, 1950), p. 53: “Es requisito indispensable que haya una o más víctimas, que se haya causado un mal a las personas; el que causa daño en las cosas y emprende la fuga, sin cuidarse del perjudicado, no comete este delito, a lo más podrá incurrir en la sanción, señalada en el artículo 49 a) del Código de la Circulación.” F. PERA VERDAGUER, *La ley del automóvil* (de 24 de diciembre de 1962) (1963), p. 100: “Se precisa también que haya una o

prestado por terceros (S. T. S. 21-II-62); así como si el auxilio es superfluo, tanto por la inexistencia de un riesgo en que la víctima se encuentre (S. T. S. 10-V-1963); cuanto por haberse consumado el riesgo en el daño temido, que hace inútil toda ayuda, como ocurre cuando la víctima ha muerto en el acto (S. T. S. 26-XII-66); e insistiendo en que el momento consumativo radicaba en la huida del lugar del hecho, sin que desnaturalizara el delito el retornar más tarde para prestar un posterior auxilio (S. T. S. 21-II-1962)». Toda esta doctrina jurisprudencial —añade Conde-Pumpido— «había ido asimilando el tipo de omisión de socorro a las víctimas de la circulación a un *delito de fuga*, análogo al ilícito administrativo del artículo 49 de nuestro Código de circulación» (4).

En virtud del principio de legalidad y la técnica de los tipos penales, el anterior entendimiento queda truncado con la incorporación de la omisión de socorro que estaba prevista en la ley especial al artículo 489 bis del C. p. En efecto, el primer párrafo de este precepto exige como requisitos básicos, entre otros, los siguientes:

a) Un peligro *personal* («*persona* en peligro»). Es decir, un riesgo para la vida o la integridad física, sin que baste un peligro para bienes patrimoniales.

b) Un concreto peligro *actual* y *perceptible* («manifiesto y grave»). Exigencia que margina los supuestos en los que el riesgo se transformó ya en efectivo resultado dañoso haciendo superfluo el auxilio, como sucede en casos de muerte.

c) Una *situación de desamparo*, que naturalmente, no se da cuando en el momento de la fuga la víctima queda convenientemente asistida por terceras personas.

Por obra de su incorporación al artículo 489 bis del C. p., la omisión de socorro de la ley especial quedó sometida a los anteriores requisitos. La innovación legislativa fue denunciada desde los primeros momentos como regresiva. «Invocando una unidad de tipo —comentó Conde-Pumpido—, se han llevado las omisiones de auxilio en el tráfico al artículo 489 bis del C. p., con lo que se ha desvirtuado su esencia y se han echado por tierra todas las conquistas de la doctrina judicial en torno a una interpretación lata y ejemplar de la figura de omisión de socorro a las víctimas de la circulación... En ese terreno es obvio, a nuestro juicio, que la reforma de 1967 constituye un lamentable retroceso» (5).

más víctimas, esto es, que se haya producido un resultado lesivo para las personas.»

(4) C. CONDE-PUMPIDO, *La nueva estructura del tipo de omisión de socorro a las víctimas de accidentes en la circulación*, en "Revista de Derecho de la circulación" (septiembre-octubre 1968), pág. 426.

(5) C. CONDE-PUMPIDO, *La nueva estructura*, cit., p. 437.

Ahora bien, ha transcurrido ya desde la reforma el tiempo suficiente para comprobar que la jurisprudencia no ha renunciado a todas las anteriores conquistas. La jurisprudencia sentada a propósito del último párrafo del artículo 489 bis del C. p., ha intentado por diversos caminos conservar la mayor parte posible de las características que la precedente doctrina judicial había atribuido a la figura de omisión de socorro de la ley especial.

En la *praxis*, pues, la introducción del último párrafo del artículo 489 bis del C. p. condicionó un nuevo entendimiento de los elementos básicos de la omisión de socorro. Todo ello puede originar en algunos casos tensiones con los postulados derivados de la técnica de los tipos penales y, en definitiva, con el principio mismo de legalidad. La desafortunada reforma de 1967 ha colocado a los Tribunales entre urgentes necesidades político-criminales y el principio de legalidad.

Cuando la Ley de 17 de julio 1951 introduce en el artículo 489 bis la figura de la omisión de socorro, existía ya en el artículo 5.º de la ley de 9 de mayo de 1950 el delito específico de no auxilio a víctima, en virtud del cual se castigaba al «conductor de un vehículo de motor que no auxiliare a la víctima por él causada». En virtud de este precepto quedaba atendida en la parcela de actividad peligrosa que más lo requiere —tráfico automovilístico— la necesidad de garantizar al máximo los deberes de auxilio que incumben a quienes han ocasionado víctimas. Por ello, a la hora de introducir en el Código penal la omisión de socorro «genérica», pensada fundamentalmente para las omisiones de auxilio a víctimas que «se encuentran» y no que «se ocasionan» por el propio omitente (6), pudo el legislador de 1951, dando por cubierta merced al artículo 5 de la ley 9 mayo 1950 la necesidad a que anteriormente aludíamos, operar con criterios restrictivos, exigiendo que la persona necesitada de auxilio «se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave». Con estas exigencias no comprometía en nada las específicas necesidades político-criminales surgidas al calor del tráfico automovilístico, a las que, como hemos visto, atendía por su parte el artículo 5 de la ley de 9 mayo 1950.

El legislador de 1967 no tuvo en cuenta esto, y al someter la figura contenida en la ley especial a los requisitos más estrictos de la omisión

(6) La redacción originaria del artículo 489 bis —“el que no socorriere a una persona que se encontrase desamparada y en peligro manifiesto y grave”— no excluía ciertos supuestos en los que la situación de peligro había sido ocasionada por el propio omitente, pese a que literalmente se exigía el “encuentro” del que no prestaba el auxilio con la persona que lo necesitaba. Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, pp. 269 ss. En cualquier caso, tales supuestos constituían la excepción. La figura del párrafo primero del artículo 489 bis se refería ya entonces primordialmente a personas en peligro con las que se “encuentra” el omitente y no a víctimas por él ocasionadas. La sentencia 11 diciembre 1969 subrayó, en este sentido, que “tal párrafo se refiere al caso de personas que se “hallasen” o se “encuentren”, según la anterior redacción, en esas circunstancias por causas ajenas a quien las ve”, mientras que el párrafo tercero del artículo 489 bis “contempla una relación directa de causa a efecto entre el agente y su víctima”.

de socorro genérica del primer párrafo del art. 489 bis, dejó desatendidos aspectos anteriormente cubiertos por las leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 diciembre 1962.

La jurisprudencia trata de salvar de la mejor manera el conflicto, originado por la reforma de 1967, entre principio de legalidad y necesidades político-criminales, tanteando distintas vías. Pero aunque, como sucede por descontado en este caso, los Tribunales actúen con una mucho más certera conciencia de las necesidades político-criminales que el propio legislador, no podemos olvidar que el Derecho penal, entendido como Carta Magna del delincuente en virtud de la vigencia del principio de legalidad, constituye —como en su día dijo von Liszt— la barrera infranqueable de la política criminal. Las deficiencias y lagunas de las leyes penales por vía legislativa han de resolverse, y así como el legislador de 1967 no tuvo reparos en arrumbar la ley especial de 24 diciembre 1962, a pesar del poco tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, pudo aprovecharse ya la reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971 para subsanar éstos y otros defectos, por aquel entonces ya claramente evidenciados.

II. *Intentos jurisprudenciales de superar las deficiencias de la reforma de 1967.*

A. *La tesis de la plena desvinculación de los tipos contenidos en los párrafos primero y último del art. 489 bis.*

El camino más expeditivo para dejar las cosas como estaban antes de la reforma de 1967, consiste indudablemente en afirmar que el tipo del último párrafo del art. 489 bis del C. p. es «distinto» e «independiente» del contenido en el párrafo primero, de tal suerte que no queda sometido a las exigencias de éste. Con la inserción del último párrafo se habrían trasladado al artículo 489 bis exactamente las mismas conductas que resultaban punibles bajo la vigencia de las leyes especiales. Lo que se vería confirmado por la voluntad del legislador, que según expresa manifestación, pretendió «insertar» en el Código las infracciones previstas en la ley especial, pero no que dejase de ser delictivo lo que lo era ya bajo la vigencia de la legislación especial.

Esta es la tesis que sostuvo la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los primeros momentos en que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la reforma de 1967, a través de la interesante sentencia de 11 diciembre 1969. (Ponente, Sr. González Díaz):

«El segundo motivo del recurso donde se postula la inexistencia del delito de omisión del deber de socorro por no concurrir en el caso de autos las circunstancias de desamparo y peligro manifiesto y grave exigidos en el párrafo 1.º del art. 489 bis

del C. p. no puede ser acogido, porque la interpretación dada por el recurrente, estableciendo una sola tipología de este delito con una modalidad agravatoria para los conductores, del párrafo final de ese artículo y la conclusión de ser atípica la fuga del lugar del suceso si no va acompañada de aquellas circunstancias de abandono y peligro va en contra de los antecedentes legislativos de la reforma penal de 8 de abril 1967 y de los propósitos del legislador al decir expresamente en el preámbulo de esa ley que «la persistencia y continuidad con que se producen los delitos cometidos con ocasión del tráfico de automóviles y su indudable semejanza con otros previstos en el C. p., aconseja la conveniencia de su inserción en el principal texto punitivo, encuadrando los delitos que tipificaba —la ley especial— en el C. p. común, lo que evidencia que la mayor o menor fidelidad con que se haya hecho el trasplante no puede conducir a que ahora no sea delito lo que ya lo era en las leyes especiales de 9 mayo 1950 y 24 diciembre 1962 en que el delito quedaba tipificado por el mero hecho de no socorrer el conductor a la víctima causada por él «pudiendo hacerlo», según agregó la última ley citada; que es lo que acaeció en la ocasión de autos, en la que el inculpado, dándose perfecta cuenta de la colisión, salió huyendo sin preocuparse de lo que hubiera pasado al vehículo y sus ocupantes cuando nada había que le impidiese hacerlo según declaran los hechos probados, quedando en aquel momento consumado el delito que *sólo* exige para su afloración al campo penal de esos factores, víctima producida por el conductor, conocimiento de éste de tal hecho y huida del lugar sin tratar de prestar auxilio; y al limitar a estos términos estrictos esta tipicidad delictiva no se va contra el párrafo 1.º de ese art. 489 bis, que exige las circunstancias de desamparo y peligro manifiesto y grave invocadas en el recurso, porque tal párrafo se refiere al caso de personas que se «hallasen» o se «encuentren», según la anterior redacción, en esas circunstancias por causas ajenas a quien las ve, es decir, el hallazgo de personas necesitadas de auxilio, deber de caridad con el prójimo elevado a exigencia jurídica, y que no puede identificarse con el de «víctima» —palabra que no aparece en el primer párrafo de ese artículo— causada por el inculpado, en donde se contempla una relación directa de causa u efecto entre el agente y su víctima que penalmente *tiene que merecer* trato diferente, por eso puede afirmarse que dentro del artículo del Código que se comenta existen las dos tipologías delictivas que se impugnan en el recurso.»

Pese a la agudeza y sugestiva claridad con que fue expuesta la interpretación ofrecida por la sentencia de 11 de diciembre 1969 no es convincente, y no resulta difícil demostrarlo.

En primer término hay que advertir que la apelación a los «propósitos del legislador» no es ni mucho menos decisiva. La voluntad del

legislador no siempre coincide con el sentido objetivo de la ley, y es bien sabido que en caso de discrepancia es a este sentido objetivo y no al propósito subjetivo del legislador al que hay que atenerse. Pudo efectivamente, el legislador de 1967, estimar que con la reforma no alteraba el ámbito de lo punible, pero hasta qué punto esto ha resultado objetivamente así sólo puede comprobarse después de fijado el significado y alcance objetivos del actual artículo 489 bis del C. p. No vale decir que, puesto que el legislador quiso que continuasen siendo delito las mismas conductas que ya lo eran, hay que considerar a éstas, sin más, trasladadas al artículo 489 bis e incluidas en él. Esta inversión en el camino hermenéutico es insostenible. La propia sentencia de 11 diciembre 1969 no se satisface con semejante argumentación y desciende al terreno concreto del artículo 489 bis del C. p. con la pretensión de demostrar que el texto y la estructura de esta disposición legal confirman la existencia de «dos» tipos de omisión de socorro: el que ya se hallaba en el citado artículo; y el que se introduce, por obra de la reforma de 1967, en el párrafo tercero, que, con independencia de los requisitos del anterior, coincide plenamente con la figura que regulaba la ley especial.

Tampoco en este terreno es posible suscribir la desvinculación que la sentencia de 11 de diciembre de 1969 pretende establecer entre los párrafos primero y tercero del artículo 489 bis del C. p. La verdad es que los párrafos tercero y primero de este artículo se encuentran íntimamente conectados, como revela claramente, por lo demás, la misma construcción gramatical. El condicional «si la víctima...» evidencia que esta «víctima» no puede ser sino la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave a que se refiere el párrafo inicial del artículo 489 bis del C. p. (7). No se puede aceptar, por ello, la conclusión de que el delito del último párrafo del art. 489 bis, «sólo exige» para su afloración al campo penal «víctima producida por el conductor, conocimiento de éste de tal hecho y huida del lugar sin tratar de prestar socorro», con independencia de las circunstancias de desamparo y peligro manifiesto y grave exigidas en el párrafo primero del citado artículo.

Sin duda lleva razón la sentencia de 11 de diciembre de 1969, cuando subraya la diferencia material entre los supuestos de quien «encuentra» a una víctima por él no causada y omite el socorro y el de quien no presta auxilio a la víctima por él ocasionada, cuando advierte que ambos casos tienen que merecer penalmente trato diferente. Las consideraciones que a este respecto formula la citada resolución judicial son válidas de *lege ferenda*. Pero, en cualquier caso, de *lege lata* no sirven para justificar, tal como se pretende, la desvinculación de los párrafos primero y tercero del art. 489 bis del C. p. y la existencia en este precepto de «dos tipologías» desconectadas.

(7) En este sentido también CONDE-PUMPIDO, *La nueva estructura*, cit., p. 432.

B. *La tesis de la autonomía técnica y práctica del «subtipo» agravado del último párrafo del art. 489 bis.*

La reciente y muy importante sentencia de 30 mayo 1973 (Ponente, Sr. Díaz Palos) vino a reconocer y exponer con absoluta claridad el cambio operado con la reforma de 1967, apartándose radicalmente de la tesis sustentada en la sentencia de 11 de diciembre de 1969. El interés que encierra la sentencia de 30 de mayo 1973 justifica la cita extensa de sus consideraciones:

«El delito de omisión de auxilio a la víctima de un accidente de circulación fue sancionado por las leyes de 9 mayo 1950 y 24 diciembre 1962 a través de tipologías mucho más amplias que la vigente incardinada, como agravante del tipo básico, en el general delito de omisión del deber de socorro descrito en el artículo 489 bis del C. p.; amplitud que había permitido la elaboración por esta Sala de una doctrina interpretativa que permitía acoger todos los casos en que los dictados de la solidaridad humana, que presidieran aquellas regulaciones, exigían sobreponer la sanción punitiva al simple reproche moral, y así se entendió cometido el delito cuando no existía *victima personal* y sí sólo *daños patrimoniales* —S. 18 noviembre 1966—; cuando el auxilio era superfluo, tanto por no existir víctima propiamente dicha en el primer momento del atropello —S. 10 mayo 1963—, como, por el contrario, haber muerto en el acto —S. 26 diciembre 1966—, de modo que el acento se ponía en la huida del lugar del accidente sin prestar el auxilio debido, aunque luego se retornara para una posterior e interesada ayuda, tratando de desfigurar lo ocurrido —S. 21 febrero 1962—; doctrina toda esta que venía a identificar el tipo penal entonces vigente con el llamado *delito de fuga* de otras legislaciones, cuyo *nomen iuris* ya da a entender, sintomáticamente, que lo punible es el atentado a la Administración de Justicia perpetrado por quien trata de rehuir la posible responsabilidad del accidente por él causado, más que la infracción del deber de solidaridad social dimanante de la situación de peligro originada previamente; configuración aquélla, por otra parte, más en consonancia con las realidades de nuestro tiempo y con las específicas del tráfico de vehículos de motor. La reforma penal llevada a cabo por la Ley de 8 de abril 1967, al prescindir del aludido tipo penal autónomo, que muy bien pudo encuadrarse en el Título IV del libro II del Código penal, como se hizo con el paralelo delito descrito en el actual artículo 338 bis y llevarlo como subtipo agravado al vigente artículo 489 bis, párrafo último de dicho cuerpo legal, sufrió automáticamente una forzosa reducción en cuanto ha de partirse, para una correcta exégesis, de todos y cada uno de los requisitos exigidos por la figura básica, comenzando por su naturaleza jurídica que queda ineluctablemente liga-

da a la de un delito de riesgo o peligro atentatorio a la *seguridad de las personas* tal como se desprende de la rúbrica legal bajo la que está encuadrado; de modo que la víctima del atropello ha de ser una *persona* y la puesta en peligro ha de referirse únicamente a los bienes inherentes a la persona misma, con la consiguiente eliminación de cualesquiera otros como los patrimoniales; reducción del *sujeto* pasivo que se opera igualmente desde otro ángulo, cuando el atropellado deja de ser peligrado por morir instantáneamente en el accidente, y ello por dos razones básicas: a) porque en el mismo momento de fallecer *deja de ser persona* a tenor de lo dispuesto en el artículo 32, párrafo 1.º, del C. c.; y b) porque simultáneamente y probado que no se trata de muerte aparente, sino real —caso aludido en otras legislaciones que incluyen en el tipo los cuerpos inanimados o aparentemente muertos— tampoco cabe hablar de persona desamparada y en peligro manifiesto y grave a que conjuntamente alude el delito-base y que, por ende, ha de extenderse a la *víctima* del delito-complementario, pues es obvio que un muerto ya no se encuentra o halla en peligro, por haber sobrevenido el daño temido.»

El camino ensayado por la sentencia 11 diciembre 1969, aunque no de un modo tan explícito como se hace en la reciente sentencia de 30 de mayo de 1973, cuyas consideraciones centrales acabamos de transcribir, fue pronto abandonado.

La expeditiva pretensión de desvincular totalmente los párrafos primero y tercero del art. 489 bis fue sustituida por una interpretación menos radical y más sutil.

Las sentencias 6 octubre 1970, 21 mayo y 17 diciembre 1971, entre otras, calificaron al párrafo tercero del artículo 489 bis como «subtipo agravado». En esta línea persisten las de 5 y 15 de octubre de 1973. En la sentencia 17 diciembre 1971 (Ponente, Sr. Escudero del Corral) se reconoció expresamente que «como subtipo agravado de la fórmula común de los párrafos primero y segundo» implica la concurrencia de los requisitos típicos de éstos, «pues no se trata de una tipología independiente, sino subordinada a su contenido, y ampliada en la punición, porque la única diferencia se encuentra en que así como el deber de actuar del delito base, es sobre la persona hallada en desamparo, en el subtipo el auxilio se impone sobre la propia víctima, originada, bien en el orden causal físico por mero caso fortuito, o bien además, con la coincidente causalidad moral, generadora de responsabilidad culposa». En definitiva —según la sentencia 17 de noviembre 1971— el delito del que nos estamos ocupando «se estructura típicamente por el juego complementario del total contenido del artículo 489 bis del C. p., sobre la premisa de haber ocasionado el agente una víctima, por accidente fortuito o culposo».

Ahora bien, reconocida así la subordinación del párrafo tercero del art. 489 bis, la misma línea jurisprudencial aludida subraya a renglón

seguido que tal «subtipo agravado» posee «autonomía técnica y práctica» (S. 17 diciembre 1971), proclamando la necesidad de otorgársela en grado *máximo* (S. 21 mayo 1971) (8).

Si no entendemos mal, lo que quiere poner de relieve la citada dirección jurisprudencial es que la figura del párrafo tercero del artículo 489 bis presupone los elementos de la modalidad del párrafo primero, pero que, por lo demás, constituye un tipo *autónomo*, aunque naturalmente *derivado* (y sólo en este sentido también dependiente) del delito básico de omisión de socorro.

Se suele decir que lo que define a los simples tipos agravados frente a los autónomos es que en aquéllos «lo único que se hace es añadir características agravantes de la pena, a la acción básica no modificada en su esencia» (9).

En el párrafo tercero del artículo 489 bis los presupuestos del delito básico se muestran enriquecidos desde el momento en que la omisión del auxilio aparece sobreañadida a una previa conducta causal del omitente. Hasta tal punto que mientras el tipo básico es un delito común, susceptible de ser cometido por cualquiera, la modalidad del párrafo tercero del artículo 489 bis es un delito con círculo restringido de posibles sujetos activos: sólo pueden serlo quienes previamente han ocasionado el accidente.

En este previo hacer causal radica toda la especialidad de la figura del último párrafo del artículo 489 bis y, como veremos, la peculiar interpretación de los elementos del tipo básico que la jurisprudencia ofrece en referencia con el citado párrafo, arranca precisamente de ese específico presupuesto. Al amparo de la «autonomía técnica y práctica» que propugnan, entre otras, las sentencias 21 mayo y 17 diciembre 1971, la jurisprudencia actual trata de conservar en la medida de lo posible, según hemos indicado anteriormente, las características que había atribuido a la figura de omisión de auxilio de las leyes de 9 mayo 1950 y 24 diciembre 1962.

III. *El pensamiento de la «ingerencia».*

El último párrafo del artículo 489 bis tiene como premisa el que la persona necesitada de auxilio sea víctima de un accidente ocasionado precisamente por quien no presta el socorro. El término *accidente* se emplea aquí por la ley en su significación de «suceso eventual» o «acción de la que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas» (10), que se corresponde con una de las acepciones recogidas por la Real Academia. Este concepto de accidente excluye de por sí la

(8) "Al que ha de otorgársele máxima autonomía técnica y práctica."

(9) MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, I (trad. J. Córdoba) (Barcelona, 1962), p. 281.

(10) Cfr. C. CONDE-PUMPIDO, *La nueva estructura*, cit., p. 427.

causación dolosa de la situación en que se encuentra la víctima necesitada de socorro. Es indiferente, en cambio, que el *accidente* sea meramente *fortuito* («sin culpa, ni intención», según la terminología del número 8 del art. 8 del C. p.) o producto de una actuación *imprudente*.

Como indica la sentencia 17 diciembre 1971, el delito del párrafo tercero del art. 489 bis se estructura «sobre la premisa de haber ocasionado el agente, una víctima por accidente, fortuito o culposo», es decir, presupone una víctima «originada, bien en el orden causal físico por mero caso fortuito, o bien *además* con la coincidente causalidad moral, generadora de responsabilidad culposa» (11). Con este alternativo «o bien además», la sentencia 17 diciembre 1971 destaca que en cualquier caso es requisito necesario que entre el actuar precedente de quien luego omite el auxilio y el accidente exista una *relación de causalidad material* (12).

Este presupuesto esencial del último párrafo del artículo 489 bis nos sitúa en el marco del pensamiento de la *ingerencia*, según el cual quien ha producido una situación de riesgo para bienes ajenos jurídicamente protegidos (*ingerencia*), debe preocuparse de que el peligro por él creado no se transforme en un resultado típico.

Este pensamiento se vino desarrollando en la doctrina alemana desde hace más de ciento cincuenta años bajo el epígrafe «deberes dimanantes de un actuar precedente», como un aspecto parcial del problema más amplio de la equiparación de la omisión y la acción positiva (13). Sin embargo, la denominación de *Ingerenz*, que claramente evoca la idea de «intromisión» en la esfera jurídica ajena, se remonta en la literatura alemana tan sólo a Nagler, quien la utilizó en 1938 (14).

El pensamiento de la «ingerencia» aparece históricamente conectado, según dejamos indicado, a la problemática de los delitos impropios de omisión (15), como un criterio que permitía equiparar la no evitación del resultado típico a su causación activa en ciertos casos en los que no era posible derivar un deber de actuar ni de la ley ni de

(11) En idéntico sentido, S. 21 mayo 1971 y 22 mayo 1968.

(12) Aspecto insistentemente destacado por la jurisprudencia S. 11 diciembre 1969 (A/5886): «causante del siniestro». S. 11 diciembre 1969 (A/5883): «relación directa de causa a efecto entre el agente y su víctima». S. 10 marzo 1970: «siendo causa física o material del accidente». S. 6 octubre 1970: «causa de la situación peligrosa».

(13) J. WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung* (Berlín, 1968), p. 15.

(14) J. NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, en «Der Gerichtssaal», tomo 111 (1938), p. 26.

(15) Sobre la evolución histórico-dogmática del pensamiento de la ingerencia, vid. H. J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz* (Göttingen, 1966), pp. 4 y ss.; K. PFLEIDERER, *Die Garantstellung aus vorangegangenem Tun* (Berlín, 1968), pp. 48 y ss., y J. WELP, *Vorangegangenes Tun*, cit., pp. 25 y ss.

un contrato. La categoría de la «ingerencia» fue utilizada, en este sentido, durante largo tiempo como un «tapaagujeros» (16).

Todavía hoy el pensamiento de la ingerencia suele aparecer invocado en materia de delitos de comisión por omisión. La actuación precedente creadora del peligro para bienes jurídicos ajenos (ingerencia), convertiría al agente en garante de la no verificación del resultado típico. A su vez, esta posición de garantía, derivada de la previa ingerencia, fundamentaría una responsabilidad a título de comisión por omisión respecto a los resultados típicos dimanantes de la situación de peligro previamente originada.

Este esquema tan simple está siendo prácticamente abandonado por la mejor doctrina actual, que entiende que no basta para que surja un deber de garantía la mera causación previa de un peligro. No faltan autores en la literatura más reciente que llegan a sostener la tesis radical de que de un actuar precedente no puede derivar en ningún caso un deber de garantía. Así, por ejemplo, Schünemann, quien habla en tono crítico del «arcaico y dudoso principio causal de la ingerencia» (17). Y, por lo demás, incluso quienes siguen apelando, en sede de comisión por omisión, a la idea de ingerencia reconocen que de un actuar precedente «no siempre» deriva una posición de garantía, y subrayan la necesidad de limitar el pensamiento de la ingerencia a la hora de fundamentar una responsabilidad a título de comisión omisiva. Herzberg puso de relieve hace poco tiempo que es preciso encontrar criterios que señalen al principio de la ingerencia fronteras razonables. «Es esta —dice— una tarea de la más alta importancia. La teoría del actuar precedente tiene, de modo similar a la teoría de la equivalencia, una cierta tendencia a la extralimitación» (18). Por su parte, Pfeleiderer ha señalado cuatro posibilidades de operar esta limitación (19): 1) limitación referida al concepto de peligro (20); 2) selección de determinadas acciones precedentes (21); 3) limitación

(16) G. STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Di Straftat* (Berlín, 1971), p. 265.

(17) B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre* (Göttingen, 1971), pp. 116 ss., 313 ss. y 298.

(18) R. D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip* (Berlín, 1972), p. 294.

(19) F. PFLEIDERER, *Die Garantstellung*, cit., p. 97.

(20) Así, A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Stragesetzbuch. Kommentar*, 15 ed. (München, 1970), p. 45, exigiendo que se trate de un peligro «próximo (adecuado) para la producción de un daño».

(21) Como hacen algunas sentencias del Tribunal Federal alemán. El propio PFLEIDERER en la obra citada, después de advertir (p. 127) que las sentencias relativas a posición de garantía giran en torno a seis temas (la casa, la industria, fuentes móviles de peligro, encierro de otras personas, entrega de armas y complicidad en falsos testimonios), cierra su investigación ofreciendo un breve repertorio de «casos básicos» (p. 162), sosteniendo que de un actuar precedente sólo surge una posición de garantía si el sujeto se encuentra en alguno de esos casos básicos (infracción de los deberes de seguridad en el ámbito doméstico, venta de productos médicos o de comestibles peligrosos para la salud en el ámbito industrial, custodia defectuosa de animales, en-

llevada a cabo sobre el contenido del deber (22); 4) limitación a través de exigencias complementarias (23).

Haciéndose eco de estas tendencias restrictivas, Jescheck propugna esta triple limitación: a) la actuación precedente debe haber creado un peligro *inmediato* de producción del daño; b) el comportamiento previo ha de ser *objetivamente contrario al deber* (aunque el autor no sea culpable) (24); c) finalmente, la modalidad de la perturbación debe ser de tal índole que, según la convicción jurídica de la generalidad, convierta al perturbador en criminalmente responsable de la no evitación del daño (25). Es decir, aún reconociendo que el precedente actuar peligroso origina un deber de actuar, se niega que engendre siempre y necesariamente un deber de garantía, capaz de fundamentar una responsabilidad criminal a título de comisión omisiva.

El último párrafo del artículo 489 bis del C. p. representa una evidente prueba de que para la ley penal española el pensamiento de la ingerencia no fundamenta, sin más, una responsabilidad de comisión por omisión.

El párrafo tercero del art. 489 bis pone de relieve que, para nuestro Código, no todo actuar precedente (incluso no sólo injusto, sino también culpable) coloca al agente en posición de garante y le grava con el correspondiente deber de garantía fundamentador de una responsabilidad criminal por el resultado no impedido (26). En efecto, conforme a tal precepto, ni siquiera quien ha creado antijurídica y culpablemente la situación de peligro (v. gr., lesiones gravísimas causadas por conducción imprudente) y, luego, omite el socorro necesario, no evitando el ulterior daño (v. gr., muerte), responde criminalmente, a título de comisión por omisión de este daño no evitado. En el ejemplo expuesto, el autor responderá, en relación de concurso, de lesiones cometidas por imprudencia y de omisión de socorro en su modalidad agravada del párrafo

cierro de otras personas, abandono de niños y enfermos en circunstancias peligrosas) o en otros similares.

(22) En este sentido, E. MEZGER, *Strafrecht*, 3 ed. (Berlín-München, 1949), quien, después de distinguir entre simple deber de actuar (*Betätigungspflicht*) y deber de impedir el resultado (*Erfolgsabwendungspflicht*) cuyo sentido sea el de fundamentar una responsabilidad por el resultado no evitado (p. 140), subraya, a propósito del actuar precedente, que el deber no es algo abstracto, sino algo que ha de ser contemplado de modo absolutamente concreto, de tal suerte que el contenido del deber sólo se puede determinar después de una minuciosa consideración de las particularidades del caso concreto (p. 147).

(23) Por ejemplo, la de atender a quien pertenece el "dominio social" del ámbito en que sobreviene el peligro, como propone H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed. (Berlín, 1969), p. 216.

(24) En este sentido, también H. J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik*, cit., p. 182. Otros autores rechazan, en cambio, esta limitación. Así, J. WELP, *Vorangegangene Tun*, cit., pp. 265 ss., quien admite que de "acciones previas justificadas" pueden derivar posiciones de garantía.

(25) Cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2 ed. (Berlín, 1972), p. 473.

(26) Otro tanto sucede con el artículo 106 del C. p. argentino. Vid. E. BACIGALUPO, *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, en ADP y C. P. (1970), pp. 41 y ss.

tercero del artículo 489 bis, pero no de homicidio cometido por omisión (27).

La previa causación del accidente no fundamenta, como estamos viendo, una responsabilidad criminal por el resultado típico cuya evitación se hubiera logrado prestando el auxilio. Pero tampoco resulta indiferente. Nuestro Código ha adoptado una vía intermedia según la cual la ingerencia no origina aquí una responsabilidad a título de comisión por omisión, pero sí, en cambio, una responsabilidad agravada respecto a la modalidad básica de omisión de socorro. Que la ley haya optado por esta solución intermedia, descartando, la responsabilidad de comisión por omisión, puede deberse, entre otras razones, a las peculiares características del nivel de riesgo permitido en la circulación automovilística. No se olvide que el último párrafo del artículo 489 bis del C. p. procede de la legislación penal especial del automóvil y que, aunque a partir de su incorporación al Código obtiene mayor amplitud y se refiere a cualquier clase de víctimas y accidentes, prácticamente sigue aplicándose de manera casi exclusiva a accidentes de tráfico. Pues bien, en materia de tráfico quienes se deciden a utilizar las vías públicas, como usuarios de vehículos o como peatones, asumen, por ese simple hecho, los riesgos inherentes al tráfico automovilístico. Por regla general, la víctima de un accidente de circulación ha aceptado previamente esos riesgos e incluso participa, con su acción, en la creación del peligro permitido. La idea de la ingerencia adquiere, por ello, matices peculiares. Normalmente no se trata aquí de bienes que en posición estática gozaban de plena seguridad hasta que el sujeto provocó el accidente, sino de bienes que se hallan, por decisión de su titular, en una posición dinámica en un área de un determinado nivel de riesgos.

IV. *Especial exigencia del deber de socorro a quien causó el accidente. Repercusiones sobre la interpretación jurisprudencial de las características de la figura básica.*

El deber de socorro que establece el primer párrafo del art. 489 bis del C. p. se funda en la solidaridad humana y deriva, en última instancia, del puro hecho de la vida en comunidad (28).

(27) La jurisprudencia —como no podía ser menos a tenor del artículo 489 bis— no muestra a este respecto vacilación alguna. Vid., entre otras, Sentencias 16 octubre 1970, 17 diciembre 1971, 20 abril y 30 junio 1972. La expresa caracterización que aparece en la Sentencia de 17 diciembre 1971, según la cual “tal modalidad agravada (s. c. del párrafo tercero del artículo 489 bis), con autonomía técnica y práctica, es una infracción dolosa e intencional, *de comisión por omisión*”, no debe inducir a error. La citada sentencia, que contiene un análisis muy completo y sumamente interesante de la figura delictiva que estamos comentando, no utiliza en este pasaje la expresión “comisión por omisión” en su acepción técnica estricta, sino en sentido descriptivo para subrayar que, a diferencia de la modalidad básica del párrafo primero del artículo 489 bis, la *omisión* (de socorro) se superpone aquí a una previa *comisión* (causación del accidente).

(28) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, cit., p. 188.

El deber de auxiliar a la víctima establecido en el último párrafo del art. 489 bis se fundamenta, no ya sólo en razones de pura solidaridad humana, sino, además, en la previa causación del accidente creador de la situación de peligro (ingerencia). En este caso «el sujeto pasivo —dice la sentencia 6 octubre 1970 (ponente señor Díaz Palos)— ya no es simplemente una persona hallada por el culpable afectado por el genérico deber de solidaridad, cual acontece con el tipo básico del párrafo 1.º del mismo precepto, sino que se trata de víctima de accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, deber de auxilio que en el caso del conductor de un vehículo mecánico adquiere acentos de una especial antijuricidad configurada ya en el ámbito normo-administrativo por el art. 49 del C. circulación, que impone a tales conductores obligaciones de inmediato auxilio a las personas lesionadas en el accidente que ocasionaron, todo lo cual explica el especial reproche de la conducta omisiva en el ámbito penal a virtud de aquel deber jurídico de actuación que pese sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de la penalidad... pues aquel específico deber de socorrer se dirige a él de manera personal e intransferible en cuanto causa del hecho que produjo una o más víctimas».

En la misma línea abunda la Sentencia 5 de octubre 1973 (ponente señor Díaz Palos).

«Se hace preciso recordar la doctrina de esta Sala en torno al último párrafo del artículo 489 bis del Código penal que si formalmente está estructurado en la economía del precepto como una agravación del tipo básico contenido en el párrafo primero del mismo, su descripción asume más bien la cualidad de un subtipo con características propias que le dotan de cierta autonomía si, comenzando por el substrato de *acción* en la que el sujeto pasivo ya no es simplemente una persona *hallada* por el culpable afectado por un genérico deber de solidaridad, cual acontece en el tipo primario, sino que se trata de *víctima* de accidente ocasionado por el que omitió el *auxilio debido*, deber de auxilio que en el caso de conductor de un vehículo mecánico adquiere acentos de una especial *antijuricidad* a él personalmente dirigida y configurada ya en el ámbito normo-administrativo por el artículo 49 del Código circulación que impone a tales conductores obligaciones de inmediato socorro a las personas lesionadas en el accidente que ocasionaron, todo lo cual explica el especial reproche de la conducta omisiva en el ámbito penal a virtud de aquel *deber jurídico* de actuación y ya no simplemente moral y filantrópico que pesa sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de penalidad... pues si el deber de solidaridad se impone intuitivamente a toda persona bien nacida en un trance ajeno a su actuación, ya se ha dicho que tal deber cobra especiales acentos de perentoriedad cuando es el propio agente quien causa la víctima».

En idéntico sentido se pronunció también la Sentencia 15 de octubre 1973...: «de tal manera que el deber de asistencia se convierte en carga personal e intransferible del sujeto que causó el accidente, el cual no puede escudarse en la problemática asistencia de otras personas ni dilatar la propia más allá del tiempo hábil para prestarla». Punto de vista en el que vuelve a insistir la Sentencia de 14 de diciembre de 1973 (también bajo ponencia del señor Díaz Palos).

Como vemos, el T. S. ha captado acertadamente que en el primer párrafo del art. 489 bis se contiene un «*genérico deber de solidaridad*», mientras que en el último se recoge un «*específico deber de socorro*» derivado de una conducta precedente (29). A la idea de la solidaridad se superpone el pensamiento de la ingerencia, de tal suerte que —si fuese posible hablar en términos cuantitativos— cabría decir que quien ha causado el accidente está «más obligado» a prestar auxilio, como en efecto dice la doctrina jurisprudencial: «... pues venía por consecuencia de su actuación culposa *más obligado que nadie* a paliar o aminorar el mal producido prestando el deber de socorro» (S. 16 octubre 1970); «... *obligado más que otra* persona a auxiliar a su propia víctima», (S. 19 enero 1973) (30).

Ahora bien, la exigencia, bajo sanción penal, de este deber específico que obliga a quien causó el accidente «más» que a nadie, se opera presuponiendo la concurrencia de las características del tipo básico, pensado para quienes no causaron la situación de peligro y asentado en definitiva en el puro vínculo de la solidaridad humana. El punto de partida de que quien causó el accidente está «más obligado que nadie» a prestar socorro conduce, sin embargo, a la jurisprudencia a interpretar en sentido «más exigente» las características del tipo básico en referencia con quien originó la situación de peligro, como vamos a ver seguidamente.

La sentencia 6 octubre 1970 alude de un modo particularmente claro a las repercusiones de la idea de ingerencia, sobre la que se estructura la modalidad agravada, en la interpretación de algunas características esenciales de la figura básica: «Debiendo por consiguiente ser analizados a la luz de esta especial dinámica de la acción, como del específico trazo de antijuricidad contenidos en el subtipo, los elementos comunes y descritos en el tipo básico relativos a los sujetos activo y pasivo de la infracción».

Y, por su parte, la Sentencia de 15 de octubre 1973 insiste: «los requisitos objetivos del tipo básico contenidos en el párrafo 1.º del artículo 489 bis del Código penal al ser trasladados al subtipo agravado

(29) Vid. también S. 26 diciembre 1969: "... la omisión del deber de socorro que a todos los que pudieran prestarlo genéricamente se imputa, pero con mayor y más concreta exigencia al que ocasionó el accidente..."

(30) Vid. asimismo S. 25 junio 1973: "... y mucho más cuando el autor es responsable de haber provocado la situación de necesidad en que el prójimo interesado se hallaba".

recogido en el párrafo último del mismo precepto *sufren una peculiar transmutación*, ya que el sujeto pasivo ya no es simplemente *persona hallada* por el omitente, sino *víctima* ocasionada por el mismo, con la transformación que ello comporta en el plano de la antijuricidad».

1. *La situación de peligro y la irrelevancia de la ineficacia del auxilio. La idea de fuga como núcleo del tipo.*

La naturaleza jurídica de la figura básica de omisión de socorro está —como dice certeramente la sentencia 30 mayo 1973— «ineluctablemente ligada a la de un delito de riesgo o peligro atentatorio a la *seguridad de las personas*». Al castigar la omisión de socorro se pretende proteger *la seguridad de las personas*, que, efectivamente, queda desatendida cuando el omitente, pudiendo contribuir a su logro, permanece inactivo. Lo que se castiga es *haber dejado inmutada la situación de peligro*, cuando se pudo haber modificado mediante la prestación de auxilio. Por eso, el delito de omisión (real) de socorro presupone necesariamente la *posibilidad de modificar* la situación de peligro. Mal se puede decir que atenta contra la seguridad de las personas quien no podía modificar, con su ayuda, la situación de riesgo.

Si el autor omite creyendo que podía modificar la situación de peligro, pero una consideración *ex post* muestra que no existía en absoluto ninguna posibilidad de modificación, no habrá incurrido en una omisión real de socorro —única hipótesis sancionada en el artículo 489 bis—, sino en una tentativa imposible de omisión de socorro, punible, en su caso, merced a la integración del art. 489 bis con la norma extensiva del párrafo segundo del art. 52 del C. p. (31). La situación no es, en el fondo, distinta a la de quien omite creyendo que se trata de un herido grave, cuando en realidad la persona estaba ya muerta, supuesto que, como puso definitivamente en claro la citada sentencia de 30 de mayo de 1973, sólo puede dar lugar, a una *tentativa imposible* por ausencia de sujeto pasivo, sancionable conforme al párrafo 2.º del art. 52 del C. p. o, bien, en su caso, a una declaración de estado peligroso (32).

(31) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, cit., pp. 238 ss.

(32) La Sala Segunda del T. S., en la parte dispositiva de la segunda sentencia del recurso de casación, resuelto por la de 30 mayo 1973, que se cita en el texto, ordenó: "Dedúzcase testimonio bastante de los particulares que figuran en el primer resultando de la sentencia recurrida y que se refieren a la omisión de asistencia por parte del procesado como incurso en el artículo 49 del Código de la Circulación y pudiendo estar encuadrada en el apartado 13 del artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social; remítase dicho testimonio al Juzgado Decano de los de Instrucción de P. para la incoación del oportuno expediente." La inclusión del supuesto en el referido apartado puede resultar un tanto forzada, ya que el texto legal alude

Bien diversa habría de ser la conclusión si en vez de tratarse de un delito contra la seguridad de las personas, como en efecto es el de omisión de socorro, estuviésemos ante un delito de fuga. Ya hemos visto cómo bajo la vigencia de las leyes especiales de 1950 y 1962, que permitían aproximar el delito de no auxilio a víctima al de fuga, el T. S. llegó a aplicar el correspondiente precepto de la legislación especial en casos de inasistencia a personas muertas (Sentencia 26 diciembre 1966). En el delito de fuga que atenta primordialmente contra la Administración de Justicia, resulta, como es lógico, indiferente la eficacia o ineficacia del auxilio omitido. Lo que se castiga es que el causante del accidente se aleje del lugar imposibilitando las identificaciones y comprobaciones inmediatas por parte de la policía judicial, con independencia de la entidad de los daños y los riesgos derivados del siniestro. En definitiva, la punibilidad del delito de fuga —en las legislaciones que, a diferencia de la nuestra, lo prevén— supone una excepción a la regla de la impunidad del autofavorecimiento, que se justifica por la necesidad de dispensar una más rigurosa tutela a cuantos están expuestos a los peligros de la circulación (33).

El presupuesto de la previa causación del accidente lleva a la jurisprudencia actual a sostener la irrelevancia de la idoneidad o idoneidad del auxilio omitido, acentuando, en cambio, el momento de la huida como pieza central, y ello incluso en sentencias que rechazan explícitamente la existencia de un delito de fuga en el último párrafo del art. 489 bis. Así, la Sentencia 17 diciembre 1971 advierte que el subtipo comprendido en dicho párrafo no está «configurado como delito de mera fuga, ni contra la administración de justicia», pero al mismo tiempo subraya: «consumándose el delito sin necesidad de resultado material, por el mero riesgo, y sin atender a la eficacia o ineficacia del auxilio omitido, ante la huida del lugar donde ocurrió el hecho, teniendo conciencia el delincuente de haber ocasionado el accidente». Idea con

únicamente a “los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa”. La expresión “conducción peligrosa” tiene a nivel legal y jurisprudencial, como es notorio, un significado preciso, relativo a un “modo” específico de conducir o, ya en el más extensivo sentido, a la forma de comportarse con el vehículo o sus accesorios, creando materialmente peligros para los demás (v. gr., detenciones en curvas o cambios de rasante de visibilidad reducida, no retirar de la vía pública los calzos, no tener encendido el alumbrado, etcétera.) (Cfr. *Circulares relacionadas con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, Madrid, 1972, pp. 67-72).

Quien omite el socorro creyendo que se trata de persona viva cuando realmente está muerta, puede ser que conduzca de modo cauteloso, sobre todo si se piensa que el accidente previo, creador de la situación de peligro, puede obedecer a mero caso fortuito. Cuestión distinta sería la invocación, a efectos del apartado 13 del artículo 2.º de la LPRS, de una conducción peligrosa causante del accidente al que se engarza luego la omisión de auxilio. Pero en este caso el estado peligroso no se deduciría ya de la “inasistencia” a persona muerta, sino de la previa conducción peligrosa.

(33) A. FAIS, *Lineamenti della nuova disciplina penale della circolazione stradale* (Napoli, 1959), pp. 135-136.

frecuencia repetida: «*fuera o no bueno y eficaz el auxilio omitido, lo que es intrascendente, como se estableció, pues la consumación estaba ya efectuada en el instante de la huida...*, pues *la eficacia o ineficacia del auxilio aparece como irrelevante, radicando esa consumación, en la huida del lugar donde ocurrió el hecho lesivo*» (S. 10 marzo 1970); «*consumándose el delito, por ser formal o de mera actividad y riesgo, sin necesidad de que se produzca el material resultado y con independencia de la eficacia o irrelevancia del auxilio*» (Sentencia 21 mayo 1971) (34).

El deber «específico» de socorro que surge en virtud de la ingerencia previa y cuya infracción da lugar a la modalidad agravada del último párrafo del art. 489 bis, y el «deber de permanecer» en el lugar del siniestro, cuyo incumplimiento da vida —en aquellas legislaciones en donde está previsto— al delito de fuga (35), aunque son deberes autónomos y con finalidades diversas, presentan un presupuesto fáctico común: la precedente causación del accidente. Esto explica, aunque no justifica, la tendencia a soldar ambos deberes, vinculando luego, consecuentemente los delitos de omisión de socorro y de fuga. La sentencia 6 octubre 1970 ofrece un claro ejemplo de conjunción de ambos deberes: «*sin que el agente, en nuestro caso el conductor del automóvil, pueda escudarse en una problemática asistencia posterior, por ser la carretera por la que discurre más o menos transitada e incluso porque confíe en la ayuda cierta de terceras personas para justificar su desapa-*

(34) En las consideraciones transcritas aparecen aludidas dos cuestiones distintas: la relativa a la naturaleza de delito de riesgo y no de resultado, y la referente a la eficacia del auxilio omitido. Está fuera de toda duda que se trata —como indican las citadas sentencias— de un delito de riesgo, que se consuma con independencia de la producción o no de resultados dañosos. Así, el delito se consuma aunque la persona en peligro supere éste y se salve después bien por la intervención auxiliadora de terceros o por sí misma. Cuestión distinta es la de si el autor incurre en un delito (por supuesto de peligro) real de omisión de socorro cuando la situación de riesgo era absolutamente inmodificable y el auxilio omitido totalmente ineficaz. Como decíamos antes, a nuestro juicio, precisamente que desde el punto de vista sustancial la omisión de socorro sea un delito contra la seguridad de las personas, presupone la posibilidad de modificar la situación personal de riesgo (aunque no exista la posibilidad de lograr la final salvación de la persona), pues en caso contrario no se podría decir que afecta, con su omisión, a la seguridad de las personas quien ha dejado de prestar un auxilio ineficaz para alterar, siquiera parcialmente, aquella situación de riesgo. Apenas necesitamos advertir que estamos valorando las referidas consideraciones jurisprudenciales en su vertiente “doctrinal”. En los supuestos de hecho enjuiciados en las citadas sentencias, la situación de riesgo no era ya absolutamente inmodificable e irreversible y, por consiguiente, el auxilio omitido no era tampoco absolutamente ineficaz.

(35) Como es sabido, el artículo 49 d) del Código de la Circulación establece, a nivel administrativo, para los implicados en un accidente el deber de dar cuenta a la autoridad o a sus agentes, y si hubiera resultado herida o muerta alguna persona, permanecer o volver al lugar del accidente hasta la llegada de dichos agentes o de la autoridad misma, a menos que hubiere sido autorizado para abandonar el lugar o que debiera prestar auxilio a los heridos o ser atendidos.

rición o ausencia, *su fuga en suma*, pues aquel específico deber de socorrer se dirige a él de manera personal e intransferible en cuanto causa del hecho que produjo una o más víctimas» (36).

En Italia, al amparo del art. 43 del Código de la circulación de 1933 se «manifestó la tendencia a configurar la fuga como indisolublemente ligada a la omisión de socorro, negándole todo relieve en los casos en los que no surgiese la necesidad de asistencia a la víctima» (37). Tendencia —hoy superada— a convertir, pues, el delito de fuga en delito de omisión de socorro. Nuestra jurisprudencia ante la ausencia de un delito de fuga, inició bajo la vigencia de las leyes especiales de 1950 y 1962 la tendencia inversa: conversión del no auxilio a víctima en delito de fuga. El intento pretende mantenerse actualmente, como estamos viendo, pese a los graves y notorios obstáculos que trajo consigo la reforma de 1967.

2. *Deber preferente de prestar socorro. Desamparo relativo. Pre-sunción de desamparo.*

El pensamiento de la ingerencia condujo a la jurisprudencia a entender que el causante del accidente está personalmente obligado a prestar el socorro con preferencia a cualquier otra persona. Así, las recientes Sentencia de 5 de octubre y 14 diciembre 1973 recogen la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: «*deber jurídico* de actuación, y ya no simplemente moral y filantrópico que pesa sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de la penalidad —Sentencia 6 octubre 1970—, y que se convierte en *carga personal* e ineludible de todo conductor de un vehículo automóvil que cause una víctima con el mismo, de modo que la problemática o esperada asistencia que puedan prestar otras personas presentes no exime al especialmente obligado por el deber de socorro (Sentencias 11 y 26 diciembre 1969 y 16 octubre 1970—, por lo que el concepto de *persona desamparada* que se exige en el tipo básico, ha de entenderse, trasplantada al subtipo, en el sentido relativo acabado de expresar y acogido por esta Sala».

La idea de que quien causó el accidente «está más obligado» que nadie a prestar el socorro, motiva que la jurisprudencia actual llegue, de hecho, a la conclusión de que es él quien debe prestarlo con prefe-

(36) Véase también Sentencia 11 diciembre 1969: "... la víctima lo era por accidente debido al que omitió la prestación de auxilio, no solamente dejado de prestar, sino que además tuvo que ser alcanzado por los ocupantes del automóvil auxiliar al objeto de facilitar los datos conducentes de identificación". En el caso enjuiciado, la víctima tenía a su lado un acompañante y fue recogida por los ocupantes de otro automóvil. El T. S. rechaza la alegación de inexistencia de "desamparo", y para reforzar su argumentación apela también a las anteriores consideraciones que se mueven en el ámbito característico del delito de fuga: obstaculizar identificación causante del accidente.

(37) A. FAIS, *Lineamenti*, cit., p. 134.

rencia a todos los demás y que, por tanto, ha de permanecer en el lugar del suceso hasta que le conste que la víctima está ya suficientemente asistida. El expediente utilizado para llegar a esta conclusión es el de admitir, por un lado, que basta para la existencia del delito un «desamparo relativo o parcial» y el de sentar, por otro, una «presunción de desamparo» frente a la creencia subjetiva del omitente de que la víctima que está siendo asistida por otras personas cuenta ya con el auxilio necesario.

Esta posición jurisprudencial nos aproxima a dos cuestiones de las que nos hemos ocupado ya en otra ocasión, con anterioridad a la Reforma de 1967 (38): la referente al desamparo relativo o parcial y la atinente a si debe prestar socorro con preferencia a todos los demás quien puede hacerlo de modo más eficaz y rápido.

Conforme a una opinión muy difundida en la literatura alemana, compartida en Italia por Guarneri, monografista del tema, el socorro debe, efectivamente, prestarlo con preferencia a todos los demás quien puede hacerlo de modo «más eficaz y rápido». La solución es sin duda alguna satisfactoria, pero resulta de difícil —por no decir imposible— acoplamiento a nuestro Derecho positivo. Quien deja de prestar su «más eficaz y rápido auxilio» a una persona que ya cuenta con la asistencia «necesaria» —aunque se trate de una asistencia menos rápida y eficaz— jamás podrá decirse que deja de prestar socorro a una persona *desamparada*, y, al faltar, de este modo, una de las características típicas de las que depende la existencia del deber, falta también el deber mismo de socorro (39).

Problema distinto, aunque estrechamente vinculado al anterior, es el de la admisibilidad de un desamparo relativo o parcial. En la medida en que el auxilio de quienes están asistiendo a la víctima no sea bastante», es decir, no sea el «adecuado» a la vista de las circunstancias, la persona continúa *desamparada* en el sentido de «necesitada» todavía de ulterior socorro. El desamparo sólo desaparece cuando el sujeto ya se encuentra convenientemente asistido, o sea, cuando, dentro de los límites que las circunstancias imponen, está «suficientemente» atendido (40).

Pues bien, el pensamiento de la ingerencia que fundamenta, a su vez, la idea de que quien causó el accidente «está más obligado» que nadie a prestar socorro, motivó que la jurisprudencia más reciente, al aplicar el último párrafo del art. 489 bis, haya admitido sin dificultad la figura del desamparo parcial. Así ha declarado la sentencia 16 octubre 1970 que «el haber ocurrido el accidente en plena calle pública, tran-

(38) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., p. 200 y ss.

(39) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., p. 204.

(40) Favorables a la admisión de un desamparo relativo o parcial nos hemos pronunciado ya en *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., pp. 16 y ss. En contra, F. ALAMILLO, *La solidaridad humana en la ley penal* (Madrid, 1962), pp. 99-100.

sitada por otras personas, no exime al culpable del deber de prestar socorro a la víctima, aunque ésta *no quedara totalmente desamparada*, pues venía por consecuencia de su actuación culposa, más obligado que nadie a paliar o aminorar el mal producido prestando el deber de socorro correspondiente». Y en la sentencia de 17 diciembre 1971 se insiste en que «el desamparo puede ser total o sólo parcial, por resultar el auxilio por otro prestado insuficiente y existir la posibilidad de que el agente realice actuación más eficaz». Posibilidad que se da con frecuencia cuando el autor del accidente dispone de automóvil y las personas que están auxiliando a la víctima son simples peatones, ciclistas o motoristas.

Pero va todavía más allá el Tribunal Supremo al advertir que la «presencia de otras personas, y su atención parcial, no excluye el deber, cuando se pueda complementar de mejor manera, o solicitar el ajeno concurso, más eficaz *debiendo creerse, aún en tales casos, en la insuficiencia del amparo, a no demostrar su innecesariedad*», sin que «la presunción de asistencia» por los acompañantes de la víctima pueda excusar a quien causó el accidente y no prestó el socorro (41).

Presunción que, en definitiva, implica el deber de permanecer y no alejarse del lugar del accidente en tanto no se haya comprobado que la víctima está suficientemente asistida. Lo que avecina de nuevo la omisión de socorro, así interpretada, al delito de fuga. Por ejemplo, en el supuesto enjuiciado por la anteriormente citada sentencia de 16 de octubre de 1970, en el que el accidente se produjo en plena calle pública, transitada por otras personas, parece deducirse que la víctima estaba ya suficientemente asistida, dado que el conductor de un taxi que presenció el suceso, pudo desentenderse del herido y dedicarse a perseguir al causante del accidente. Si ello es así, hay que convenir que en la Sentencia de 16 octubre 1970 priva la idea de fuga sobre la de abandono de una persona desamparada.

3. *Deber de cerciorarse de las consecuencias del accidente. Voluntario incumplimiento de este deber y dolo del no auxilio a víctima. El problema de la imprudencia.*

La sentencia 2 diciembre 1967 (ponente señor Pera Verdaguer), enjuiciando un supuesto al que era aplicable aún el artículo 5.º de la ley de 9 mayo de 1950, después de indicar que este precepto exigía como «esencial premisa que el conductor se percate de que ha quebrantado la integridad física de alguna persona, exigencia que dimana de la propia naturaleza dolosa de este delito», advirtió seguidamente que «en orden a la concurrencia o no de aquel requisito relativo al conocimiento de la producción de un quebranto corporal a otra perso-

(41) Sentencia 17 diciembre 1971. En la misma línea, Sentencia 30 mayo 1970: «debiéndose de estimar siempre, salvo comprobación contraria, el desamparo».

na, no cabe seguir criterio tan riguroso de acuerdo con el cual se estime preciso que el conductor del vehículo tenga, en el instante de la ocurrencia del suceso, perfecta y total noticia de haber originado un lesivo resultado, siendo por contra suficiente que por la forma, lugar y circunstancias todas concurrentes en la anormalidad observada, sea racionalmente presumible que con toda probabilidad se originó aquel quebranto personal, ya que de otra suerte fácilmente podría eludirse esta figura delictiva de omisión de auxilio a la víctima en todos aquellos accidentes en que por no resultar afectado el mecanismo de propulsión del automóvil pudiera proseguir su marcha, pese a fuertes roces o colisiones con otros vehículos, haciendo caso omiso de la muy probable existencia de lesionados a los que no se presta asistencia alguna, y cuya real existencia desea ignorar».

La sentencia de 2 diciembre de 1967 dio pie a Gimbernat para replantear en nuestra patria, con la agudeza que le caracteriza, la disputa entre teoría de la probabilidad (o de la representación) y teoría de la voluntad (o del consentimiento) en materia de dolo. El propósito del trabajo de Gimbernat es —según indica expresamente el autor— «justificar la sentencia de 2 de diciembre de 1967» y «hacer «más popular» en España la teoría de la probabilidad y poner de manifiesto los graves inconvenientes que presenta la teoría del consentimiento» (42).

Ambas teorías pretenden suministrar criterios para trazar la divisoria dentro del «ámbito de los casos de duda», decidiendo la pertenencia de estos casos al marco del dolo o de la culpa, cuya frontera se hace extremadamente sutil cuando se trata de distinguir el dolo eventual de la culpa con representación. Como es bien sabido, y simplificando, se puede decir que, según la teoría de la representación, lo que decide es el mayor o menor grado de probabilidad con que el sujeto se representa el resultado, mientras que, de acuerdo con la teoría del consentimiento, es preciso atender a la voluntad o sentimiento que acompaña a la representación, o sea, es necesario saber si el agente ratificó (consintió) a través de su voluntad de acción el resultado representado.

No tiene demasiado sentido plantearse a estas alturas la alternativa teoría de la probabilidad o teoría de la voluntad, porque la estructura del dolo, con su doble componente intelectual y volitiva, obliga a integrar necesariamente el criterio de la representación (conocimiento del resultado como probable) con el del consentimiento (voluntad del resultado representado como probable). Gimbernat recoge las fundadas críticas que desde siempre se le han dirigido a la teoría del consentimiento y las completa poniendo de relieve lo peligroso y rechazable que es el procedimiento que esa doctrina hace seguir al juez: «Pues —si se me permite expresarlo exagerada y prosaicamente— lo que en verdad de-

(42) E. GIMBERNAT, *¿Cuándo se “conoce” la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis del Código penal?*, en “Revista de Derecho de la Circulación” (Enero-febrero 1969), p. 19.

cide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona» (43).

Bien es verdad, sin embargo, que a este respecto resulta obligado distinguir la *teoría hipotética del consentimiento* («la previsión del resultado como cierto no hubiera detenido al autor») y la *teoría positiva del consentimiento* («existe dolo si el autor se dijo: suceda esto o lo otro, en todo caso actúo»). En la primera se atiende a lo que hubiera hecho el autor (hipótesis), no a lo que efectivamente quiso. Por ello se ha repetido multitud de veces que la teoría hipotética del consentimiento conduce a la pura culpabilidad de carácter, incompatible con el pensamiento básico del Estado de Derecho. En cambio, en la segunda teoría la existencia de dolo no se hace depender pura y simplemente del carácter del autor, sino de la concreta posición emocional adoptada por el sujeto ante la representación del probable resultado. Decisivo es, pues, el concreto proceso volitivo que efectivamente tuvo lugar, y no el que se hubiere desarrollado si el sujeto, en vez de representarse el resultado como probable, lo hubiere previsto como cierto (44).

No queremos con esto defender la teoría del consentimiento *frente* a la teoría de la probabilidad, porque —como hemos advertido anteriormente— nos parece desacertada la pretensión de operar unilateralmente con cada una de ellas. Tanto es así que no es raro, en la mejor y más reciente doctrina, que los mismos autores cuya opinión se invoca en contra de la teoría del consentimiento, puedan ser citados también como oponentes de la teoría de la probabilidad (45). Este es el caso —para poner un solo ejemplo— de Jescheck citado por Gimbernat como «destructor» de la teoría del consentimiento (46). Efectivamente lo es. Lo que no le impide rechazar asimismo la teoría de la probabilidad. Para Jescheck el dolo eventual significa que el autor tienen fundadamente por posible la realización del tipo legal y se conforma con ella (47), caracterización en la que, como se ve, se combina el criterio de la representación con el del consentimiento.

En esta línea integradora, y no en la dirección unilateral de la teoría de la probabilidad, se mueve, a nuestro juicio, la sentencia antes

(43) E. GIMBERNAT, *¿Cuándo se "conoce"?*, cit., pp. 13-14, quien añade: "En el primer caso, se llegará a la conclusión de que habría dicho que sí a la causación del resultado antijurídico antes de renunciar al propósito que directamente perseguía. Y en el segundo caso, su aspecto bonachón inclinará a pensar que si el resultado se lo hubiera imaginado como cierto no habría actuado como lo hizo, con la consecuencia de que sólo podrá ser castigado por imprudencia. Pero dejémos de expresiones prosaicas y hablemos técnica y crudamente: todo ello es (autoritario) Derecho penal de autor y no (democrático) Derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho."

(44) Cfr. E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, II (trad. J. A. Rodríguez Muñoz) (Madrid, 1957), pp. 170-173.

(45) Como observa el propio E. GIMBERNAT, *¿Cuándo se "conoce"?*, cit., p. 14, "rechazar la doctrina del consentimiento no significa todavía aceptar la teoría de la probabilidad". Y a la inversa.

(46) E. GIMBERNAT, *¿Cuándo se "conoce"?*, cit., p. 14, nota 49.

(47) H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 222 y 224.

citada de 2 de diciembre de 1967. Es verdad que en ella se hace hincapié en que el procesado presintió la «muy probable existencia de lesionados», en que era «racionalmente presumible que con toda probabilidad se originó aquel quebranto personal», consideraciones que afectan al elemento intelectual del dolo. Todo lo cual es congruente dado que el único motivo subsistente del recurso denunciaba como infringido, por aplicación indebida, del art. 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, sosteniendo que «el procesado no advirtió en ningún momento, ni tuvo constancia alguna de que hubiese atropellado a una persona». El debate se planteó en materia de elemento intelectual del dolo, y consecuentemente la respuesta del Tribunal Supremo había de moverse en ese terreno. Pero hay que advertir que, en ningún momento deja traslucir la sentencia de 2 de diciembre de 1967 que estimó dolosa la actuación del procesado únicamente porque éste se representó la existencia de lesionados «con toda probabilidad» o como «muy probable», de tal modo que si el grado de probabilidad hubiere sido «menor» la propia sentencia habría descartado la concurrencia del dolo. Está bien claro, por el contrario, que la sentencia 2 diciembre de 1967 al tiempo que sale al paso de la alegación del recurrente subrayando el alto grado de probabilidad con que se representó la existencia de lesionados, atiende a la actitud emocional adoptada por el procesado frente a aquella representación, destacando que «se negó a detenerse pese a los insistentes requerimientos de sus acompañantes», que «siguió en su comportamiento una conducta totalmente irregular», todo lo que corrobora «cuál era su propósito inicial», permitiendo concluir que «se resistió obstinadamente a la última y exigible comprobación cuando sus acompañantes y él mismo estaban en la fundada creencia de haber producido con su vehículo un accidente de esta naturaleza».

En definitiva, la sentencia 2 diciembre de 1967 apreció la existencia de dolo porque el procesado, después de haberse representado la muy probable causación de lesionados, se obstinó en no detenerse, para prestar, en su caso, el socorro debido, aceptando en su voluntad de acción la situación representada. La negativa del procesado a los «insistentes requerimientos» de sus acompañantes, parece un ejemplo escolástico de aplicación de la fórmula positiva del consentimiento: «sea o no sea así como vosotros decís, de cualquier modo yo no me detengo y sigo hacia mi destino».

La sentencia de 2 diciembre de 1967 no consideró decisivo por sí sólo para trazar la divisoria entre dolo e imprudencia (48), el grado de probabilidad con que el sujeto se representó el elemento típico, sino que atendió conjuntamente tanto a la representación como a la ratificación volitiva de la misma. Consideración conjunta que, como dijimos anteriormente, viene impuesta por la estructura del dolo. Si éste se

(48) La cual en el caso enjuiciado, según la propia sentencia, supondría la impunidad, al interpretar como delito exclusivamente doloso el previsto en el artículo 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950.

compone de un elemento intelectual y volitivo, en el dolo eventual, como especie de dolo que es, han de descubrirse necesariamente ambos ingredientes. Como dice Jescheck, «detractor» —según hemos visto— de la teoría del consentimiento, el *grado de probabilidad* con que el autor se representa la realización del tipo *no puede ser decisivo*, ya que con él no se obtiene ninguna frontera segura entre el dolo condicionado (eventual) y la culpa consciente (49). En ésta el autor puede representarse como muy probable el resultado al tiempo que también con elevada probabilidad confía en la evitación del evento representado.

La jurisprudencia posterior a la sentencia de 2 diciembre 1967 y que desarrolla la línea iniciada en esta resolución, confirma cuanto estamos diciendo. Los casos de dolo eventual en referencia con la aplicación del último párrafo del art. 489 bis, motivaron una muy interesante doctrina jurisprudencial, que ha optado expresamente por la concepción tradicional del dolo —comprensiva de la conciencia de la antijuricidad— y se ha preocupado de caracterizar, también de modo explícito, sus elementos estructurales. Así la sentencia 30 mayo 1970 (ponente señor Escudero del Corral):

«Si el dolo es, en condensado concepto la conciencia y voluntad del hecho punible, y si se compone de un indispensable presupuesto intelectual o ideal, caracterizado por el conocimiento de la conducta y su significación, al tener conciencia el sujeto de su antijuricidad, que pugna con el Derecho, y de otro emotivo o psíquico, constituido por dirigirse la voluntad a la causación del mal conocido es evidente que este saber y querer los elementos del tipo, constituyentes del dolo, en el delito de omisión del deber de socorro indicado, ha de manifestarse también en esa doble clase de requisitos constitutivos; el intelectual, por conocer el agente tanto la existencia del accidente, como por percibir con evidencia el haber ocasionado una víctima, que se encuentra en situación de gravedad, peligro y desamparo, teniendo conciencia de la posibilidad de auxiliarlo, y de que, el no hacerlo, es ilícito o contrario a Derecho por dejar de cumplir el impuesto deber jurídico de socorrer a quien lo necesita; y el psíquico o emocional, porque por acto de la voluntad, se omite la prestación del auxilio necesario a la víctima, al valorar egoístamente con preferencia las conveniencias propias, sobre el primario deber de solidaridad humana, dejando la situación inmutable, y sea cualquiera la causa que motivó la falta de ayuda. Este conocimiento del accidente —que unido a la conciencia del abandono son indispensables para la existencia del tipo—, como dijo la sentencia de esta Sala de 2 diciembre 1967, no ha de ser exigido con tan riguroso criterio como para pedir que el agente esté informado del suceso de manera perfecta y total en el momento de cometer el acciden-

(49) JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 224.

te, pues resulta suficiente que, por la forma, lugar y circunstancias todas, concurrentes en la anormalidad observada, sea racionalmente presumible con toda probabilidad, que se originó un quebranto personal» (50).

Esta apelación al elemento emocional, precisamente cuando se están enjuiciando supuestos de dolo eventual en materia de omisión de socorro, es la mejor prueba de que la doctrina jurisprudencial no se alinea unilateralmente en la dirección de la teoría de la probabilidad.

Si el Tribunal Supremo estuviese acogiendo esta teoría, constituiría un supino contrasentido que se dedicase, como en efecto hace, a destacar en estos supuestos la necesidad de un elemento emocional, al lado del intelectual. Elemento emocional que el propio Tribunal Supremo caracteriza señalando que el omitente, después de presumir racionalmente con toda probabilidad que originó un quebranto personal, *alzapríma egoístamente* sus conveniencias sobre el prioritario deber de solidaridad, *dejando voluntariamente* de detenerse y auxiliar.

Conviene advertir, en cualquier caso, que si nos limitamos a contemplar la anterior doctrina del Tribunal Supremo desde la perspectiva general de las teorías sobre el dolo eventual, no llegaremos a captar su última *ratio*. Si queremos penetrar hasta la razón de fondo que la motiva y explica, es preciso que descendamos hasta las específicas peculiaridades del presupuesto del tipo cuyo grado de conocimiento por parte del omitente se discute, y que destaquemos asimismo la particular finalidad político-criminal a que obedece la referida doctrina jurisprudencial.

Así hay que señalar, en primer término, que el presupuesto típico objeto de conocimiento es *ocasionado* aquí por el propio omitente. Se trata, pues, de un hecho precedente fruto del actuar del mismo sujeto, lo que naturalmente facilita su conocimiento por parte de éste, sobre todo cuando se trata de accidentes automovilísticos que suelen entrañar colisiones. Normalmente —y estos son los casos a que se refiere la doctrina jurisprudencial— por el lugar, forma y demás características de la advertida colisión, el conductor del vehículo se representa como muy probable la causación de víctimas. En este sentido, es palmaria la diferencia con el conocimiento de otras características típicas preexistentes totalmente ajenas e independientes de la conducta del agente.

En segundo lugar hay que destacar que no se trata aquí de una representación del sujeto respecto a posibles efectos futuros derivados de su acción, sino del conocimiento de una consecuencia *ya ocasionada* por su conducta precedente. No caben, pues, por parte del sujeto actitudes emocionales características de la culpa consciente como las de confiar en su pericia, en la habilidad de otras personas o en el azar mismo como factores que van a impedir la producción futura del evento disvalioso representado como probable. El accidente pertenece aquí

(50) En el mismo sentido, Sentencia 21 mayo 1971.

al pasado y es ya un hecho irreversible, que el sujeto, una vez advertida la colisión que le hace suponer como probable la causación de víctimas, puede comprobar. Es más, no sólo puede, sino que debe verificar esa comprobación como vamos a ver seguidamente.

En efecto, en tercer lugar, hay que poner de relieve que, tratándose de accidentes automovilísticos, el conductor que percibe o advierte la colisión tiene el deber jurídico de detenerse, administrativamente sancionado en el art. 49, a) del C. circulación para comprobar el alcance de la colisión y cumplir, en su caso, las obligaciones establecidas en los demás apartados del citado precepto, entre las cuales está la de prestar socorro a los heridos, que alcanza rango penal cuando concurren las características diseñadas en el artículo 489 bis del Código penal. A este deber de cerciorarse apela insistentemente la doctrina jurisprudencial: «exigible comprobación» (Sentencia 2 diciembre 1967); «procedía parar y comprobarlo» (S. 25 febrero 1970); basta presumir su existencia para imponer el «deber de cerciorarse de si existe víctima o no» (S. 17 diciembre 1971); «quién provoca un accidente circulatorio viene, en razón de este precepto (s. c. art. 49 C. circulación), inexcusablemente obligado a comprobar las consecuencias» (S. 20 abril 1972); «el conductor de vehículos de motor que produce un accidente y que se apercibe por el golpe que ha dado o recibido, o por cualquier otro medio, que al menos le haga sospechar que ha causado víctimas, viene obligado, por las más elementales normas de moral y por solidaridad humana, a parar y comprobar el estado de las víctimas» (S. 30 junio 1972).

Pues bien, la finalidad político-criminal que persigue la doctrina jurisprudencial que estamos comentando es que, quien se representó como probable la causación del accidente, y pudo y debió parar para convertir esa representación en saber cierto, pretenda ampararse luego en el voluntario incumplimiento de esta obligación de cerciorarse y aspire a ser absuelto por no haber tenido conocimiento de la existencia de víctimas. No se puede invocar el desconocimiento cuando hubo *un no querer saber contrario al deber*. No puede escudarse en el desconocimiento el sujeto que, en contra del deber jurídico de cerciorarse que personalmente le incumbía, cegó voluntariamente las fuentes de conocimiento. De otro modo, en materia de accidentes de tráfico, tendría el sujeto a su alcance la posibilidad de eludir la aplicación del último párrafo del art. 489 bis a base precisamente —grave paradoja— de incumplir el deber jurídico de detenerse y comprobar las consecuencias del accidente ocasionado. Pensamiento recogido con particular claridad ya en la sentencia 2 diciembre 1967: «ya que de otra suerte fácilmente podría eludirse esta figura delictiva de omisión de auxilio a la víctima en todos aquellos accidente en que por no resultar afectado el mecanismo de propulsión del automóvil pudiera proseguir su marcha, pese a fuertes roces o colisiones con otros vehículos, haciendo caso omiso de la muy probable existencia de lesionados a los que no se presta asistencia alguna, y cuya real existencia *se desea ignorar*». En la misma línea, la sen-

tencia de 30 mayo de 1970: «pues de otra suerte fácilmente se eludiría la infracción criminal haciendo caso omiso de posibles lesionados que *se quisieran ignorar*, a pesar de existir signos contrarios indudables, en «facta concludentia», de la existencia de una víctima necesitada de socorro».

En virtud de todo ello, la mayor parte de casos pertenecientes al denominado ámbito de la duda surgidos con ocasión de accidentes de tráfico se insertan en el marco del dolo eventual. Lo que no quiere decir que no quede margen para la imprudencia. Son perfectamente imaginables supuestos de actuaciones imprudentes. Por ejemplo, inadvertencia por descuido de la causación de víctimas, no descubrimiento de las mismas debido a una comprobación negligente de las consecuencias del accidente, etc. Cuestión distinta es si éstos y otros casos similares de conductas imprudentes pueden engendrar la apreciación de la figura agravada del último párrafo del art. 489 bis en versión culposa, previa la correspondiente integración con el art. 565, o simplemente la de la figura básica del párrafo primero o, por el contrario, deberán permanecer impunes.

La sentencia 2 diciembre 1967, entre otras, atribuyó al delito del art. 5.º de la Ley de 9 mayo 1950 «naturaleza dolosa» (51). En la misma línea, refiriéndose ya al último párrafo del art. 489 bis, se pronunciaron las sentencias 21 mayo y 17 diciembre 1971 que caracterizaron a la figura delictiva contenida en dicho párrafo como «infracción dolosa o intencional». Consideración que parece responder a la voluntad de la ley y a la estructura de la figura agravada de omisión de socorro que, según hemos visto, presupone el previo conocimiento de la existencia de víctimas ocasionadas por el accidente. No se descarta con ello —aunque a veces se piense lo contrario— la posibilidad de castigar las omisiones de socorro por parte de quien causó el accidente a tenor de la figura básica del párrafo primero del art. 489 bis. Que un tipo agravado sea exclusivamente doloso no implica que también lo haya de ser el tipo básico. En otro lugar hemos sostenido la admisibilidad de un delito culposo de omisión genérica de socorro, y a las razones allí expuestas nos remitimos (52). Razones que cobran particular virtualidad en referencia con quien causó las víctimas, que, precisamente por ello, debe extremar la diligencia y cuidado.

La sentencia de 17 enero 1972 de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictada en apelación, reconoció un delito culposo de omisión de socorro: «Es, además, evidente, —dice— la posibilidad de construcción en nuestro sistema penal del delito de omisión del deber de socorro realizado por imprudencia; paralelamente a los delitos dolosos

(51) La Sentencia 25 mayo 1964 no descartó absolutamente la admisión de la imprudencia, al indicar frente al caso concreto —en el que el sujeto actuó con la diligencia debida— que era “innecesario dilucidar si, en términos generales, el delito de omisión de auxilio, puede ser cometido por imprudencia, cuestión que divide a la doctrina”.

(52) Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., pp. 261 ss.

del art. 1.º, existe una actuación culposa regulada en el 565, que comprende, en principio, y con carácter general, los tipos descritos como dolosos, no tratándose de delitos de tendencia o en los que aparezcan como determinantes del tipo un elemento subjetivo de lo injusto; el de omisión de socorro no se halla en esos supuestos, y la actuación del recurrente es, benévolamente apreciada, constitutiva de esa negligencia grave» (53).

V. *La ingerencia y la responsabilidad civil derivada del delito de omisión de socorro.*

En materia de tráfico automovilístico el accidente previamente causado obedece con mucha frecuencia a imprudencia punible, según atestiguan las colecciones jurisprudenciales. Procede entonces la apreciación, en concurso, de un delito de imprudencia seguido de otro de omisión de socorro. En estos casos el problema de la responsabilidad civil por los resultados lesivos ocasionados puede encauzarse perfectamente en el marco del delito imprudente.

Ahora bien, el accidente que ocasiona víctimas puede ser, como sabemos, totalmente fortuito. En este supuesto, el causante del accidente que omite el auxilio responderá únicamente del delito de omisión de socorro. La exención por caso fortuito no permite, según se deduce del párrafo inicial del artículo 20 del C. p., la declaración por el Tribunal de lo penal de la responsabilidad civil, sin perjuicio, claro está, de que ésta sea exigida ante la jurisdicción civil.

El problema que se suscita aquí es el de saber si en los casos en que la causación del accidente no origina responsabilidad criminal por ser fortuita, la responsabilidad civil por los resultados lesivos ocasionados podrá ser exigida en el marco del delito agravado de omisión de socorro previsto en el último párrafo del art. 489 bis.

A este respecto deberá tenerse en cuenta la posición intermedia que ocupa dicha modalidad agravada entre el delito básico de omisión de socorro y los delitos de comisión por omisión. No hay duda de que en los delitos de comisión por omisión el sujeto debe resarcir los resultados que no impidió debido a su conducta omisiva. Tampoco hay duda alguna de que en los delitos de pura omisión, el sujeto no deberá responder civilmente de los resultados que deriven de su abstención, pero que no pertenecen al tipo. Lo cual no quiere decir que los delitos propios de omisión no puedan originar una responsabilidad civil. Así, el

(53) Hay que advertir que el supuesto de hecho fue una actuación inequívocamente dolosa. El procesado se negó, tras haber sido requerido para ello, a trasladar en su vehículo a una niña herida, alegando que "llevaba" prisa. La niña fue transportada en otro automóvil que "pasó instantes después", e ingresó ya cadáver en una residencia sanitaria.

(54) Cfr. J. SÁEZ JIMÉNEZ-E. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal civil y penal*, tomo IV, volumen I (Madrid, 1966), p. 1403.

autor de un delito de omisión de socorro genérica del primer párrafo del artículo 489 bis, no responderá civilmente de los resultados, lesiones o muerte de la persona desamparada que hubiere evitado prestando el auxilio debido. Pero podrá responder civilmente, en cambio, en atención a la perturbación de ánimo, a la desesperación, a la delicada situación psicológica sufrida por la víctima al verse abandonada por quien podía prestarle útil socorro. Sufrimientos que pueden incluso afectar a la actividad económica del sujeto pasivo (55).

Con lo dicho se pone de relieve que el problema de los límites y alcance de la responsabilidad civil en los delitos omisivos no puede resolverse exclusivamente en el plano de la causalidad, cualquiera que sea el sentido en que ésta se entiende en los delitos de omisión. En efecto, desde este punto de vista ninguna diferencia hay entre la omisión del bañista que con su actuación pudo salvar a la persona ahogada (delito básico de omisión de socorro) y la del socorrista que, teniendo, la específica obligación de evitar el resultado, no lo impidió (delito de homicidio cometido por omisión). La eficacia causal de ambas omisiones en cuanto a la evitación del resultado es la misma, y la muerte de la persona ahogada es en los dos casos consecuencia «directa» y «necesaria» de la omisión en la medida en que de realizarse la acción positiva debida no se hubiera producido. La distinta solución (responsabilidad civil del socorrista por la muerte del ahogado y no responsabilidad civil del bañista por ese resultado) deriva del plano del deber (diverso contenido de ambos deberes de actuar) y de la conexión del resultado no impedido con el tipo de delito de omisión.

En nuestro caso no estamos ciertamente ante un delito de comisión por omisión, pero como evidencia el texto legal, el ocasionamiento del accidente que produce víctimas a través del previo comportamiento causal activo del omitente, constituye un presupuesto típico. Por tanto, la causación de los resultados que permiten hablar de víctima, no son indiferentes, ni se hallan absolutamente desconectados del tipo agravado de omisión de socorro. Antes al contrario, son precisamente, como hemos visto, la premisa de la que arranca la especificidad de este tipo y lo que fundamenta su castigo más severo respecto al tipo básico. El omitente responde aquí más gravemente, justo por haber ocasionado una víctima y por dejarla abandonada, sabiéndolo.

No vemos, por ello, mayores inconvenientes para admitir en el proceso penal seguido por el delito agravado de omisión de socorro el

(55) Adhiriéndonos a la opinión de Guarneri, hemos defendido la posibilidad de que el delito básico de omisión de socorro (típico delito de pura omisión) engendrase una responsabilidad civil, en *La omisión de socorro en el Código penal*, cit., pp. 323-324. En el mismo sentido, J. CÓRDOBA, en *Comentarios al Código Penal*, I, de J. CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO (Barcelona, 1972), pp. 958-959. En contra, F. ALAMILLO, *La solidaridad humana*, cit., pp. 123-124.

ejercicio de la acción civil referida a los resultados ocasionados por el accidente, tal como aparecían en el momento de la omisión (56).

Abonan también esta solución razones de economía procesal y la equitativa de evitar a la víctima del accidente, que lo ha sido asimismo de la insularidad dolosamente manifestada de quien lo originó, la necesidad de recurrir a un proceso civil.

(56) Como tantas veces hemos indicado, no estamos ante un delito de comisión por omisión. Y así como la causación de la víctima está conectada al tipo agravado y se refleja en el plano de la responsabilidad criminal en una mayor gravedad de la pena, las consecuencias ulteriores, que se hubieran evitado prestando el socorro, están absolutamente desvinculadas del tipo y resultan, conforme a la estructura de éste, totalmente indiferentes. Por ello, en puridad la declaración de responsabilidad civil en el proceso penal debería contraerse a los resultados ocasionados por el accidente creadores de la situación de peligro que el omitente deja inalterada en el momento en que abandona a la víctima, sin extenderla también a las "ulteriores consecuencias" derivadas de la abstención.

El contenido de injusto en el delito de quiebra. Observaciones sobre una reciente corriente jurisprudencial

MIGUEL BAJO FERNANDEZ
Doctor en Derecho
Profesor adjunto de Derecho penal en la
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Doctrina sentada por el Tribunal Supremo.*—II. *La causación del estado de insolvencia como contenido del injusto.*—III. *Examen de otras doctrinas.* 1. El llamado “hecho de bancarrota” como contenido del injusto. 2. Las pretendidas presunciones *iuris* en el delito de quiebra.—IV. *Conclusión.*

I. DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Desde la conocida S. de 13 junio 1959, núm. 627 (1), el Tribunal Supremo ha asumido un entendimiento del delito de quiebra de gran significación y trascendencia. La ocasión se la depara aquel grupo de quiebras punibles en que se destacan determinadas irregularidades con los libros de comercio. La postura, que comienza en dicha S. de 13 junio 1959, núm. 627 y cuyas consideraciones son literalmente repetidas (2), sienta la siguiente doctrina: La simple omisión de los libros de comercio, que puede ser dato suficiente para que los tribunales civiles califiquen la quiebra de fraudulenta, no lo es para extender tal calificación a efectos penales, porque «la omisión de libros, para que merezca ser calificado de delito de quiebra fraudulenta, requiere conste o se de-

(1) Se citarán las Sentencias del Tribunal Supremo por su fecha, añadiendo o bien el tomo y número de *Jurisprudencia Criminal. Biblioteca jurídica de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (años 1870 a 1935) o bien el número de *Jurisprudencia Criminal. Colección Legislativa del Ministerio de Justicia* (años 1935 en adelante) o bien el número marginal de Aranzadi precedido de la sigla A.

(2) Ss. 9 abril 1969, núm. 710; 20 diciembre 1969, núm. 2229; 27 junio 1972. A. 3449.

duzca, al menos, obedeció al propósito del comerciante de defraudar a la masa de acreedores... sin que baste que el quebrado, voluntariamente, prescindiese del cumplimiento de la obligación que impone el citado artículo 33 del Ordenamiento mercantil, ni que se hayan originado perjuicios a los acreedores, porque el dolo específico de este delito es el ánimo de defraudarlos».

Hasta aquí la doctrina sentada por esta corriente jurisprudencial la entendemos como una correcta interpretación de nuestro texto legal. Nos referimos a la exigencia de un elemento subjetivo del tipo de injusto («dolo específico» dice, al estilo italiano, el Tribunal Supremo) consistente en la intención de defraudar a los acreedores (3). Según la mejor doctrina es la diferencia fundamental entre las llamadas «quiebra fraudulenta» y «quiebra culpable» (4). Ahora bien, cierto es que el núm. 3, art. 890 del Código de comercio, precepto que fundamenta la

(3) Cfr. J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, III, Barcelona, 1959, pág. 336 y J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, 4.^a ed., Madrid, 1962, pág. 371. En alguna ocasión se ha negado tal elemento subjetivo. En S. 26 de febrero 1914, t. 93, núm. 137 el Tribunal Supremo contesta a la pretensión del recurrente quien negaba la existencia de la «intención dolosa de perjudicar a sus acreedores», que en el Código de Comercio «lo único que se requiere es que esa falta de los libros en los comerciantes sea voluntaria, como en este caso acontece». Sin embargo, la apreciación de un elemento subjetivo en la quiebra fraudulenta parece ser algo tradicional en la historia del instituto. Cfr. M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, págs. 103-104.

(4) Es tradicional, sobre todo desde la perspectiva dada al tema por la doctrina mercantil, establecer un paralelismo entre quiebra fraudulenta y dolo de una parte, y quiebra culpable e imprudencia de la otra. Ya S. LONGHI, *La Bancarotta. Esposizione teorico-pratica e contributo per una riforma legislativa*; Milano 1898, págs. 2 y 3, había destacado lo dudoso de tal paralelismo. Con DELITALA y ANTOLISEI (Cfr. F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, trad. de F. BRUNO y J. GUERRERO, Bogotá, 1964, págs. 103 a 112) se pone de relieve que tanto la «bancarotta fraudolenta» como la «semplice» pueden cometerse dolosamente cifrándose la diferencia, desde el plano subjetivo, en el llamado dolo específico. En España tal entendimiento no ha sido aceptado por la doctrina. A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. III, Madrid, 1965, pág. 131, y G. LANDROVE, *Las quiebras*, cit., págs. 182 y 252. En el sentido de la doctrina italiana, E. BACIGALUPO, *Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito*, Buenos Aires, 1970, pág. 15. En la literatura alemana el tema carece de importancia por ser dominante la idea de que ambas modalidades de quiebra (betrügerischer Bankrott y einfacher Bankrott) son castigadas a título de dolo, cifrándose la diferencia en el elemento subjetivo exigido para la primera de dichas modalidades. Cfr. por todos U. KLUG, *Konkursstrafrecht. (Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 239-244 innerhalb des Großkommentars Jaeger, Konkursordnung 8. Auflage)*, Berlín, 1973, pág. 1147 y BÖHLE-STAMM-SCHÄDER, *Konkursordnung*, 9. Auflage, München 1969, pág. 521.

En nuestro país muchas veces se olvida el Código penal de 1822 quizá por las fundadas dudas de que haya sido aplicado. Sin embargo, reviste en materia de quiebras un particular interés porque es más explícito que los posteriores Códigos penales. Del art. 759 no se deduce que la llamada «quiebra culpable» sea ajena al dolo, es decir, no se encuentra identificación entre quiebra culpable y negligencia punible, sino que fundamenta la diferencia con la quiebra fraudulenta en la ausencia de la intención de defraudar. Define así la quiebra culpable: «la quiebra causada por desidia, temeridad, disipación y mala conducta del quebrado, sin haber intervenido algún hecho dirigido a defraudar a los acreedores».

calificación de quiebra fraudulenta en las sentencias citadas (5), no exige expresamente la concurrencia de una especial finalidad en la conducta, al contrario que en otros supuestos (núms. 4, 12 y 13 del mismo artículo). Sin embargo, una adecuada interpretación ha de disipar las dudas que de esta diferencia legal pudieran surgir. El propio *nomen iuris* bajo el que se acogen todos los supuestos del art. 890 (quiebra *fraudulenta*) indica la necesidad de que concurra en todo caso el elemento subjetivo. De otro lado no existen entre los distintos supuestos del art. 890 diferencias que justifiquen un distinto tratamiento legal. Se trata de un tipo mixto alternativo (6) considerando la ley todos los supuestos equivalentes e intercambiables (7). La razón de que sólo en algunos casos exija la ley de modo expreso la intención de perjudicar a los acreedores ha de encontrarse en la defectuosa técnica legal que informa toda la materia de quiebras. El estilo es muy elemental y de un casuismo incompleto y rudimentario (8). No es de extrañar, pues, que la ley sólo se preocupe de destacar el ánimo de defraudar en las conductas más dudosas en cuanto a su motivación ilícita. Así se exige expresamente el elemento subjetivo en las actividades de «comprar bienes inmuebles, efectos o créditos poniéndolos a nombre de otra persona» o «anticipar pagos», porque más normalmente que en otros casos (simular enajenaciones del núm. 10, art. 890, donde no se exige expresamente intención especial) es posible sean realizadas por motivos o con fines irrelevantes. Aquellas conductas pueden fácilmente explicarse por tratos de favor, donaciones, evitación de imposiciones fiscales, etc... al contrario que una conducta de enajenación simulada. Lo mismo puede decirse del caso que nos ocupa. Rasgar, borrar o alterar un asiento de la contabilidad (núm. 4, art. 890 que exige el elemento subjetivo) puede ser más explicable por vulgares errores que el hecho de no llevar libro alguno de contabilidad. Se trata, pues, de un celo especial de la ley de recalcar una exigencia en los casos dudosos, pareciéndole superfluo en aquellos supuestos en que el ánimo de defraudar les acompaña normalmente (9).

Lo que a nosotros más nos interesa, sin embargo, es el salto en el vacío que a continuación realiza la corriente jurisprudencial que

(5) Art. 890, 3.^a—«No haber llevado libros o, llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos».

(6) Sobre ello ampliamente, M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, págs. 252 y sigs. Véase también A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 105.

(7) Así argumenta F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, cit., pág. 66. Téngase en cuenta además que en el delito de alzamiento de bienes del art. 519 del Código Penal, donde se exige por doctrina y jurisprudencia el ánimo de perjudicar a los acreedores, se incluyen hechos que serían encuadrables en el art. 890 Código de Comercio de haberse abierto el proceso ejecutivo concursal, con lo que es más evidente aún la equivalencia, al menos en el ámbito subjetivo, de todos los supuestos.

(8) Cfr. S. LONGHI, *La bancarotta*, cit., págs. 3 y sigs.

(9) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, por esta misma razón llama a estos tipos «fattispecie soggettivamente pregnanti» (sobre el concepto, pág. 7) y se inclina por entender que el dolo específico está presumido (pág. 171).

comentamos. De la exigencia legal de un elemento subjetivo se quiere deducir que cuando éste falta desaparece el dolo, concluyendo, del examen de los hechos, que estos son inculpativos a título de imprudencia. No otro es el proceso lógico de la S. 20 diciembre 1969, núm. 2.229 cuando dice: «sin ningún dato en que conste o del que se deduzca que la ausencia de libros obedeciera al evidente (?) deseo doloso de defraudar a los acreedores (...) lo que revela la ausencia del indispensable dolo específico, (...) y conduce a que la omisión tenga que atribuirse sólo a falta de celo, descuido o despreocupación para cumplir el conocido deber legal que le venía impuesto» por el art. 33 del Código de comercio. O la S. 13 junio 1959, núm. 627 cuando tras declarar que «el dolo específico» «no se descubre de la versión establecida en la Sala sentenciadora», indica que «esto no significa que los hechos perseguidos estén desprovistos de matiz delictivo, pues, sin méritos para estimarlos dolosos en el sentido criminal del concepto, aunque lo sean en el ámbito mercantil, revelan en el comerciante que no se ha cuidado de llevar en forma sus libros de comercio, una falta de celo, un descuido, una despreocupación por el cumplimiento de elementales normas comerciales, una negligencia inexcusable, características de la imprudencia punible en su máximo rango de temeraria».

El razonamiento es de todo punto excepcional en relación con posiciones doctrinales aceptadas e, incluso, elaboradas por nuestro Tribunal Supremo. Hay tres puntos claves criticables. En primer lugar la confusión entre elementos subjetivos del tipo de injusto y dolo. En segundo lugar la pretensión de que los delitos portadores de elementos subjetivos puedan ser castigados por imprudencia. En tercer lugar el tratar el delito de quiebra como si el contenido de injusto se encontrase en el hecho descrito por el Código de comercio («no haber llevado libros») y no en la propia insolvencia.

Afirmar que cuando falta el ánimo de defraudar no hay dolo es una verdad a medias. Más cierto es que cuando falta el ánimo de defraudar no hay tipo de injusto; desaparece el objeto sobre el que recaen los juicios de antijuricidad y culpabilidad. No se trata sólo de que desaparezca una de las formas de la culpabilidad, sino de algo más trascendente. De ahí que resulte también rechazable la pretensión de castigar por imprudencia un delito cuyo tipo de injusto es portador de elementos subjetivos. La jurisprudencia, con escasas excepciones entre las que se encuentran las sentencias que comentamos, y la doctrina entienden que la cláusula general de la imprudencia del art. 565 no es aplicable a esta clase de delitos. La explicación es sencilla: si la adecuación de la conducta al tipo depende del cumplimiento de una especial intención del agente, cuando esta falta desaparece aquella adecuación. La ley hace depender el castigo del elemento subjetivo con lo que se excluye que el hecho pueda ser castigado cuando no se comete dolosamente (10). De ahí que aplicar el art. 565 después de haber reconocido que la quiebra

(10) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, pág. 224.

fraudulenta exige que el hecho se realice con la intención de defraudar a los acreedores contradice el criterio ya consagrado por el que se limita el ámbito de aplicación de la singular cláusula general de imprudencia de nuestro Código penal (10 bis). No podemos compartir, por ello, el entusiasmo de Landrove, quien, pese a admitir un elemento subjetivo en el delito de quiebra fraudulenta (11), aprueba la tesis de la S. 13 junio 1959, núm. 627 de la que alaba su «exquisito rigor técnico» y sus argumentaciones «impecables» (12). Tan entusiasta calificación procede, sin duda, de una intuición ya que no plantea ninguna de las tres cuestiones que a nosotros nos preocupa. Ha sido, por el contrario, un mercantilista, Martí Sánchez, quien primero ha manifestado sus dudas al respecto (13). Ciertamente es que la sentencia llega a un fallo más justo al imponer una sanción más leve (14) pero razones de Justicia no convierten en «impecables» las argumentaciones técnicas, ni satisfacen, en casos, las exigencias de vinculación del juez a la ley.

Por último esta doctrina jurisprudencial, y aquí reside el punto que merece nuestra mejor atención, toma posición sobre un controvertido problema aún insuficientemente tratado por nuestra doctrina. Trata el delito de quiebras como si el contenido de injusto lo constituyesen los hechos descritos en los arts. 888 y 890 del Código de comercio, apareciendo la declaración de quiebra y su presupuesto, la insolvencia, como mera ocasión para su punición. En otras palabras la insolvencia carece de significado en el ámbito del juicio de antijuricidad, es decir, de la insolvencia no se responde ni ha servido al legislador para calibrar

(10 bis) Téngase en cuenta que distinto es el caso de la llamada «imprudencia de derecho». Es perfectamente admisible apreciar «imprudencia de derecho» en relación con la quiebra fraudulenta, pues no se puede olvidar que la culpa jurídica constituye una figura que no puede ser englobada dentro de la *convicción imprudente* de una conducta delictiva». [J. CORDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pág. 134]. Lo que negamos es la posibilidad de cometer imprudentemente una quiebra fraudulenta. De ahí que aparezca correcta la S. 29 marzo 1968, núm. 497, cuando castiga con la pena establecida en el artículo 565 al quebrado que obró, según consta en los hechos probados, en errónea creencia de no estar obligado a llevar libros de comercio (error de derecho extrapenal o error de prohibición). Sobre la admisión de la culpa jurídica en nuestro Derecho penal, además de J. CORDOBA, ob. cit., loc. cit., G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal*, en *Anuario*, 1963, pág. 642 y sigs.

(11) «Dolo específico» lo denomina, consistente en la «intención de defraudar a los acreedores», G. LANDROVE, *Las quiebras*, cit., pág. 242.

(12) G. LANDROVE, *Las quiebras*, cit., pág. 237.

(13) J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, *Algunos aspectos del delito de bancarrota*, Santa Cruz de Tenerife, 1962, pág. 183, nota 1, cree que no es admisible aplicar el artículo 565 en la quiebra fraudulenta. Sin embargo, en pág. 184 (nota) aporta otro argumento a nuestro modo de ver inválido. Apunta que esta solución conduciría al absurdo de que hay dos delitos de quiebra por imprudencia, uno el del art. 565 en relación con el 520 del Código penal y otro el de la «quiebra culpable» del art. 521. Sigue, en este sentido, la opinión de la S. 13 noviembre de 1958, núm. 1.014 que incluye en el art. 521 la quiebra causada imprudentemente. Creemos, por el contrario, que la «quiebra culpable» del art. 521 no se identifica con la imprudencia. Ver nota 4 de este trabajo.

(14) No ignora esto J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, *Algunos aspectos*, cit., pág. 184.

la pena. Tal es el entendimiento jurisprudencial. En efecto, en dichas sentencias se opera sólo con dos hechos: la calificación mercantil de la quiebra y la omisión de libros. El ilícito se hace residir en la negligente infracción de la norma que obliga a llevar los libros de contabilidad (artículo 33 del Código de comercio) (15). Sin embargo, no se le da relevancia alguna a la insolvencia como resultado de una posible actuación mercantil de riesgo inadecuada, destacándose, por el contrario, en la S. 9 abril 1969, núm. 710 que de los hechos «se desprende una conducta correcta comercialmente».

A nuestro entender en el delito de quiebra se castiga la insolvencia aunque sólo en determinados casos. La cuestión no es bizantina dadas sus importantes consecuencias prácticas en orden al lugar y tiempo de comisión del delito, a la tentativa, prescripción, participación y concurso (16). La posición que pretendemos mantener no sólo aparece contradicha por esta corriente jurisprudencial, sino que ha sido abandonada por la doctrina más relevante en Italia y Alemania y se ha dicho, incluso, que tal entendimiento, particularmente defendido por los mercantilistas, ha sido el origen de la apreciación de presunciones recusables en Derecho penal (17). Queremos demostrar, sin embargo, que nuestro Derecho positivo, al contrario de lo que ocurre con el alemán e italiano, no admite dudas al respecto y que pese a ello son eludibles todas las pretendidas presunciones influidas por la doctrina mercantil tradicional.

II. LA CAUSACION DEL ESTADO DE INSOLVENCIA COMO CONTENIDO DEL INJUSTO

Resulta elemental que la cuestión ha de ser tratada conforme a la regulación legal. De ahí que nuestra tesis no tenga vocación de universalidad ni trate de señalar criterios político-criminales. Simplemente procuramos desentrañar el sentido y alcance de las leyes que regulan la quiebra punible. No nos puede extrañar, por tanto, que la literatura alemana e italiana lleguen a consecuencias distintas, esto es a considerar como hecho delictivo el descrito por la ley y no el colocarse en situación de insolvencia. De entrada existe una diferencia entre los textos positivos de dichos países y nuestro Código penal (en relación con el de comercio) a la que en pocas ocasiones se le ha dado su justa importancia. Se trata de que sólo en nuestro Derecho se distingue legalmente entre quiebra fortuita y quiebra punible, diferencia ausente en la legislación

(15) S. 20 diciembre 1969, núm. 2.229: «que la ausencia de libros se debe a ignorancia vencible, falta de celo, descuido o despreocupación para acatar y cumplir aquella norma comercial» (art. 33 del Código de Comercio). En sentido similar las otras sentencias que comentamos. Vid. nota 2.

(16) A. WACH, *Der Bankerrott und die verwandten Delikte, en Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorbereiten zur deutschen Strafrechtsreform, B.T.*, t. VIII, Berlín, 1906, pág. 63.

(17) F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, cit., pág. 27, M. PUNZO, *Il delitto*, cit., pág. 64.

de ambos países (18). Si el delito de quiebra se considera como fenómeno homogéneo, en el sentido de poder formar parte de la misma clasificación, con la quiebra fortuita es porque en ambos casos es relevante la creación de un estado de insolvencia. Lo fortuito en la quiebra es la insolvencia (19) y si lo punible ha de ser lo *no fortuito* no puede eludirse la referencia a aquella situación de insolvencia.

A un lector relativamente ajeno al tema le parecerá sumamente evidente que el contenido de injusto del delito de quiebra se encuentre en el hecho de colocarse el deudor en situación de insolvencia frente a los acreedores. Tal evidencia procede de que ese es el concepto vulgar e histórico de la quiebra. No ignoran esto los que tratan de encuadrar el contenido de injusto del delito de quiebra en los particulares hechos descritos en la ley. Lo que ocurre, dirá por ejemplo Punzo (20), es que el concepto histórico y vulgar no coincide con el mantenido por la ley. Y Antolisei precisa que «la insolvencia... no figura en la definición del delito, y solamente constituye un antecedente necesario de la declaración de quiebra» (21). Tal ocurrirá en el Derecho italiano, pero no así en el español.

En efecto toda la regulación legal en materia de quiebras punibles gira en torno de la expresión «insolvencia». El delito de quiebra está incluido en el Tit. XIII del Código penal, en la sección primera del Cap. IV y bajo el epígrafe «del alzamiento, quiebra, concurso e *insolvencia* punibles». «Quien espere encontrar, dice Rodríguez Devesa (22), una figura especial de insolvencia punible al leer dicho epígrafe no seguirá sus propósitos, porque la insolvencia punible es hoy el género del que son especies los delitos de alzamiento, quiebra y concurso». Que la expresión está referida a la quiebra y concurso resulta particularmente claro ya que la incluyen los correspondientes tipos. Y es más, en el único caso en que la ley no hace referencia a la insolvencia (delito de alzamiento del art. 519) han destacado unánimemente doctrina y jurisprudencia que el núcleo de la conducta típica consiste en colocarse en situación de insolvencia (23). Dada la estructura de ley penal en blanco que revisten los arts. 520 y 521 del Código penal pudiera pensarse que la conclusión de que la conducta punible en la quiebra consiste en colocarse en situación de insolvencia, podría desvirtuarse aten-

(18) A. WACH, *Der Bankerrott*, cit., págs. 9 y 10 destaca su especial interés hasta el punto de poder deducir de ello que lo que se castiga (*Grunddelikte*) sea la causación de la insolvencia. Tampoco en el derecho francés se utiliza la distinción entre quiebra fortuita y punible. Vid. R. ITHURBIDE, *Histoire critique de la faillite*, París, 1973, págs. 249 y sigs. Rige en materia de quiebras en Francia la Ley de 13 julio 1967.

(19) Así se deduce del art. 887 Código de comercio que se refiere a la «reducción del capital hasta el punto de no satisfacer en todo o en parte sus deudas». Sobre ello insistiremos más adelante, vid. págs.

(20) M. PUNZO, *Il delitto*, cit., Prólogo pág. V y pág. 76.

(21) F. ANTOLISEI, *Delitti relacionados con las quiebras*, cit., pág. 29.

(22) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial*, 5.^a ed., Madrid, 1973, pág. 429.

(23) Vid. por todos F. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, págs. 114 y sig.

diendo a la norma a la que la ley penal se remite. Un examen del Código de comercio, norma de remisión, disipa toda duda. El art. 886 distingue la quiebra según la clase de insolvencia apreciando tres supuestos: insolvencia fortuita, insolvencia culpable e insolvencia fraudulenta.

Ahora bien, el hecho de que nuestra regulación legal defina el delito refiriéndose a la insolvencia no deja de ser un argumento formal desde ningún punto de vista decisivo. Puede aparecer como un simple presupuesto de la declaración de quiebra y, por tanto, como un mero antecedente de una condición objetiva de punibilidad, o como un elemento del tipo. Necesariamente ha de ser un elemento del tipo (de injusto) si queremos seguir manteniendo la tesis de que constituye el contenido de injusto del delito de quiebra.

En efecto, la insolvencia aparece como *resultado* del delito de quiebra. Una conclusión de esta índole la corrobora nuestro Derecho positivo. Quintano había hecho ya la observación de que la insolvencia como resultado del delito aparece particularmente clara en el delito de concurso (arts. 523 y 524 del Código penal) y no hay razón para negarlo en las quiebras punibles (24). Téngase en cuenta que si los arts. 520 y 521 del Código penal no lo exigen expresamente se debe a su propia técnica de ley penal en blanco. Cuando la ley no utiliza tal técnica de remisión (como en el delito de concurso) destaca la insolvencia como resultado de la conducta. De otro lado en el delito de alzamiento donde no se hace referencia a la insolvencia, doctrina y jurisprudencia la incluyen como resultado delictivo (25). Esto es sumamente ilustrador porque en el art. 519 del Código penal se incluyen no sólo conductas de fuga, sino otras que se identifican con las descritas por el art. 890 del Código de comercio, con lo que su diferencia con la quiebra estriba, a veces, sólo en la falta de la declaración de la misma (26).

Esta conclusión, derivada de un examen del Código penal, no sólo se confirma con el Código de comercio, sino que encuentra en él su más firme apoyo. Ciertamente no define qué se entiende por quiebra punible, pero es indudable que una quiebra de esta clase sólo puede

(24) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., págs. 72-73. J. M. RODRÍGUEZ DEVEASA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 431 cree, sin embargo, que precisamente el silencio legal pone de relieve que la relación de causalidad en la quiebra está presumida contra toda prueba. En este sentido la reciente S. 19 enero 1974, A. 234.

(25) F. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento*, cit., pese a considerar tal delito como de mera actividad (pág. 122) apunta que la conducta delictiva consiste en colocarse en situación de insolvencia (págs. 114 y sigs. y 123 y sigs. donde cita abundante jurisprudencia). Identifica MUÑOZ CONDE, al estilo de DELITALA, resultado delictivo y lesión del bien jurídico, de ahí que pueda afirmar que es un delito de mera actividad y a la vez destacar que la conducta consiste en causar la insolvencia.

(26) S. 13 marzo 1882, t. XXVI, núm. 6421: «debe estimarse que se alza con sus bienes, conforme al *sentido legal de esta palabra*, no sólo el que se fuga con ellos, sino el que los oculta, erajena o sustrae fraudulentamente para hacer ineficaz la acción de sus acreedores».

ser aquella que no puede calificarse de fortuita conforme al art. 887. Es una consecuencia elemental de haber hecho el Código de comercio una clasificación considerando elementos homogéneos de la misma las tres clases de quiebra. Por tanto, y ateniéndonos a la definición del art. 887 (27), quiebra punible es, en principio, la que no tiene un origen casual atendiendo al orden regular y prudente de una buena administración mercantil. En otras palabras, la que tiene su origen en una deficiente administración mercantil. Se dirá, no sin razón, que menospreciamos la amplia y detallada relación de hechos que la ley describe en los arts. 888 y 890 del Código de comercio. No se puede negar que tal esfuerzo legal de enumeración tiene un significado notable, pero no hasta el punto de llegar a constituir el núcleo de la conducta delictiva ya que hemos comprobado que la ley hace descansar el peso del ilícito sobre la creación *no fortuita* de la insolvencia. La enumeración tiene una explicación más sencilla. Castigar en todo caso la quiebra no fortuita significaría no haber superado el «decoctor ergo fraudator» porque, en definitiva, toda quiebra puede ser reducida a una deficiente administración en cuanto falta una adecuada previsión de los riesgos que toda actividad mercantil entraña. De ahí que la ley no opere con un tipo prohibitivo de causar (28), sino que describa determinados comportamientos (activos y omisivos) que corresponden a supuestos de deficiente administración mercantil. El ilícito no se colma con el desvalor de resultado sino que exige la concurrencia del desvalor de acción. Con ello la ley establece una limitación, como siempre que describe las modalidades de comisión de un hecho delictivo. El afán limitador de la ley es particularmente claro si tenemos en cuenta que, al menos en la quiebra fraudulenta, estamos en presencia de actividades defraudatorias que tan difícilmente se prestan a la enumeración. Decía ya Straccha «tot sunt decoctorum fraudes quod vix aut enumerari possunt» (29) y, pese a la propia naturaleza del fraude que no se presta a ser taxativamente descrito en sus modalidades, la ley renuncia a utilizar una cláusula abierta (como la del art. 529, núm. 1: «y otros engaños»), enumerando una serie cerrada de comportamientos. Este interés limitador es incrementado por el propio Código penal cuyo art. 521 no castiga todo lo que el Código de comercio califica de quiebra culpable, sino sólo la quiebra culpable del art. 888 de dicho Código (30).

(27) Art. 887: «Se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieron infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas».

(28) Utilizamos expresiones de la dogmática jurídicopenal porque estamos tratando del *presupuesto* del delito de quiebra que, por operar el Código penal con la técnica de ley penal en blanco, se encuentra descrito en otra ley.

(29) Citado por S. LONGHI, *La Bancarotta*, cit., pág. 4. También MARESCHAL hablaba de la imposibilidad de describir todos los fraudes de los quebrados. Citado por C. DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le Code de Commerce*, París, 1960, pág. 69.

(30) Se excluyen las quiebras de los arts. 889 y 899. En este sentido A. QUIN-TANO, *Tratado*, III, cit., pág. 139, recogiendo la opinión de ПАЧЕКО. El carácter

La técnica usada por el Código de comercio ha sido la de describir supuestos de la deficiente administración mercantil particularmente graves en un comerciante. La ley no quiere castigar toda quiebra *no fortuita*, sino sólo aquella que presenta un mayor grado de intolerabilidad. Así, pues, a la vista de nuestro Derecho positivo quiebra punible es la *insolvencia culpable* (31) *del comerciante que tiene su origen en la falta del orden regular y prudente de una buena administración mercantil cuando tal falta reviste una particular gravedad determinada por la ley.*

III. EXAMEN DE OTRAS DOCTRINAS

Entendido así el delito de quiebra y encuadrado, como tal delito, en la esfera del Derecho penal, tenemos que concluir, para ser consecuentes con las exigencias de la moderna dogmática, en la afirmación de la relación de causalidad y la culpabilidad. Este es el caballo de batalla del Derecho penal de las quiebras, que se pretende eludir adoptando dos posiciones. La primera, contradiciendo toda la evolución histórica, pretende que el contenido de injusto lo constituyen solamente los particulares hechos descritos en la ley, siendo la insolvencia algo ajeno al tipo. Normalmente se entiende la situación de insolvencia como presupuesto de una condición objetiva de punibilidad: la apertura del proceso ejecutivo concursal. La segunda, más acorde con la concepción histórica, sigue entendiendo que lo que se castiga realmente es el colocarse en situación de insolvencia, si bien la relación de causalidad y la culpabilidad respecto de dicha situación se consideran legalmente presumidas contra toda prueba. A continuación intentaremos demostrar que los argumentos utilizados en favor de una u otra posición están desprovistos, por distintas razones, de toda fuerza de convicción.

1. *El llamado «hecho de bancarrota» como contenido injusto.*

La doctrina alemana e italiana fundamentan su posición en sus propios textos positivos. El entendimiento de que el contenido de injusto lo constituyen los particulares hechos descritos en la ley les resulta facilitada, como ya sabemos, porque ni la *Konkursordnung* alemana de 1877 ni la *Legge fallimentare* italiana de 1942 caracterizan la bancarrota (32) punible como lo opuesto a la bancarrota fortuita. En Alemania los §§ 239 y 240 de la *Konkursordnung* referentes a la banca-

limitador de la ley, aunque a otros fines, ha sido puesto de relieve también por J.-A. RAMÍREZ, *La quiebra*, III, Barcelona, 1959, pág. 329, «la enumeración de los hechos... de los arts. 888 a 892 del Código mercantil, tiene carácter *limitativo* y no *ad exemplum*». Subrayados del autor.

(31) «Culpable» en el sentido genérico de culpabilidad jurídico-penal, no en el específico del art. 521 del Código penal.

(32) Decimos «bancarrota» porque ni la *bancarotta* italiana ni el *Bankrott* alemán equivalen totalmente a la expresiva «quiebra» del Derecho español.

rrota fraudulenta (*betrügerischer Bankrott*) y a la simple (*einfache Bankrott*) castigan al deudor que ha sobreesido sus pagos o sobre cuyo patrimonio ha sido abierto el proceso concursal (33). El texto no hace referencia alguna sobre la insolvencia (*Zahlungsunfähigkeit*) por lo que es más explicable que se haya entendido como presupuestos de una condición objetiva de punibilidad (*Zahlungseinstellung* —sobresimiento en el pago—, o *Konkurseröffnung* —apertura del concurso— (34). Lo mismo puede decirse de la ley italiana cuyos arts. 216 y 217 castigan al comerciante, si es declarado «fallito», que realiza las acciones descritas (35).

Estos argumentos formales no son realmente decisivos y de todo punto inválidos para quien pretenda trasladarlos a nuestro Derecho. Con su exposición sólo pretendemos explicar que los puntos legales de partida son distintos y que no es extraño, pues, que lleguemos a conclusiones distintas conforme a nuestro Derecho positivo. Lo que más nos preocupa son otra clase de argumentos, esgrimidos principalmente por la literatura italiana, en contra del entendimiento de la insolvencia como contenido de injusto.

Es necesario aclarar en primer lugar un equívoco. Nuvolone, recogiendo un argumento de Candian, advierte en contra de la posición que pretendemos mantener, que un acto judicial no puede ser resultado de un delito (36). Pero además de que el argumento prueba demasiado (37), parte de una premisa incorrecta: entender que el resultado del delito de quiebra lo es la declaración judicial de la misma. El comerciante no responde criminalmente de haber sido declarado en quiebra por el juez, sino de haber quebrado. El juez, como apuntó Carrara, no crea la quiebra, sino que se limita a declararla. La quiebra es una situación de hecho —un «estado»— como lo prueba el que nuestro Código de comercio distingue entre la quiebra (art. 874) y su declaración

(33) La traducción más correcta, desde un punto de vista literal, de la *Zahlungseinstellung* es suspensión de pagos, pero esta expresión tiene en Derecho español un sentido jurídico que no soporta el término alemán. De ahí que sea más correcto traducir por sobresimiento en el pago.

(34) Cfr. U. KLUG, *Konkursstrafrecht*, cit., págs. 1.141 y 1.142 y R. MAURACH, *Deutsches strafrecht. Besonderer Teil*, 5.^a ed., Karlsruhe, 1971, pág. 280, para quien, además, la tesis por la que se consideran los hechos descritos como el contenido de injusto procede necesariamente del tratamiento del tema en el Código prusiano de 1851. En este sentido también BÖHLE-STAMM-SCHÄDER, *Konkursordnung*, cit., pág. 505. Una exposición de la doctrina alemana sobre el «delito concursal» a la vez que una severa crítica de su tratamiento legal en W. DAUBLER, *Sinn und Unsinn der Insolvenzdelikte. Zugleich ein Beitrag zur Reform des Vermögensstrafrechts, in Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, herausgegeben von J. BAUMANN y G. DAHN, págs. 1 a 16.

(35) Cfr. F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, cit., pág. 29.

(36) P. NUVOLENE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concursuali*, Milano, 1955, pág. 11.

(37) Dice P. NUVOLENE, *Il diritto*, cit., pág. 11 y nota 3, que la misma objeción puede hacerse a las condiciones objetivas de punibilidad y que, sin embargo, no es tan grave absurdo considerar que un acto del juez (por ejemplo, la sentencia condenatoria del art. 326) puede condicionar la punibilidad de la conducta.

(art. 875) (38) y lo que se castiga, precisamente es el haberse colocado en tal situación fáctica. El Código penal español castiga al «quebrado» y en la medida en que, según los arts. 520 y 521 del mismo, puede

(38) Cfr. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento criminal*, I, Barcelona, 1947, pág. 164. La S. 19 enero 1974, A. 234 advierte que la declaración de la quiebra «transforma el hecho de la insolvencia en verdadero hecho jurídico». La quiebra en sentido económico, es decir, la insolvencia, la entendemos como un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles. [ALFREDO ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, pág. 5]. Es sabido que la insolvencia no puede identificarse con aquella situación económica en que el activo resulta inferior al pasivo, es decir, con la insuficiencia. De un lado puede ocurrir que el deudor se encuentre en situación de insolvencia pese a tener más bienes que deudas cuando el activo (especialmente bienes inmuebles en período de crisis económica) no se puede convertir en dinero o sólo a costa de grandes pérdidas [F. WEBER en JAEGER, *Konkursordnung mit Einfüruungsgesetzen. Kommentar*, 8.^a ed., II, Berlín 1958, pág. 128]. Es decir, se puede dar la situación de insolvencia aún cuando el activo es superior al pasivo, si carece aquél de liquidez [L. SUÁREZ LLANOS, *El estado de insolvencia*, Separata del Boletín de la Universidad Compostelana, 77, 1970, pág. 19]. De otro lado un estado de insuficiencia puede acompañarse de la solvencia del deudor por existir una expectativa de bienes futuros (intereses de capital, renta de la tierra, capacidad personal en el comercio, etc...) que le facilitan ser favorecido por el crédito. [Así F. WEBER, *Konkursordnung*, cit., pág. 128 y Alfredo Rocco, *Il Fallimento*, cit., pág. 6].

Se discute en nuestro Derecho si la insolvencia así entendida (en sentido económico) es el auténtico y único presupuesto de la quiebra mercantil. Parece que la regulación legal sólo exige para la declaración de la quiebra el sobreesimiento por parte del deudor en el pago corriente de sus obligaciones (arts. 874 y sigs. del Código de Comercio), hasta el punto de que para la oposición a la declaración ha de probar el deudor que se halla al corriente en el pago (art. 1.029 Código de Comercio de 1829) [Vid. V. HERCE QUEMADA, en E. GÓMEZ ORBANEJA-V. HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, 5.^a ed., Madrid, 1962, pág. 725]. Pese a ello es discutible que baste para la declaración de la quiebra el incumplimiento de las obligaciones. De aceptarse este entendimiento sería posible la declaración de la quiebra respecto de un deudor solvente que incumple sus obligaciones porque no quiere pagar. No podemos tratar a fondo tan discutido tema, pero desde la perspectiva penal parece evidente que la ley castiga no el mero incumplimiento de las obligaciones (no querer pagar) [Alfredo Rocco, *Il Fallimento*, cit., pág. 6, advertía que puede darse incumplimiento sin «fallimento» por ejemplo por no querer pagar o por error o negligencia], sino el incumplimiento derivado de conductas especialmente intolerables (de sumo riesgo o de fraude) que colocan el patrimonio del deudor en una situación tal que imposibilita la satisfacción de los créditos. El art. 887, de tanta relevancia en el ámbito criminal como ponemos repetidas veces de relieve en este trabajo, es argumento suficiente, al definir la quiebra (fortuita) atendiendo a la reducción del capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte las deudas. No debe inducir a equívoco el hecho de que se incluyan en la quiebra conductas de ocultación de bienes (sobre todo en el número 1, art. 890 relativo al alzamiento). Podría decirse que en dicho caso no sólo se incluye la insolvencia real, sino la aparente en cuanto que el que oculta no ha desplazado los bienes fuera de su patrimonio. [Sobre insolvencia aparente hablan sobre todo la jurisprudencia y doctrina penales en relación al delito de alzamiento del art. 519 Código penal. Cfr. A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 42 y G. QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1973, pág. 63.] Que la insolvencia aparente pueda fundamentar la declaración y castigo de la quiebra sería lo mismo que decir que no es necesaria la insolvencia (real) a tales fines. Pero aquí hay un equívoco de tipo semántico. Se llama insolvencia aparente a lo que no deja de ser una situación de insolvencia como otra cualquiera. Lo decisivo de la insolvencia es que el patrimonio aparezca sin bienes suficientes para aten-

aquél ser «declarado en insolvencia», se está refiriendo al quebrado *no declarado judicialmente* (39).

El equívoco había sido ya puesto de relieve por Longhi y Alfredo Rocco quienes precisaron que el resultado del delito no es la declaración judicial de la quiebra, sino la propia insolvencia (40). De esta forma se pretendía solventar una antigua objeción. Se decía que cuando la ley describe hechos cuya comisión es posterior a la declaración de la quiebra no se puede establecer una relación de causalidad entre aquéllos y ésta. Sustituído el acto jurídico de declaración de la quiebra por la insolvencia como resultado delictivo, la dificultad estaba salvada. Los hechos posteriores a la declaración pueden fundamentar el delito de quiebra en la medida en que *agravan* la situación de insolvencia (41).

der al pago de las obligaciones vencidas (art. 876 Código de comercio). En la medida en que esto ocurra hay ese desequilibrio entre las prestaciones exigibles y los valores realizables a que nos referimos, porque el acreedor no encuentra en el patrimonio del deudor los bienes ocultados. El que, después de constatada esta realidad, aparezcan nuevos bienes en poder del deudor suficientes para el pago (porque los extrae de su ocultación o porque pasa a mejor fortuna) en nada afectan a la calificación de insolvencia. una cosa es no querer pagar teniendo bienes suficientes (solvencia) y otra cosa es no querer pagar *ocultando* sus bienes (insolvencia). [Una exposición sintética del estado de la polémica en el ámbito mercantil en L. SUÁREZ LLANOS, *El estado de insolvencia*, cit., *passim*. El sector de la doctrina mercantil que defiende la tesis que a nosotros simpatiza utilizan otros argumentos derivados de la Exposición de Motivos del Código de Comercio, de los arts. 876, 886 y 887 del Código, y arts. 8, párrafos 6 y 10, párrafo 1 de la Ley de suspensión de pagos, para demostrar que la declaración de la quiebra precisa una insolvencia real y definitiva. Vid. además del trabajo de SUÁREZ LLANOS, J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 4.^a ed., Madrid, 1962, págs. 364 y sigs. De todos modos es indudable que la quiebra, pensada para evitar la individual y egoísta ejecución aislada estableciendo una comunidad de pérdidas, carece de sentido cuando el deudor es solvente aunque sobresea sus pagos. L. SUÁREZ LLANOS, *El estado de insolvencia*, cit., pág. 14.]

(39) De ahí que no sea válida en Derecho español la observación de M. PUNZO, *Il delitto*, cit., pág. 76, quien advierte que en la ley italiana sólo se exige que el deudor sea declarado en quiebra, no que venga a encontrarse en insolvencia.

(40) Vid. más adelante notas 56 y 94 y cfr. M. PUNZO, *Il delitto*, cit., pág. 66.

(41) S. LONGHI, *La Bancarotta*, cit., pág. 79 define la quiebra atendiendo a los hechos que *causan* la insolvencia y a los que la *agravan*. Sigue esta posición Roberto ROVELLI, *Reati fallimentari. Commento alle disposizioni penali del R. D., 16 marzo 1942 N. 267, Milano 1952, pág. 12.*

A nuestro entender no hay necesidad de distinguir entre causar y agravar. Lo que agrava la insolvencia es una condición de la misma elevada a *causa jurídico penalmente relevante* por el tipo legal. De ahí que resulte ya una insistencia absurda la de P. NUVOLONE, *Il diritto penale*, cit., pág. 11 y la de M. PUNZO, *Il delitto*, cit., pág. 111, quienes siguen argumentando que hay hechos posteriores a la insolvencia y que por tanto no la pueden causar. Puede ocurrir que la insolvencia se deba a distintas causas, por ejemplo, a probados infortunios ajenos a la voluntad del comerciante y a una deficiente previsión de los riesgos o a una posterior sustracción de activo. Todas son condiciones del resultado y en la medida en que constituyen una deficiente administración mercantil ejemplarizada en los arts. 888 y 890 del Código de Comercio son «causas», relevante jurídico-penalmente, de la insolvencia. La S. 31 marzo 1886, t. 36, núm. 451 no contesta al recurrente

En la literatura italiana es ya antiguo el argumento de que la ley no exige ninguna relación de causalidad (42). Sin embargo, su valor es muy dudoso incluso frente al propio Derecho positivo italiano. La propia *Relazione* de la Legge fallimentare exige el nexos causal entre el hecho descrito y la insolvencia (fallimento) si bien no en el sentido de que deba ser la única causa (43), y de otro lado, la misma ley exige en algún caso expresamente tal relación de causalidad (44). De todas formas frente al Derecho español es un argumento inválido. Conforme a la clasificación del Código de comercio la quiebra punible es, en principio, la que no puede calificarse de fortuita. Y si el art. 887 define ésta atendiendo a las *causas* que hayan reducido el capital del comerciante al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas, es decir, atendiendo a cuáles fueron las *causas* de la situación de insolvencia, la quiebra punible ha de definirse también en atención a una distinta valoración de dichas causas.

Ciertamente, aún admitido esto, siempre se puede esgrimir el argumento de la imposibilidad lógica de afirmar una relación de causalidad entre algunos de los hechos descritos en la ley y la situación de insolvencia. En efecto, una relación de causalidad entre el hecho de no llevar libros y la situación de insolvencia no parece defendible (45). Pero no se trata de eso. El Código de comercio precisa claramente en su artículo 887 que lo decisivo es si la reducción de capital (la insolvencia) tiene su origen en los riesgos casuales dentro del *orden regular y prudente* de una buena administración mercantil, o, por el contrario, en los riesgos debidos precisamente a una actividad mercantil *imprudente, irregular y desordenada*. La relación de causalidad debe mediar, pues, entre una deficiente administración mercantil y la situación de insolvencia. Téngase en cuenta que no pretendemos mantener una interpretación totalmente nueva. Cuando desde el s. xv empiezan a admitirse en las legislaciones presunciones *iusuris tantum* en materia de

que atribuía la quiebra a la guerra civil y al bombardeo de Bilbao, pero hay que reconocer que de los hechos se deduce una deficiente administración mercantil que agrava («causa») la situación de insolvencia.

(42) Así, Alfredo Rocco, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, pág. 109. En sentido similar F. ANTOLISEI, *Delitti relacionados con las quiebras*, cit., pág. 57.

(43) Cfr. I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, pág. 8. Observa SCALERA, no sin razón, que la *Relazione* se contradice ya que se declara contrario a la tesis que, cualificando el *fallimento* como elemento constitutivo, quiere hacer de esto, «nello stampo del reato, l'evento», y favorable, por el contrario, a colocarlo al margen... del tipo como condición de punibilidad para los supuestos cometidos con anterioridad al fallimento y, como presupuesto para los cometidos con posterioridad.

(44) Art. 223. núm. 2 castiga a los administradores, síndicos y liquidadores de la Sociedad declarada en quiebra que «hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società». Art. 224, núm. 2 castiga a los mismos que «hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto delle società con l'inosservanza degli obblighi ad essi importi dalla legge», cfr. P. NUVOLONE, *Il diritto*, cit., pág. 16.

(45) A esta dificultad se refiere expresamente M. PUNZO, *Il delitto*, cit., página 111.

quiebras, o cuando el Código de comercio actual admite en el art. 891 una presunción de dicha clase, están pretendiendo cargar sobre el quebrado el peso de la prueba (al menos en el ámbito procesal civil). Y es evidente que lo único que puede probar el quebrado es que pese a su correcta administración mercantil, se produjo la quiebra por causas no imputables al mismo. Es decir, el carácter fortuito de la quiebra.

La exigencia de una relación de causalidad entre las actividades del quebrado en el ámbito mercantil y la situación de insolvencia aparece definitivamente confirmada por el art. 1.382 de la Ley de enjuiciamiento civil que remite al art. 1.138 del Código de comercio de 1829 en donde se exige tener presente para la calificación de la quiebra, entre otras cosas, «la relación que está a cargo del quebrado presentar (art. 1.018) sobre las causas inmediatas y directas que ocasionaron la quiebra, y lo que resulte de los libros, documentos y papeles de ésta sobre su verdadero origen» (45 bis).

Conviene aquí advertir un posible malentendido. El hecho de que la relación de causalidad medie entre la deficiente administración mercantil y la insolvencia no quiere decir que los hechos descritos en la ley sean ajenos al tipo de injusto. Los hechos representan las modalidades de conducta indispensables para la existencia de la quiebra punible. Son precisamente supuestos elementales de deficiente administración mercantil por parte del comerciante. A veces (ocultar el activo o gravar ficticiamente el pasivo) pueden ser por sí solos condiciones que causan la insolvencia. En otros (ocultación o falsificación de la contabilidad) revelan la deficiente administración mercantil que a su vez causa la insolvencia.

También se ha intentado negar la posibilidad de referir la culpabilidad al resultado de insolvencia. Dice, por ejemplo, Nuvolone que, salvo casos patológicos excepcionalísimos, es difícil pensar en un comerciante que voluntariamente determina su insolvencia (46). Si con

(45 bis) De ahí que sea inadmisibile el fundamento de la calificación civil de la quiebra recogido en la S. de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 14 abril 1906, t. 76, núm. 177. Se dice que «aún cuando no constaban de autos las causas directas e inmediatas que hubiesen podido ocasionar la quiebra del comerciante... la circunstancia de no llevar libros de contabilidad... era motivo suficiente para que la expresada quiebra se reputase desde luego como fraudulenta». Es evidente que esta conclusión es contraria a lo establecido en la ley. Advierte F. DE RIVES Y MARTÍ, *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, II, tercera ed. adicionada por J. SAURA JUÁN, Madrid, 1954, pág. 127, que para calificar no bastan los hechos del art. 890 porque hay que tener en cuenta el art. 1.138 del Código de Comercio de 1829. Y tampoco satisface la respuesta de la Sala segunda, al recurso fundamentado en haber prescindido del informe de los Síndicos como preceptúa el art. 1.140 Código de Comercio de 1829, diciendo que «las irregularidades que hayan podido cometerse en la tramitación del juicio civil no pueden invocarse en la esfera penal». Pero no se trata de eso, sino de advertir al juez penal que la calificación civil, a parte de carecer de fuerza vinculante, ha olvidado unos datos que han de tomarse en cuenta en la esfera criminal para declarar la existencia del delito de quiebra.

(46) P. NUVOLONE, *Il diritto*, cit., pág. 31, A. QUINTANO, *Tratado*, III, página 77, observa también que una exigencia de que «se quiera» la insolvencia

este argumento se quiere alardear de visión práctica de los problemas jurídicos se incurre en un grave error. Precisamente en la práctica de los tribunales predominan las conductas de fuga con los bienes o simulaciones de pasivo en que se da una clara intención de colocarse en situación de insolvencia frente a los acreedores que no tiene nada de patológico. El dolo obedece a un sencillo deseo de lucrarse no satisfaciendo sus deudas. En el fondo, quienes defienden esta posición confunden el dolo con los motivos, aunque por otra parte hemos de reconocer que en algunos casos habría de operarse preferentemente con el dolo eventual (47).

Un último argumento ha utilizado Antonioni que, por proceder de un equívoco, es necesario reseñar. Considera Antonioni que si el art. 240 de la Legge fallimentare admite la posibilidad de declarar la responsabilidad civil dentro del proceso criminal, se pone de relieve que el ilícito lo constituyen los actos singulares descritos en la ley y no la insolvencia (48). En realidad se está confundiendo el concepto de insolvencia a efectos de determinar la responsabilidad civil derivada de delito y aquella otra insolvencia que da lugar a la declaración de la quiebra y al castigo de la misma. Se ha puesto ya repetidas veces de relieve que la insolvencia que fundamenta la quiebra no significa necesariamente inferioridad del activo respecto del pasivo, ni tampoco imposibilidad absoluta de no pagar todas sus deudas, sino que se entiende como un desequilibrio económico entre los valores realizables y las prestaciones exigibles (49). En la medida en que el quebrado posea aún bienes puede, a la vez que ser declarado en insolvencia punible, ser calificado de solvente a efectos de determinar la responsabilidad civil derivada de delito (50).

«equivaldría a reservar la punición a las hipótesis de ficción, ya que nadie desea su efectiva ruina».

(47) La preponderancia del dolo eventual la han reconocido U. KLUG, *Konkursstrafrecht*, cit., pág. 1142; J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, *Algunos aspectos*, cit., página 189; E. BACIGALUPO, *Estudios jurídico-penales*, cit., pág. 15. La S. 22 de mayo 1942, A-696 no tiene reparos en hablar, refiriéndose al quebrado, de «el propósito del mismo de conseguir su insolvencia e intención de defraudar a sus acreedores y hacer ineficaces las acciones de éstos».

(48) F. ANTONIONI, *La Bancarotta semplice*, Napoli, 1962, pág. 95. El artículo 240 de la ley italiana equivale al art. 1.387 de nuestra ley de Enjuiciamiento Civil.

(49) Vid. nota 38.

(50) La jurisprudencia no encuentra ningún reparo en condenar a la indemnización del daño al autor de un delito de *insolvencia*. Como decimos, tal actuación es totalmente correcta. Lo que es más problemático es determinar la cuantía de la responsabilidad civil. Mientras en unos casos se determina por el importe de las deudas no pagadas (Ss. 24 marzo 1955, t. XXV, núm. 314, 4 abril 1967, núm. 361 y 8 octubre 1915, t. 95, núm. 61) en otros se condena a la «indemnización a los acreedores perjudicados en las sumas y del modo y forma que resulta y se acuerde en el juicio universal de quiebra de que dimana la presente causa» (11 octubre 1966, núm. 1394; en sentido similar 18 octubre 1969, núm. 1801).

2. Las pretendidas presunciones «*iuris*» en el delito de quiebra.

Frente a quienes piensan que el contenido de injusto en el delito de quiebra lo constituyen solamente los particulares hechos descritos en la ley, un sector doctrinal, formado principalmente por mercantilistas, sigue opinando que tal lugar lo ocupa la situación de insolvencia si bien apuntando que todo el tema de las quiebras está regido por presunciones *iuris et de iure* (51).

La pretendida existencia de presunciones en el delito de quiebra obedece a tres razones principales. De un lado a la influencia de las presunciones que rigen en el tema de retroacción de la quiebra (52). Del otro, a la necesidad de justificar la severa medida del arresto del quebrado desde el momento de la declaración. Por último, a los prejuicios históricos que imperan en el estudio de la quiebra. Esta institución se trata muy a menudo como un fósil histórico. Parece como si los argumentos de autoridad de Baldo, Straccha, Salgado de Somoza, Hevia Bolaños, etcétera... fuesen aún válidos, o como si los estatutos italianos, la Ordenanza francesa de 1673 o las Ordenanzas de Bilbao fuesen Derecho vigente. No creemos, como Punzo (53), que la referencia histórica sea una disgresión inútil. Al contrario, la experiencia de todo intérprete del Derecho es que la interpretación histórica juega a veces un papel fundamental (54). Pero no hay que olvidar que a la hora de interpretar la norma tratamos de desentrañar la voluntad de la ley vigente, no la del legislador histórico. De ahí que, sin desdeñar la interpretación histórica de suma utilidad a veces, aparezcan como instrumentos más apropiados para indagar el alcance y sentido de la norma vigente la interpretación sistemática y la interpretación progresiva. Y nos referimos especialmente a estos dos medios de interpretación porque en este caso nos resultan los más idóneos para poner de relieve la fragilidad de la tesis que opera con presunciones *iuris et de iure* en el delito de quiebra. La admisión o recusación de las presunciones en esta materia es un problema de interpretación de la ley. A nuestro entender se ha olvidado que el delito de quiebra, como todo delito, está encuadrado en la sistemática del Derecho penal sustantivo y adjetivo (interpretación sistemática), y de otro lado se ha olvidado que es necesario adecuar el instituto a los nuevos logros de la dogmática jurídica (interpretación progresiva).

Al penalista que se encuentra de súbito con la regulación mercantil de la quiebra no le parece desde ningún punto de vista evidente que

(51) Es particularmente conocida la teoría de la doble presunción de Alfredo Rocco a la que nos referiremos más adelante. Vid. pág. . En la doctrina moderna admiten tales presunciones J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español Parte especial*, cit., pág. 431-432. J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, t. III, cit., páginas 293 y 329. En la literatura italiana BONELLI, NAVARRINI, CANDIAN, PROVINCIALI. Cfr. F. ANTOLISEI, *Delitos relacionados con las quiebras*, cit., pág. 27.

(52) P. NUVOLONE, *Il diritto*, cit., pág. 4.

(53) M. PUNZO, *Il delitto*, cit., pág. VII del prólogo.

(54) Conocida es la interpretación histórica utilizada por ANTÓN para resolver el equívoco que plantea la actual redacción del art. 565. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 140.

existan presunciones *iuris et de iure* en los arts. 888 y 890 del Código de comercio. Ante la tradicional opinión mercantilista se pregunta en primer lugar cuál es el fundamento legal que permite hablar de una presunción. No hay otra respuesta, partiendo del texto legal, que las expresiones «se reputará» y «se considerará» que encabezan los citados artículos. La presunción a la que parecen referirse tales expresiones ha de ser, además, *iuris et de iure* en contraposición a la *iuris tantum* de los arts. 889 y 891. Tal interpretación gramatical no es de ninguna manera decisiva. En primer lugar no queda uno convencido de que las expresiones citadas pertenezcan al tipo del delito de quiebra. El presupuesto del art. 521, por ejemplo, ha de ser colmado únicamente con «las causas comprendidas en el art. 888 del Código de comercio». La expresión «se considerará» si tuviera algún significado especial lo tendría para el juez civil a quien va dirigido pero no para el penal ya que no forma parte del tipo. De otro lado la contundencia que encierran las citadas expresiones legales tienen, a la vista del texto legal, una explicación más sencilla que la de albergar presunciones *iuris et de iure*. Hemos ya indicado que una interpretación sistemática pone de relieve que existe en los arts. 886 y sigs. una tendencia limitadora (55). La definición de la quiebra fortuita del art. 887 pretende excluir del ámbito de lo punible las quiebras casuales dentro del buen orden mercantil. Siendo la actividad mercantil una conducta esencialmente de riesgo, es difícil la calificación fortuita de una quiebra. La ley, pues, necesita limitar de entre las quiebras *no fortuitas* las que quiere castigar. De este modo no es posible toda quiebra *no fortuita*, sino sólo las que *considera* y *reputa* la propia ley.

Con esto simplemente queremos poner de relieve, desde el principio, que una interpretación gramatical no es decisiva. En otras palabras, que la existencia de presunciones no se deduce de la letra de la ley. De este modo podemos entrar con más comodidad en el fondo de la cuestión: ¿qué es lo que se presume? ¿Cuál es el hecho ignorado? No se ha contestado siempre con precisión a ésta pregunta, siendo quizá la teoría de la doble presunción de Alfredo Rocco la primera respuesta concreta a la cuestión. Dice Alfredo Rocco (56) que la insolvencia nunca es producto de un único hecho del deudor, sino de todo un complejo de actos negligentes realizados por él. De ahí que, ante la dificultad de determinar el hecho que ha sido causa de la insolvencia, la ley opera con presunciones. Presume, en primer lugar de la comisión de determinados hechos (los descritos por la Ley) que el deudor ha obrado de forma descuidada en sus operaciones económicas y, en segundo lugar, que dicha actividad descuidada ha causado la insolvencia. Alfredo Rocco no hace referencia expresa a la culpabilidad, pero es elemental que si se presumen los hechos y de ellos se responde estamos

(55) Vid. pág.

(56) ALFREDO ROCCO, *Il Fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, págs. 113 y sigs.

en presencia de una responsabilidad objetiva o en presencia de una culpabilidad presumida.

Alfredo Rocco fundamenta su posición en las expresiones utilizadas en la ley italiana (57). Poco decisivo debe de ser tal apoyo cuando Rovelli, con el mismo fundamento, cree que las presunciones *iuris et de iure* sólo son aplicables en algunos casos (58). Frente al Derecho vigente en nuestro país carece de base la aplicación de presunciones *iuris et de iure*. Comencemos por la presunción de la causalidad. Ciertamente el Código de comercio se refiere a «los comerciantes que se hallaren en alguno de los casos siguientes» (art. 888) o «en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes (art. 890). La dureza de estos giros lingüísticos que parecen excluir de modo absoluto la posibilidad de indagar, para la punición del delito, algo distinto a la simple comisión de los hechos descritos en la ley por parte del declarado en quiebra, deben ser entendidos en relación sistemática con toda la normativa que regula la quiebra. No tenemos más remedio que volver a insistir en algo ya dicho. Si el art. 1.382 de la Ley de enjuiciamiento civil, en relación con el art. 1.138 del Código de comercio de 1829, obliga, para calificar la quiebra de fortuita o punible a atender a las causas y al origen de la quiebra, no se puede mantener, conforme a nuestro Derecho positivo, una presunción *iuris et de iure* respecto de la relación de causalidad. La ley obliga al juez a indagar sobre la realidad de las causas de la quiebra y sólo cuando ésta encuentra su origen en una deficiente administración mercantil puede negar el juez la calificación de quiebra fortuita.

Tampoco es admisible la primera presunción a la que se refiere Alfredo Rocco, aquella por la que del hecho descrito en el Código de comercio que la doctrina alemana e italiana llaman «hechos de bancarrota» (hecho conocido) se constata de modo absoluto la existencia de una deficiente administración mercantil (hecho ignorado). La razón es muy elemental. Si la ley exige demostrar la relación de causalidad entre la incorrecta administración mercantil y la situación de insolvencia, tal indagación sería imposible si se entiende presumida la premisa, es decir, la causa. Si hay una regla lógica que impide derivar una presunción de otra presunción (*praesumptum de praesumpto non admittitur*) (59), y que ya constituye una seria crítica total a la construcción de Alfredo Rocco, con mayor razón habrá que negar que pueda derivarse la certeza real (verdad material) de una certeza formal (*praesumptio iuris*).

De todas formas la teoría de la doble presunción de Alfredo Rocco no es la que domina en el tema de las quiebras. La opinión más tradicional entiende que la presunción legal absoluta de la quiebra se refiere al fraude (60). Es difícil traducir al lenguaje técnico actual el

(57) ALFREDO ROCCO, *Il Fallimento*, cit., pág. 116.

(58) R. ROVELLI, *Reati fallimentari*, cit., pág. 16.

(59) Cfr. V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958, págs. 142 y sigs.

(60) Vid. nota 73 de este trabajo y J. HEVIA BOLAÑOS, *Curia filípica*, t. II, Madrid, 1733, Libro 2, cap. 11, pág. 134.

significado de la expresión «fraude» tal y como se utilizó históricamente en relación con las presunciones de la quiebra. Unas veces parece referirse la presunción al carácter engañoso de la actividad del comerciante, es decir, a la ocultación o falta de verdad frente a los acreedores, y en otras a la culpabilidad (dolo o culpa).

El primer entendimiento tiene escasa viabilidad a la vista del texto legal. Por supuesto tal presunción no regiría en aquellos casos en que la ley exige expresamente el elemento subjetivo de defraudar a los acreedores. Sólo podría referirse al resto de casos (como el «no haber llevado libros») en que la ley no exige de modo expreso tal característica subjetiva en el tipo. Y, en efecto, es a estos «hechos de bancarota» a los que Bricola refiere la presunción de fraude (61). Sin embargo, nos hemos ocupado anteriormente en demostrar (62) que también en estos casos, en los que la ley no exige expresamente la intención de defraudar a los acreedores, una correcta interpretación de la norma obliga a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo. Entendimiento que, por otro lado, mantiene la corriente jurisprudencial que comentamos.

De mantener alguna presunción *iuris* de fraude debe ser aquella que se refiere a la culpabilidad. Es necesario no olvidar nunca que una presunción de esta índole requiere una fundamentación muy convincente por su carácter excepcional. La doctrina moderna recusa vehementemente, desde el punto de vista dogmático, toda presunción legal de dolo (63). No pretendemos suscribir la tajante afirmación de que «el Código penal no contiene ninguna precisión absoluta» (64), pero sí advertir que la apreciación de una presunción legal absoluta contradice el principio de culpabilidad del Derecho penal sustantivo y los principios procesales de inmediación, verdad material, investigación de oficio y libre apreciación de la prueba (65). Se ha advertido que el principio de culpabilidad y el principio procesal de «in dubio pro reo» exigen que la pena sólo se imponga «en virtud de una *probada* culpabilidad» (66).

Al contrario que las presunciones *iuris tantum*, las cuales suelen estar expresamente indicadas por el legislador, las llamadas presunciones absolutas carecen normalmente, como en nuestro caso, de una expresa indicación legal. Es evidente que la existencia de una *praesumptio*

(61) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pág. 171. Vid. nota 9 de este trabajo. No se opone a este entendimiento G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 7.^a ed., Padova, 1969, pág. 404, aunque con reservas.

(62) Vid. pág.

(63) G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pág. 404, quien sólo acepta operar con «verdades interinas» o «probatio hominis» en relación con el dolo.

(64) V. SILVA MELERO, *La prueba procesal*, I, *Teoría general*, Madrid, 1963, pág. 119.

(65) Cfr. E. GÓMEZ ORBANEJA, en E. GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 7.^a ed., Madrid, 1972, págs. 124 y sigs. y 272 y sigs.

(66) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1965, págs. 34 y 46.

iuris de esta clase ha de deducirse, pues, de una adecuada interpretación del tipo (67). Creemos que el intérprete al tratar del delito de quiebra y afirmar la presencia de *presunciones iuris et de iure* de culpabilidad se ha dejado influir de dos formas distintas. Se ha puesto de relieve que por las especiales dificultades de prueba que presenta el dolo, dado su carácter psicológico, se tiende a demostrar su existencia por medio de presunciones (68). No hay que objetar si, imposibilitada la prueba directa del dolo, se utiliza el esquema lógico de la *praesumptio hominis seu iudicis* (69). Por el contrario resulta recusable la tendencia jurisprudencial a apreciar presunciones legales (*iuris*), de modo arbitrario y para una mayor comodidad en la tarea probatoria, pese a no existir en la ley un ligamen claro entre el hecho conocido (comportamiento) y el ignorado (dolo). Se ha explicado tal tendencia, sobre todo en relación a leyes especiales, porque éstas a efectos de eficacia en la represión hacen prevalecer la certeza formal a la real desviándose de los principios de una buena técnica legislativa (70). Lo decisivo en el caso que nos ocupa es determinar si, de una correcta interpretación de la norma, se encuentra apoyo para afirmar la existencia de presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad.

Hemos puesto de relieve repetidas veces que la interpretación gramatical no aporta argumento decisivo alguno. La rigidez de las expresiones que encabezan los artículos 888 y 890 del Código de comercio encuentran explicación en la tendencia limitadora al describir las quiebras punibles. Y, por el contrario, de la propia ley se deducen argumentos contrarios. En efecto, no resulta lógico presumir el dolo (conocimiento y voluntad referidos a la actividad de colocarse el deudor en situación de insolvencia frente a los acreedores) de la existencia de un hecho no meramente objetivo, sino de un hecho que se convierte en penalmente antijurídico en la medida en que concurre el ánimo de defraudar a los acreedores. Sin caer en la identificación de elemento subjetivo del tipo de injusto y dolo no tenemos más remedio que reconocer lo anómalo de una relación presuntiva entre ambos elementos. Si el juez tiene que probar que el hecho se comete con el ánimo de defraudar a los acreedores, no alcanzamos a saber qué razones de política-legislativa obligan al legislador a impedir al intérprete judicial la averiguación de que tal hecho, subjetivamente condicionado, se comete con conocimiento y voluntad de colocarse en situación de insolvencia frente a los acreedores. Parece más lógico que el *id quod plerumque accidit* determine una presunción legal referida al fraude en todos sus significados, es decir, abarcando tanto el dolo genérico como el específico. Lo que no resulta del todo explicable es que el juez deba llegar

(67) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pág. 42.

(68) Toda la problemática que presenta la presunción de culpabilidad, en concreto la *praesumptio doli*, tanto en el Derecho sustantivo como procesal y una exposición completa de la literatura sobre el tema hasta entonces, vid. en G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal*, cit., passim.

(69) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pág. 37.

(70) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pág. 5 y 6.

a la certeza real de la existencia de un elemento subjetivo (intención de defraudar a los acreedores) y se le obligue a operar con la certeza formal de la existencia del dolo.

Realmente quienes defienden la existencia de presunciones legales absolutas referidas a la culpabilidad en el delito de quiebra operan, tácita o expresamente, con argumentos históricos. No pretendemos hacer aquí una historia de la quiebra ni, por tanto, una crítica de su interpretación. Simplemente queremos poner de relieve algunas observaciones que puedan servir para fundamentar nuestras dudas sobre estas pretendidas presunciones *iuris et de iure* fundamentadas en la evolución histórica de la quiebra.

Cuando se abandona la presunción absoluta de Baldo (*nec excusantur ob adversam fortunam; est decoctor ergo fraudator*), siguen las legislaciones operando con presunciones, pero no absolutas, sino relativas, admitiendo la prueba en contrario. Y ello significaba que el quebrado debería de probar, para eludir las severísimas penas previstas (71), que su ruina se debía al infortunio o caso fortuito, o que no había obrado con fraude (72). En el ámbito doctrinal defiende principalmente Straccha (73) la vigencia de presunciones relativas en el delito de quiebra. Ya en este punto nos surgen serias dudas sobre la auténtica naturaleza de las presunciones a las que se refieren la doctrina y legislación de la época, es decir, si se trata de una *praesumptio iuris* o, por el contrario, una *praesumptio hominis*. Se ha puesto repetidas veces de relieve que cuando en el Derecho intermedio se habla de presunciones no se refieren tanto a presunciones legales como a *pruebas de indicios* (74). Destacó Bricola, por ejemplo, que es equivocada la tesis de quien quiere ver presunciones de dolo, en el sentido de provocar una inversión de la carga de la prueba, en el Derecho intermedio. En realidad se trata de la enumeración de una larga casuística de elementos de hecho que consienten la reconstrucción del dolo. En este sentido es famosa la definición de dolo de Farinacio quien, pese a utilizar la expresión «presunción» no se está refiriendo a la inversión de la carga de la prueba o la imposibilidad de averiguación del dolo, sino más

(71) Sobre la severidad de la ley con el quebrado en el Derecho histórico vid. J. A. ALEJANDRE, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Sevilla, 1970, *passim* y págs. 82 y 99, J. HEVIA BOLAÑOS, *Curia filípica*, t. II, Madrid, 1733, Libro 2, cap. 11, pág. 134. U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiana dell'età intermedia*, Padova, 1964, páginas 118 y sigs. ALFREDO ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, págs. 197 y sigs. C. DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, París, 1960, págs. 71 y sigs.

(72) En Italia la vía es abierta por un decreto de 1473 de GALEAZZO MARÍA SFORZA y seguida por otros estatutos italianos. Cfr. U. SANTARELLI, *Per la storia*, cit., pág. 147 y sigs.

(73) Sobre el entendimiento de Straccha, cfr. I. SCALERA, *Teoría generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, págs. 4 y sigs.; M. PUNZO, *Il delitto*, cit., págs. 10 y sigs.; S. LONGHI, *La bancarotta*, cit., págs. 20 y sigs.

(74) V. SILVA MELERO, *La prueba procesal*, I, cit., pág. 306 destaca que ya «en las primeras fuentes canónicas los indicios se encuentran confundidos con las presunciones... La confusión persiste en los glosadores».

bien a una prueba de indicios (75). También Gianturco se refiere a variados casos en que los autores hablaban de presunciones cuando en realidad se trataba de indicios (76).

De ahí que no sería equivocado pensar que la larga enumeración y clasificación que Straccha hace de los «hechos de bancarrotta» operen como indicios que faciliten al juez la prueba del hecho ignorado. Estas observaciones perderían su importancia de aceptar aquella tesis que cree que las pruebas de indicios legalmente establecidas se convierten por ello en *presunciones iuris* (77). Sin embargo, destacó Henkel que pueden existir pruebas de indicios de libre apreciación judicial, es decir, operando como *probatio hominis*, pero bajo ayuda y dirección legales (78).

De todas formas el punto de partida de la doctrina actual no es tanto la época en que rigen las pretendidas presunciones *iuris tantum* como aquellas manifestaciones legales en que no se hace referencia a la posibilidad de la prueba en contrario. El primer hito lo marca la Ordenanza francesa de 1673 en la que Punzo quiere ver la primera consagración de las presunciones *iuris et de iure en la quiebra* (79). Sobre que ello no es totalmente cierto en cuanto que la Ordenanza admite la prueba en algunos casos (80), una vuelta al «decoctor ergo

(75) F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., pág. 11 y nota 18. FARINACCIO definió así el dolo: «dolus praesumitur ex qualitate personarum: insolito delinquere; ex qualitate facti...; ex qualitate temporis; ex mendacio; ex violentia; in actu clam gesto; ex actu qui agenti non prodest et alteri nocet» etc...

(76) V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, cit., pág. 82, enumera una larga serie de casos de FARINACCIO, CASONIO, FERRATO, etc... que operaban como indicios de prueba. Interesante puede ser la similitud de la presunción de falsedad («instrumenti antiqui falsitas praesumitur si carta et litterae apparent ruentes») con el rasgar, borrar o alterar el contenido de la contabilidad en la quiebra.

(77) Así lo entiende V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, cit., pág. 187. Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal*, cit., págs. 38-39.

(78) H. HENKEL, *Die «Praesumptio Doli» im Strafrecht, en Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, pág. 578, citado por G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal*, cit., pág. 38-39. A ello mismo se refiere V. SILVA MELERO, *La prueba procesal*, I, cit., pág. 129, cuando dice que «las pruebas llamadas legales no se desconectan totalmente de la libre apreciación del órgano judicial».

(79) M. PUNZO, *Il delitto*, cit., págs. 10-11. La posición de este autor resulta contradictoria porque a la vez que aprecia presunciones absolutas en dicha ordenanza deduce de ello que lo que se quiere castigar son los «hechos de bancarrotta», con lo que se pone de relieve el cambio radical en la concepción del delito de quiebra. PUNZO llega a esta conclusión para evitar volver al *decoctor ergo fraudator*, pero carece de sentido afirmar que se presume la causación dolosa de la insolvencia y deducir que lo que se castiga no es la insolvencia, sino los «hechos de bancarrotta». De otro lado, se llega al resultado de no poder justificar la severidad de las penas. La pena de muerte ya no se impondría al quebrado por presumir su fraude, sino al quebrado simplemente por no llevar libros.

(80) En el art. 11 de la Ordenanza de 1673 se faculta al juez para castigar o no cuando se trata de no presentar los libros de contabilidad. Vid. S. LONGHI, *La Bancarotta*, cit., pág. 24 y nota 1. El art. 11 es interpretado por JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du mois de mars 1673*, (citado por C. DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, París, 1960, pág. 191), en el sentido de una ayuda legal estableciendo indicios para una mejor elaboración de la prueba. En efecto, JOUSSE cree que en el art. 11 se presume el fraude y el dolo de perjudicar a los acreedores cuando, probado que el comer-

fraudator» resulta de un lado insatisfactorio y de otro no explicable por especiales razones de política criminal o de técnica procesal. No se olvide que en esa época se está operando ya el paso de la prueba legalmente tasada a la prueba moral o de libre convicción (81). Más fácil es, por el contrario, apreciar la consagración de una prueba de indicios legalmente establecida (82).

Ciertamente el endurecimiento y el carácter represivo que adquiriría la regulación de la quiebra a partir del Código de comercio francés de 1807 y la ley francesa de 28 mayo 1838 (83), han facilitado la apreciación de presunciones *iuris* absolutas en el delito de quiebra. Es un entendimiento arbitrario y accidental que, además de no estar completamente fundado en la regulación legal repugna de manera especial a la Ciencia del Derecho penal. Lo cierto es que el único Código penal que ha querido extenderse en la regulación criminal del delito de quiebra, el Código de 1822, no incluye ninguna presunción absoluta. Se excluye del ámbito de lo punible al quebrado «por cualquier accidente que no estuvo en su mano evitar sin concurrir *fraude* ni *culpa* por su parte» (art. 762). Solamente se hace referencia a una presunción relativa para justificar el arresto del quebrado. El art. 763 dice así: «toda quiebra se reputa fraudulenta y culpable, y el quebrado estará preso hasta que se justifique haber quebrado sin culpa».

IV. CONCLUSION

Según nuestro entendimiento, pues, el ilícito en el delito de quiebra está constituido por la insolvencia provocada a consecuencia de

ciente lleva libros, no los presenta a sus acreedores. Esa presunción a la que se refiere JOUSSE es una *praesumptio hominis* ya que el art. 11 deja al arbitrio del juez la consideración o no de quiebra fraudulenta.

(81) Cfr. V. GIANTURCO, *La prova*, cit., págs. 7-8.

(82) C. DUPOUY, *Le droit*, cit., pág. 188, transcribe un comentario de la época. (Col. MOREL DE THOISY, t. 107, folio 46), en referencia al fraude que dice: «El fraude en esta materia supone necesariamente la concurrencia de dos cosas esenciales, la primera, que haya pérdida para los acreedores y la otra que haya dolo y una intención premeditada de perjudicarlos, y que, con esta intención, haya habido ocultación y aprovechamiento». Nada parece indicar que se opere con la rigidez de las presunciones legales absolutas. Vid. también nota 80 de este trabajo. Una prueba más de que no es sencillo apreciar presunciones *iuris et de iure* en la normativa de la época la depara un edicto de Enrique IV de 4 de junio de 1609 (recogido por R. ITHURBIDE, *Histoire critique de la faillite*, París, 1973, pág. 5) que dice: «il soit extraordinairement procédé contre les banqueroutiers et débiteurs faisant faillite et cession de biens en fraude de leurs créanciers, fraude étant prouvée, exemplairement punis de mort comme voleurs, affronteurs publics...» El subrayado es nuestro. Incluso autores, como BÖHLE-STAMSCH RÄDER, *Konkursordnung*, cit., pág. 505, que sitúan el contenido de injusto de la quiebra en los «hechos de bancarrota», han de reconocer que antes lo que se castigaba era la insolvencia y se valoraban los «hechos de bancarrota» como indicios (*Indizien*) o síntomas (*Anzeichen*) de la culpabilidad.

(83) Cfr. C. DUPOUY, *Le droit*, cit., pág. 207 y nota 20 y R. ITHURBIDE, *Histoire*, cit., págs., 8 y sigs.

una deficiente administración mercantil cuando tal irregularidad reviste una particular importancia. Ciertamente esta interpretación carece de originalidad. Nada distinto han dicho, por ejemplo, S. Longhi o Alfredo Rocco (84). Lo discutible es el papel que juegan los hechos descritos por la ley. Como ya queda dicho aparecen a modo de ejemplos limitados, por su gravedad, de aquella deficiente administración que, en la medida que provoca la insolvencia, cobran relevancia criminal en la quiebra. Sabemos que este entendimiento es más fácilmente aceptable cuando se trata de conductas de sustracción fraudulenta de activo o inflación de pasivo (núms. 10, 11, 12, 13, etc., del art. 890) o cuando se trata de conductas arriesgadas en el buen orden mercantil (núms. 1, 2, 3, etc., del art. 888), pero que parece menos explicable cuando se trata de falsedades contables (núms. 2, 3, 4, etc..., art. 890).

No se puede olvidar que los hechos descritos en la ley nacen con una vocación de medios de prueba. La fuga del deudor, el supuesto más característico de la quiebra hasta el punto de identificarse en el Derecho histórico quebrado y deudor fugitivo, constituía un medio de prueba procesal (85). En general los llamados «hechos de bancarrota» sirvieron para invertir en la práctica el *onus probandi* (86). Incluso quienes niegan hoy relación alguna entre dichos hechos y la insolvencia se ven obligados a afirmar que no se tiende a castigar los hechos abstractamente considerados, sino su valor probatorio en relación a la quiebra (dissesto) (87). Esta vocación probatoria de los hechos hace que deban ser configurados a lo sumo como una *prueba legal de indicios* que no liberan al juez de la obligación de averiguar la existencia del hecho ignorado y de lograr la certeza real. El juez tiene que averiguar las auténticas causas de la quiebra (88) pero el legislador le orienta con la descripción de supuestos de deficiente administración mercantil que, en cuanto concurren (anticipación de pagos, venta simulada, etc...), facilitan a aquél llegar a la convicción moral de la existencia de esa irregular y descuidada administración mercantil impropia del buen comerciante, y se facilita la tarea de determinar las causas de la quiebra. Y lo mismo ocurre cuando se trata de falsedades documentales. El quebrado que no ha llevado libros de contabilidad no por ello quiebra necesariamente de modo fraudulento. En primer lugar, y ello lo corrobora la corriente jurisprudencial que comentamos, ha de constar la intención de perjudicar a los acreedores. En segundo lugar, como en

(84) S. LONGHI, *La Bancarrota*, cit., pág. 79 y sigs.; ALFREDO ROCCO, *Il Fallimento*, cit., pág. 115.

(85) U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., pág. 60, La fuga, dice ALFREDO ROCCO, *Il fallimento*, cit., pág. 187, es prueba de la insolvencia como la falta de pago o la espontánea confesión del deudor.

(86) Una presunción de esta clase se conserva hoy en los arts. 891 y 889 del Código de comercio. Hoy la trascendencia de tal presunción en el proceso penal se limita a hacer recaer las consecuencias de la duda sobre el propio reo (*in dubio contra reum*). Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción*, cit., págs. 41 y sigs., especialmente pág. 47.

(87) R. ROVELLI, *Reati fallimentari*, cit., pág. 18.

(88) Vid. pág. de este trabajo.

todo caso, el juez ha de averiguar las causas de la quiebra para excluir la existencia del caso fortuito. Por último ha de probar la culpabilidad del autor. Pero ciertamente la labor de averiguación judicial resulta facilitada en cuanto se conoce el hecho descrito en la ley.

La descripción legal de los hechos cumple sin duda dos funciones: una *función limitadora* por la que se declaran punibles sólo parte de las quiebras no calificables de fortuitas; y otra *función indiciaria* en cuanto que operan como indicios de la existencia de la modalidad de conducta (administración impropia de un buen comerciante) causante de la insolvencia.

Un entendimiento de esta clase no obstaculiza la labor de la Justicia en la persecución y castigo del comerciante que quiebra de modo ilícito. Probado el hecho descrito en la ley y el elemento subjetivo en su caso (elementos ajenos, por supuesto a las pretendidas presunciones) sólo se trata de negar la existencia del caso fortuito, porque las más elementales reglas de experiencia indican que el quebrado que ha alterado el buen orden de su contabilidad con ánimo de perjudicar a los acreedores, o que realizó contratos simulados con la misma animosidad, no ha sido diligente en su administración mercantil con lo que ha condicionado, de modo reprochable, su situación de insolvencia. De ahí que pensemos con Navarrini que operar con presunciones es complicar *innecesariamente* el proceso lógico seguido por la ley (89).

Opinamos como Quintano que no podría calificarse de quiebra fraudulenta la de aquél comerciante carente de contabilidad cuya insolvencia es atribuible a que el administrador ha huido con los fondos de la caja (90). O, con un ejemplo clásico, aquel comerciante que, sin llevar libros, se coloca en situación de insolvencia por «infortunios, que inculpablemente le acaecieron en Mar, o Tierra, como arriesgando en el Mar prudentemente cantidades de Mercaderías, y efectos, que consideraron arriesgar sin daño de tercero, vinieron a perecer, y naufragarse, y fiando en tierra sus caudales a otras personas, que cuando los fiaron estaban en sano crédito, y después no les correspondieron, ni pagaron sus haberes, resultando de estas desgracias, o de otras inopinadas inculpables quedar alcanzado en sus caudales» (91).

2. No pretendemos explicar las razones por las que en el ámbito mercantil se sigue operando con presunciones ya que no somos especialistas en el tema. Pero sí podemos y nos conviene precisar las razones por las que la jurisprudencia criminal somete tan lentamente el instituto de la quiebra a las exigencias de los principios informadores del

(89) H. NAVARRINI, *La quiebra* (traducción de F. HERNÁNDEZ BORONDO), Madrid, 1943, págs. 432 y 433: «Más simplemente, sin complicar con presunciones innecesarias el proceso lógico seguido por la ley, se puede decir que ésta valora los actos que enumera como adecuados para producir la convicción de que la quiebra, o su agravación, se deben en realidad a culpa o a dolo del quebrado, aunque ellos no hayan producido directamente este efecto.»

(90) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., págs. 73-74.

(91) Apartado III, del cap. 17 (*De los atrasos, fallidos, quebrados o alzados*) de las *Ordenanzas de Bilbao de 1737*, Madrid, 1775. Cfr. J. HEVIA BOLAÑOS, *Curia filípica*, cit., págs. 133-134.

Derecho penal sustantivo y procesal. En el ámbito criminal siempre ha influido la idea de que el juez penal habría de limitarse a ejecutar y cumplir la sentencia civil de calificación (92). Se olvida, sin embargo, que la calificación civil de la quiebra tiene sus propios efectos y a ellos sirve. La calificación civil no tiene más trascendencia en el ámbito criminal que la de ser un presupuesto necesario para dictar la providencia mandando «sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra el quebrado» (art. 1.386 LEC. y art. 896 Código de comercio). Hasta el punto de que es este acto procesal el que constituye la auténtica condición de perseguibilidad del delito de quiebra y no la calificación civil (93). La sentencia penal condenatoria se derivará, por tanto, de haber sido el quebrado «declarado en insolvencia fraudulenta o culpable» según se desprende de los arts. 520 y 521 del Código penal. Esta declaración en insolvencia de que habla el Código penal es una decisión exclusivamente atribuible al juez penal. Obsérvese que no puede identificarse con la «declaración de la quiebra» de los arts. 1.323 y sigs. de la LEC. y de los arts. 875 y sigs. del Código de comercio porque los adjetivos de «fraudulenta» o «culpable» utilizados en el Código penal no pueden ser referidos a dicho acto procesal. Ni puede identificarse con la «calificación de la quiebra» por el juez civil (artículos 1.382 y sigs. de la LEC y 895 y sigs. del Código de comercio) ya que el Código penal no habla de «calificar», sino de «declarar», y, de otro lado, los arts. 520 y 521 de este Código dirigen sus prescripciones al juez de lo criminal.

La jurisprudencia criminal, obediente a la idea de que su actuación debe limitarse a ejecutar la sentencia civil de declaración, no se preocupa en el momento de la instrucción más que de recoger dos hechos: la declaración y calificación civil de la quiebra (94). Los resultados de total inoperancia a los que conduce esta práctica ha obligado al Tribunal Supremo en S. 5 noviembre 1971, núm. 1313 a admitir el recurso por quebrantamiento de forma obligando al Tribunal inferior a dictar nueva resolución relatando los hechos probados sin reemplazarlos por

(92) MANRESA, uno de los padres de la Ley de Enjuiciamiento civil, apuntaba que después de ser firme la sentencia civil de calificación «se dictará la providencia mandando sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente sin admitir recurso alguno contra esta providencia, *por ser dictada para la ejecución y cumplimiento de la sentencia firme*». (El subrayado es nuestro). Citado por F. DE RIVES y MARTÍ, *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, t. II, 3.^a ed. (adiciones de J. SAURA JUAN), Madrid, 1954, pág. 736. Esta subordinación del juez penal a la sentencia civil de calificación se fundamenta según la S. 30 abril 1926, t. 113, núm. 188, en que, en otro caso, «conduciría a la irregularidad de que los Tribunales de lo Criminal, invadiendo una potestad de que carecen, actuaran a modo de Tribunal de apelación en segunda instancia». Sobre la progresiva desvinculación de este entendimiento por parte del Tribunal Supremo, vid. A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., págs. 80 y sigs.

(93) Cfr. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, cit., pág. 167.

(94) Así, por ejemplo, SS. 4 julio 1931, T. 125, núm. 6; 8 octubre 1915, T. 95, núm. 61; 30 abril 1926, T. 113, núm. 188; 20 mayo 1929, T. 120, número 132; 11 octubre 1966, núm. 1.394.

declaraciones genéricas. En otros casos, como en la S. 28 mayo 1957, número 519, los tribunales se ven obligados a reconocer la excesiva severidad de la sanción criminal elevando al Gobierno la exposición preventiva en el art. 2 del Código penal. Y en otros casos, por último, se ha optado, para evitar el excesivo rigor, por aplicar el art. 565 en supuestos calificados civilmente como quiebra fraudulenta, incurriendo en las deficiencias técnicas que hemos querido poner de relieve en este trabajo (95).

3. La corriente jurisprudencial que comentamos obedece por tanto al deseo de eludir el excesivo rigor que se deriva de la pretendida vinculación a la calificación civil de la quiebra. Sin embargo, el expediente utilizado no es el más aconsejable. Pretender que el contenido de injusto en el delito de quiebra se agota con la comisión de los hechos descritos en la ley conduce a consecuencias igualmente insatisfactorias. En primer lugar porque habría que admitir tantos delitos como hechos realizados (96). En segundo lugar porque como ya se puso de relieve en el proyecto alemán de 1962, los hechos por sí mismos carecen de relevancia en el ámbito criminal, con lo cual la aplicación de penas tan severas como las previstas en el Código penal carecen de justificación (97). En tercer lugar este entendimiento choca con la posición dominante de la doctrina que considera como bien jurídico protegido en el delito de quiebra el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos. La infracción de las normas sobre contabilidad por sí sola considerada no lesiona tal bien jurídico. En cuarto lugar los hechos descritos en la ley, desvinculados del resultado de insolvencia, constituyen conductas perfectamente encuadrables en otras figuras delictivas como la apropiación indebida o la estafa con lo que se haría innecesaria su especial incriminación.

Creemos más apropiada la vía presentada en este trabajo y que ha sido esbozada en ocasiones por el propio Tribunal Supremo. La relación entre la deficiente administración mercantil y el resultado de insolvencia ha sido tomada en cuenta por la S. 5 abril 1877, T. 16, número 3879. En dicha sentencia se atiende a la información del Juez

(95) Todo el procedimiento de quiebras es de una gran severidad, empezando por el arresto del quebrado (art. 1.044, 2.º, y artículo 1.143 Código de Comercio de 1829 y artículo 1.386 LEC), que por la lentitud del proceso puede ser a veces excesivo. La S. 13 de junio 1959, núm. 627, recoge en sus resultados la S. del Tribunal inferior que impuso la pena de diez años de prisión mayor y declaró estar la pena ya cumplida por abono del tiempo en que el quebrado estuvo privado de libertad por la causa. Una crítica de la severidad con que las leyes actuales castigan los delitos de quiebra y de concurso en W. DÄUBLER, *Sinn und Unsinn*, cit., passim.

(96) En este sentido, Alfredo Rocco, *Il Fallimento*, cit., pág. 110.

(97) Cfr. *ENTWURF eines Strafgesetzbuches 1962 mit Begründung. Bundestagsvorlage*, pág. 445. No quiere decir, sin embargo, que el proyecto alemán de 1962 considere a la insolvencia como el contenido de injusto del delito de quiebra. Lo que se castiga son igualmente los «hechos de bancarrota» (*Bankrotthandlungen*) pero en la medida en que pongan en peligro los derechos de los acreedores a la satisfacción de sus créditos. El disvalor reside precisamente en la creación de tal peligro. Cfr. W. DÄUBLER, *Sinn und Unsinn*, cit., págs. 1-2.

Comisario y los Síndicos que indicaban «que no estaban justificadas las causas alegadas por la Sociedad; y antes por el contrario la quiebra había venido por la *falta de una buena administración*» para negar la responsabilidad de uno de los socios porque *no fue «partícipe de la responsabilidad de la mala administración en general»*. En el mismo sentido la S. 4 abril 1967, núm. 361 condena no por la simple omisión de los libros, sino por *«la irregular actividad económica, procurando... crearse una situación de insolvencia para cuyo plan comenzó por no llevar ningún libro de contabilidad»*. Y la S. 10 diciembre 1971, número 1546 razona: *«aparte del extremo de la falta de libros, el hecho probado pone de relieve que la falta de contabilidad degeneró en una confusión económica... de la cual el procesado se aprovechó... para la comisión de irregularidades en perjuicio de sus acreedores»...*, *«por lo que no puede razonarse sólo... a base de la falta total de libros de comercio, sino en otros (hechos) reales e independientes que vienen a corroborar, con independencia de la falta de contabilidad, la fraudulentia del estado de quiebra producido»*.

Podrá observarse que en estas sentencias se castiga la insolvencia causada, de modo fraudulento, por una deficiente administración mercantil. Esta acertada determinación del objeto de valoración del ilícito en la quiebra fue facilitada porque en dichas sentencias, al contrario que en las que comentamos en este trabajo, se podía operar con unos resultandos de hecho mejor y más ampliamente detallados.

4. La nueva redacción dada al art. 33 del Código de Comercio por la Ley de 21 julio 1973 (98) facilita, en cierto modo, la aceptación de la tesis que mantenemos en este trabajo. Al prescribirse que *«todo comerciante deberá llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad mercantil»* destaca en alguna medida que el hecho de no llevar libros adquiere relevancia desde el momento en que responde a un desarreglo en la administración de la actividad mercantil. La norma que atribuya consecuencias a la falta de libros de comercio debe encontrar su *ratio* en el interés entre otros, por mantener una ordenada, regular y prudente administración mercantil.

Ciertamente el art. 33, al lado de dicha prescripción, establece la obligación formal de llevar *«un libro de inventarios y balances y otro diario»* si se trata de comerciante individual, más *«un libro o libros de actas»* si se trata de una sociedad mercantil. Sin embargo, una interpretación lógica debe conducir a la conclusión de que la ausencia de uno de dichos libros obligatorios sólo puede cobrar relevancia jurídica cuando respondan a una deficiente administración mercantil. Nada impide aplicar esta consideración en el caso del quebrado que no ha llevado libros. La similitud de los arts. 33 y 887 del Código de comercio viene a corroborar nuestra tesis por la que entendemos insuficiente el hecho de

(98) En el núm. 6 de la Revista *Crónica Tributaria* se recoge el Anteproyecto, Proyecto y Ley de 21 de julio 1973, con variados estudios sobre los mismos. Vid. también J. M. DE LA CUESTA RUTE, *La contabilidad en el Código de comercio*, en *Rev. española de Financiación y Contabilidad*, vol. II, Madrid, 1973, págs. 327 y sigs.

la ausencia de los libros reglamentariamente exigidos al comerciante para declarar la quiebra como fraudulenta. De ahí que suscribamos, aunque con reservas, la observación de Pont Mestres (99): «¿Qué sucede cuando un comerciante individual incumple el precepto en su vertiente formal —libros de llevanza obligatoria— si no obstante lleva su contabilidad ordenada y adecuada a su actividad mercantil? La respuesta ha de buscarse en la historia de los últimos cien años. No sucede nada». Aceptamos tal afirmación con reservas porque precisamente en los últimos cien años sucedía que en caso de quiebra se calificaba ésta de fraudulenta (100).

(99) M. PONT MESTRES, *Reflexiones en torno a la reforma de la normativa contable del Código de Comercio*, en *Crónica Tributaria*, núm. 6, pág. 152.

(100) En la línea que defendemos se movió ya el T. S. en la S., ya citada, de 4 abril 1967, núm. 361, que condenó, no por la simple omisión de los libros, sino «por la irregular actividad económica, procurando... crearse una situación de insolvencia para cuyo plan comenzó por no llevar ningún libro de contabilidad». En el mismo sentido, S. 10 diciembre 1971, núm. 1.546. El entendimiento mantenido por nosotros resolvería, en parte, el problema del pequeño comerciante para quien, inexplicablemente, rigen las mismas obligaciones contables que para la gran empresa. No puede castigarse por insolvencia fraudulenta la quiebra del pequeño comerciante entre cuyos hechos sólo puede constatarse el de no haber llevado libros, porque, probablemente, la ausencia de los libros de contabilidad exigidos por el Código de comercio no significarían, en tal caso, deficiente administración mercantil. En esta línea se movió la S. 9 abril 1969, número 710, que, pese a reconocer que el procesado no llevaba libros, «como no los llevan la casi totalidad de los dueños de vaquerías en Madrid», admitió que de los hechos «se desprende una conducta correcta comercialmente».

La ausencia de los libros de contabilidad aparece regulada en el Código de Comercio de una manera poco sistemática. La jurisprudencia civil y la doctrina mercantil no se han preocupado de delimitar con exactitud los distintos alcances de los artículos 889, núm. 1, 890, núm. 3, y 891, quizá porque, a fin de cuentas, toda irregularidad con los libros de contabilidad cabe en uno u otro precepto. Pero aparte de que ya en el ámbito mercantil la inclusión en uno u otro acarrea distintas consecuencias (insolvencia culpable o fraudulenta), en el penal las consecuencias son más graves, porque la quiebra culpable, en atención al artículo 889, como ya señalamos, no es punible. Una interpretación sistemática de los artículos 890, núm. 3, 891 y 889, núm. 1, debe conducir a la conclusión de que califican de *fraudulenta* la quiebra: 1) La ausencia total de libros de comercio (núm. 3, art. 890, primera parte). 2) En caso de que el comerciante lleve sólo alguno de los libros exigidos, el hecho de incluir en ellos con daño de tercero partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos (núm. 3, artículo 890, segunda parte). 3) En el caso de que el comerciante lleve todos los libros exigidos, el hecho de que hayan sido llevados de tal forma que impidan deducir de los mismos su verdadero situación (art. 891). Todas las demás irregularidades en los libros de comercio son ajenas al ámbito criminal. Obsérvese que la ley no prevé de modo expreso la conducta de quien, habiendo llevado libros, no los presenta, los destruye o los oculta. De ahí que la S. 19 junio 1969, núm. 1.390, haya utilizado como argumento para la absolución el que de las inspecciones practicadas por los inspectores de Hacienda y del Timbre de años anteriores se «demuestra que existían libros», si bien el argumento principal es que «si después desaparecieron se desconoce quién fue el autor». En realidad, doctrina y jurisprudencia suelen incluir el supuesto en el artículo 891, pero de todas formas resulta insatisfactoria la ausencia de una regulación expresa de esta conducta, que aparece, sin duda, como más idónea prueba del fraude que el mero hecho de no haber llevado libros. La conducta de ocultación o destrucción de los libros se recoge expresamente en el artículo 216 de la

Legge fallimentare italiana de 1942 y en el párrafo 239 de la *Konkursordnung* alemana de 1877. La Ordenanza francesa de 1673, más adecuadamente, se limitó a castigar, en su artículo 11, a quien no presentase los libros. Una tal regulación dio pie para que la doctrina entendiese que, probada la existencia de libros, la ausencia de su presentación debería dar a entender el fraude, mientras que el hecho de no llevar libros carecía de significado, sobre todo en relación con el pequeño comerciante, en la medida en que presentase las anotaciones privadas que tuviera. Así, Jousse, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, París, 1755, citado por C. DUPOY, *Le droit des faillites*, cit., pág. 191.

SECCION LEGISLATIVA

LEY 29/73, DE 19 DE DICIEMBRE DE 1973, SOBRE NEGATIVA A LA PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR (*)

(«B. O. del E.», núm. 304, de 20 de diciembre de 1973, pág. 24662.)

JEFATURA DEL ESTADO

La declaración VII del Fuero de los Españoles proclama, a título de honor la obligación de servir a la Patria con las armas, obligación que tradicional y universalmente se considera el primer y principal deber del ciudadano con la nación a que pertenece, y que en España se halla reiterado y desarrollado en la Ley General del Servicio Militar de veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y ocho.

El legislador no ha previsto el tratamiento penal de la negación expresa a cumplir esta obligación. Pero desde hace algún tiempo se repite, de forma esporádica y limitada, el hecho de reclutas que al incorporarse a Cuerpo se niegan a vestir el uniforme, hecho que se ha venido castigando con arreglo al artículo trescientos veintiocho del Código de Justicia Militar como desobediencia a superior, lo que ha dado lugar a que cumplida la pena y devueltos al Ejército respectivo, en mérito de las accesorias, se haya repetido el hecho, provocándose así una serie de condenas sucesivas, cuyo final sólo puede preverse con la llegada de la edad en que se pasa a situación de licencia absoluta, si antes no se contrae una causa de inutilidad.

Bien se advierte que la acción finalista del agente no es el mero desacato a la orden particular del superior de que vista el uniforme, sino el más amplio propósito deliberado de dejar incumplida, en términos absolutos, aquella primordial obligación de servir a la Patria con las armas. Por ello se hace preciso llevar a nuestro ordenamiento penal militar este tipo delictivo, constituido por la expresa negativa a prestar el servicio militar. A tal efecto se señalan las penas adecuadas, según el hecho tenga lugar en tiempo de paz o en tiempo de guerra o territorio declarado en tal estado; se establece la correspondiente exclusión del servicio en cada supuesto por cumplimiento de la condena, ya que la infracción del deber de prestarlo es precisamente la razón de la penalidad, y se incluye como efecto de ésta la incapacidad que para el ejercicio de derechos, cargos y funciones públicas y para el establecimiento de relaciones contractuales y laborales con Entidades

(*) Del *Proyecto* de la Ley citada hemos dado cuenta ya en el fascículo II de 1972 del ANUARIO, pág. 468 y ss. El *Dictamen* de la Comisión puede verse en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 1.308, de 14 de diciembre de 1973, págs. 31929-31. Finalmente, la defensa del *Dictamen* en el Pleno de las Cortes, celebrado el 18 del mismo mes y año, aparece en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas, Diario de las Sesiones del Pleno*.

públicas, señala el artículo ciento ocho de la Ley General del Servicio Militar, y para ejercer la docencia y obtener licencia de uso y tenencia de armas, reduciendo la posibilidad de rehabilitación a la retractación efectiva de su conducta delictual.

En su consecuencia, se incluye en el texto vigente del título XII, tratado II del Código de Justicia Militar, un capítulo V bis, bajo la rúbrica «negativa a la prestación del Servicio Militar», integrado por el artículo trescientos ochenta y tres bis, redactado en los términos que en la parte dispositiva se expresan.

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

Artículo único.—Se incluye en el texto vigente del título XII, tratado II del Código de Justicia Militar, un capítulo V bis, bajo la rúbrica «negativa a la prestación del Servicio Militar», integrado por el artículo trescientos ochenta y tres bis, con el siguiente texto:

CAPITULO V BIS

NEGATIVA A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR

Artículo 383 bis

El español que, declarado Soldado o Marinero útil rehusara expresamente, y sin causa legal, cumplir el servicio militar, será castigado:

Uno. Con la pena de tres años y un día a ocho años de prisión si el hecho ocurriera en tiempo de paz.

Dos. Con la pena de reclusión si se cometiere en tiempo de guerra o en territorio declarado en estado de guerra, salvo lo que dispongan los bandos que dicten las autoridades militares competentes.

Dichas penas no llevarán consigo las accesorias militares previstas en los artículos doscientos dieciocho y doscientos diecinueve del presente Código, pero sí las demás que correspondan y la incapacidad del condenado, mientras no se rehabilite, para ejercer derechos políticos, ostentar cargos y funciones públicas y para establecer relaciones laborales y contractuales de todo orden con Entidades públicas o subvencionadas o intervenidas por el Estado, con Entidades paraestatales autónomas y con las Corporaciones de Administración Local, así como para la docencia y para obtener permiso de tenencia y uso de armas. La rehabilitación sólo podrá obtenerse mediante el cumplimiento efectivo de las obligaciones militares, que podrá solicitarse en cualquier momento desde que se inicia el sumario hasta la fecha en que el condenado alcance la edad de la licencia absoluta, y que en ningún caso será objeto de las reducciones previstas en el artículo sesenta y dos de la Ley reguladora del Servicio Militar. Cumplido el período de servicio en filas se declarará también cumplida la condena de quienes no la hubiesen terminado por incorporarse a aquél antes de su término.

Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra o declaración de estado de guerra.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Respecto de las causas iniciadas y aún no concluídas y de las condenas en curso de cumplimiento por hechos comprendidos en la presente Ley, se estará a lo siguiente:

Primera. En las causas que se hallen en tramitación se aplicará la norma penal más favorable, y para su determinación se dará audiencia al procesado, asistido de su defensor, para que opte por la aplicación de uno u otro preceptos y sin que se retrotraiga al trámite procesal, se proseguirán las actuaciones hasta la celebración del Consejo de Guerra.

En aquellas causas en que haya recaído sentencia que se encuentre pendiente de aprobación se dará audiencia al procesado en la forma expuesta, y de optar por la aplicación de esta Ley, se dispondrá la celebración de un nuevo Consejo de Guerra, con anulación de la sentencia recaída.

Si el reo hubiese sido ya condenado en otro u otros procedimientos, se estará a lo establecido en la transitoria tercera.

Segunda. Los condenados, en una o varias causas, a penas de tres años y un día o más de privación de libertad y que lleven cumplido como mínimo ese tiempo, podrán solicitar de la autoridad judicial la aplicación de la presente Ley, con los efectos dispuestos en la misma.

La Autoridad Judicial, con su Auditor, oyento previamente al Fiscal Jurídico-Militar, conmutará la condena o condenas impuestas, por la que lleve efectivamente cumplida, declarará su exclusión del servicio militar, su incapacidad en los términos previstos y ordenará su inmediata excarcelación.

Tercera. Los condenados en una o varias causas a penas que, sumadas, no alcancen los tres años y un día de privación de libertad efectivos, seguirán cumpliendo normalmente su condena. Si al término de ésta incurriesen en el delito previsto en la presente Ley, la autoridad judicial, con las mismas formalidades y audiencias a que es refiere la disposición anterior, dispondrá que, para el cumplimiento de la pena que en su caso se imponga, se abone el tiempo que el reo hubiese estado privado de libertad como consecuencia de la condena o condenas anteriores.

DISPOSICION ADICIONAL

El Gobierno dictará las disposiciones necesarias para el cumplimiento de la presente Ley.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en el Palacio de El Pardo a diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

FRANCISCO FRANCO

**ORDEN DE 1 DE NOVIEMBRE DE 1973 POR LA QUE SE
DESARROLLA EL DECRETO 2.160/1973, DE 21 DE AGOSTO,
QUE ATRIBUYE A JUZGADOS DISTINTOS LAS
JURISDICCIONES CIVIL Y PENAL EN DETERMINADAS
CAPITALES (*)**

(«B. O. del E.», núm. 291, de 5 de diciembre de 1973, págs. 23529-30.)

El Decreto 2160/1973, de 17 de agosto, atribuye a Juzgados distintos las jurisdicciones civil y penal que en la actualidad ejercen simultáneamente los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de determinadas capitales, y en su artículo 5.º faculta a este Ministerio para dictar, en el plazo de tres meses, a partir de su publicación, las disposiciones necesarias para el mejor cumplimiento de cuanto en el mismo se establece.

En uso de la expresada autorización, y de acuerdo en lo sustancial con la propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

Primero.—1. A partir del 1 de enero de 1974, la Jurisdicción penal que actualmente se ejerce por los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Zaragoza, Bilbao y Málaga, estará a cargo exclusivamente de los Juzgados de Instrucción de las respectivas capitales.

2. La Jurisdicción civil y las demás funciones que correspondan al orden penal serán ejercidas en dichas capitales, a partir de la misma fecha, por los que se denominarán en lo sucesivo Juzgados de Primera Instancia.

Segundo.—1. La designación de los distintos Juzgados dentro de cada orden jurisdiccional se hará mediante números correlativos a partir del 1, con la salvedad a que se hace referencia en el párrafo número 3.

2. El Juzgado de Primera Instancia número 1 asumirá las funciones de Decano respecto a todos los demás de la misma población, incluso de los Juzgados de Instrucción, y se denominará Juzgado de Primera Instancia número 1 y Decano de los de Primera Instancia y de Instrucción.

3. En Madrid y Barcelona las funciones del Decanato radicarán en el que se denominará Juzgado Decano de los de Primera Instancia y de los de Instrucción, sin número alguno, que estará exento del servicio de guardia y del conocimiento de asuntos civiles y penales.

4. El servicio de guardia se prestará exclusivamente por los Juzgados de Instrucción.

Tercero.—Los Juzgados Municipales, Comarcales y de Paz de los partidos judiciales afectados por la presente Orden, dependerán jerárquicamente de los Juzgados Decanos de los de Primera Instancia y de Instrucción de las respectivas capitales. Las apelaciones procedentes de aquellos Juzgados, así como los asuntos en ellos iniciados, se repartirán en los casos que proceda, por el referido Juzgado Decano entre los del respectivo orden jurisdiccional.

(*) Se publica, corregidas las erratas, según la Corrección de errores de la Orden publicada en el B. O. del E., de 17 de diciembre de 1973, página 24378.

Cuarto.—Todas las funciones que, conforme a la legislación del Registro Civil, corresponden el Juez de Primera Instancia incumbirán al Decano respectivo, incluso las inspecciones reglamentarias.

Quinto.—1. En los Juzgados de Primera Instancia donde presten servicios dos Secretarios retribuidos por sistema arancelario o mixto, la distribución de asuntos entre ellos se hará por el Juez de que dependan en presencia de los interesados y procurando la mayor equidad al respecto.

2. Cuando por falta de solicitantes o por cualquier otra causa un solo Secretario así retribuido deba intervenir en todos los asuntos del Juzgado, se estará a lo dispuesto en el número 2 del apartado séptimo.

Sexto. Los Juzgados de Primera Instancia no tendrán Médico Forense en su plantilla. Para los asuntos en que sea precisa la intervención de estos funcionarios, se requerirán los servicios de la Clínica Médico Forense de la misma población y, si no la hubiera se encomendarán al Médico Forense que corresponda según el turno que al efecto se llevará en el Juzgado Decano.

Séptimo.—1. La sustitución de los Jueces y Secretarios en los casos de vacante, licencia o cualquiera otra causa legal, se hará reglamentariamente con funcionarios del mismo Cuerpo adscritos a Juzgados de igual orden jurisdiccional.

2. La Dirección General de Justicia autorizará, en cada caso, la sustitución entre Secretarios retribuidos por arancel, fijando la parte que sobre los derechos arancelarios del sustituido deba percibir el sustituto sin que pueda exceder del 50 por 100, y el destino que deba darse al remanente.

Octavo.—1. En tanto no se pongan en funcionamiento los Juzgados de nueva creación o los que se creen en lo sucesivo, la distribución será la siguiente:

a) En Madrid, actuará un Juzgado Decano de los de Primera Instancia e Instrucción, 16 Juzgados de Primera Instancia y 18 de Instrucción.

b) En Barcelona, un Juzgado Decano de los de Primera Instancia e Instrucción, ocho de Primera Instancia y 13 de Instrucción.

c) En Valencia, cinco y seis; en Sevilla, tres y siete; en Zaragoza, tres y cuatro; en Bilbao, tres y cuatro, y en Málaga, tres y tres.

2. Los Juzgados ya creados, pendientes de iniciar su actuación en cualquiera de estas poblaciones, podrán ser de Primera Instancia o de Instrucción según lo aconsejen las conveniencias del servicio, a juicio del Ministerio de Justicia, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, previo informe de la misma Sala de la Audiencia Territorial respectiva emitido a la vista de los antecedentes y criterio del Juez Decano.

Noveno.—1. Tendrán preferencia para ocupar destino en los nuevos Juzgados que se crean, los Magistrados, Secretarios y Médicos Forenses que sirvan en propiedad los actuales de Primera Instancia e Instrucción de las respectivas capitales.

2. Dentro de los diez días naturales siguientes al de la publicación de la presente Orden en el «Boletín Oficial del Estado», los Magistrados y Secretarios elevarán instancia a la Dirección General de Justicia en la que expresarán el orden jurisdiccional en que desean servir; serán destinados conforme a la preferencia manifestada y mejor puesto en el escalafón.

3. Para los Juzgados de exclusiva competencia civil, tendrán preferencia los Secretarios que hallándose destinados en la misma población continúen acogidos a retribución arancelaria o mixta.

4. En el caso de que el número de plazas a cubrir en el respectivo orden jurisdiccional en cada población, sea inferior al de solicitantes, los Magistrados y Secretarios que excedan quedarán adscritos a los Juzgados del otro orden hasta que surgida una vacante en el solicitado puedan ocuparla con igual preferencia.

5. Los Magistrados y Secretarios que no hayan obtenido destino en la jurisdicción solicitada figurarán relacionados por el orden de su preferente derecho, siendo destinados a los vacantes que sucesivamente se produzcan en las misma población, sin necesidad de nueva solicitud.

6. Los actuales Jueces Decanos continuarán ostentando esta condición si no manifestaren expresamente lo contrario.

7. Los Magistrados y Secretarios con destino en los Juzgados radicados en Hospitalet se considerarán destinados en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Barcelona a los efectos de este apartado.

8. Los Procuradores de los Tribunales con ejercicio en los Juzgados de Barcelona podrán optar libremente por continuar en el ejercicio de su profesión en la referida capital o trasladar sus despachos a Hospitalet para actuar exclusivamente ante los Juzgados de esta población.

Décimo—El derecho de preferencia a que se refieren los artículos 3.º y 4.º del Decreto 2160/1973, de 17 de agosto, sólo podrá ejercerse un vez. En consecuencia quedará extinguido este derecho:

a) Por haber obtenido un destino en la jurisdicción solicitada.

b) Por renunciar al mismo mediante solicitud de baja en las relaciones a que alude el número 5 del párrafo anterior.

Undécimo.—1. Los Médicos Forenses serán adscritos a los Juzgados de Instrucción que conozcan los asuntos procedentes de los Juzgados en que actualmente prestan sus servicios. También podrá acordarse su incorporación a la Clínica Médico Forense o Instituto Anatómico Forense de la misma capital, para atender las especialidades que las necesidades del servicio aconsejen.

2. Los Oficiales y Auxiliares pasarán a prestar sus servicios en los nuevos Juzgados a que correspondan los asuntos de naturaleza civil o penal en que en la actualidad intervienen. A tal fin los Jueces Decanos de las respectivas poblaciones, previa consulta con los titulares de los restantes Juzgados, elevarán a la Dirección General de Justicia, dentro de los diez días naturales siguientes a la publicación de esta Orden, propuesta nominal de adscripción de este personal a los nuevos Juzgados.

3. Los Agentes judiciales serán destinados a los Juzgados que absorban los asuntos civiles o penales procedentes del Juzgado donde ahora prestan sus servicios. La preferencia entre ellos se resolverá conforme a sus disposiciones orgánicas; a cuyo fin, dentro del plazo señalado en el apartado noveno, 2, elevarán instancia a la Dirección General de Justicia, manifestando su deseo de servir en el correspondiente Juzgado de Primera Instancia o de Instrucción.

Duodécimo.—Resueltas las peticiones y acordados los destinos de todo el personal, cesarán en los actuales y tomarán posesión de los nuevos el mismo día 1 de enero de 1974.

Decimotercero.—Todos los asuntos, estén o no en trámite o archivados en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de las capitales a que se refiere esta Orden, pasarán el día 1 de enero de 1974, en el estado en que se encuentren, a los nuevos Juzgados que a continuación se relacionan:

a) *Madrid*.—Al Juzgado de Instrucción número 1 pasarán los asuntos de naturaleza penal procedente de los Juzgados 32 y 33; al 2, los procedentes de los Juzgados 2 y 17; al 3, los del 3 y 18, y así sucesivamente, hasta el 16, al que corresponderán los procedentes del Juzgado actual del mismo número y del 31.

El mismo criterio regirá en el traspaso de asuntos civiles, a los nuevos Juzgados de Primera Instancia.

El Juzgado Decano de los de Primera Instancia y de los de Instrucción de esta capital conocerán, hasta su total terminación, de los asuntos de naturaleza civil, hoy en trámite en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1.

b) *Barcelona*.—Al Juzgado de Instrucción número 1 pasarán los asuntos de naturaleza penal procedentes de los actuales Juzgados 31 y 22; al 2, 3, 4, 5 y 6, los procedentes de los Juzgados actuales de sus mismos números: al 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13, los que procedan de los actuales 7 y 14. 8 y 15; 9 y 16; 10 y 17; 11 y 18; 12 y 19 y 13 y 20, respectivamente.

Los Juzgados de Primera Instancia absorberán los asuntos civiles procedentes de los siguientes Juzgados de Primera Instancia e Instrucción: El 1, los del 21 y 22; el 2, los del 2 y 9; el 3, los del 3 y 10; el 4, los del 4, 11 y 12; el 5, los del 5, 13 y 14; el 6, los del 6, 15 y 16; el 7, los del 7, 17 y 18, y el 8, los del 8, 19 y 20.

Los asuntos civiles, hoy en trámite en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1, serán despachados, hasta su total terminación, por el nuevo Juzgado Decano de los de Primera Instancia y de los de Instrucción.

c) *Valencia*.—Al Juzgado de Instrucción número 1 pasarán los asuntos de naturaleza penal que tramita el actual Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del mismo número. Su titular no encargará, además, del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de esta capital. A los nuevos Juzgados de Instrucción 2, 3, 4, 5 y 6 pasarán los asuntos que procedan de los actuales 2 y 7; 3 y 8; 4 y 9; 5 y 10, y 6 y 11, respectivamente.

A los Juzgados de Primera Instancia de esta capital números 1, 2, 3 y 4 pasarán los asuntos civiles procedentes, respectivamente, de los actuales Juzgados 1 y 6; 2 y 7; 3 y 8. 4 y 9; y al 5, los que procedan de los Juzgados 5, 10 y 11.

d) *Sevilla*.—A los Juzgados de Instrucción números 1, 2, 3 y 4 corresponderán los asuntos de naturaleza penal que tramitan los actuales Juzgados de Primera Instancia e Instrucción del mismo número.

El 1 despachará, además, el Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de la capital. Los Juzgados de Instrucción 5, 6 y 7 asumirán los asuntos que procedan, respectivamente, de los actuales 5 y 8; 6 y 9, y 7 y 10.

Los Juzgados de Primera Instancia números 1, 2 y 3 conocerán de los asuntos que, respectivamente, procedan de los actuales Juzgados 1, 4 y 5; 2, 6 y 7; 3, 8, 9 y 10.

e) *Zaragoza*.—El Juzgado de Instrucción número 1 absorberá los asuntos procedentes, respectivamente, de los actuales Juzgados 1 y 4, y 2 y 5; al nuevo Juzgado número 3 pasarán los asuntos procedentes de los actuales 3, 6 y 7.

f) *Bilbao*.—Los asuntos penales procedentes de los actuales Juzgados números 1 y 5 pasarán al Juzgado de Instrucción número 1. Su titular despachará, además, el Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de la capital. Los Juzgados de Instrucción números 2, 3 y 4 absorberán los asuntos procedentes de los Juzgados actuales números 2 y 6; 3 y 7, y 4 y 8, respectivamente.

El mismo criterio regirá en materia civil

g) *Madrid*.—Los Juzgados de Primera Instancia números 1, 2 y 3 conocerán los asuntos civiles procedentes de los actuales Juzgados 1 y 4; 2 y 5, y 3 y 6, respectivamente.

El mismo criterio regirá en la distribución de asuntos penales entre los Juzgados de Instrucción. El titular del número 1 despachará, además, el Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de esta capital.

Decimocuarto.—Los Presidentes de las Audiencias Territoriales adoptarán las medidas que fueren precisas para el mejor cumplimiento de lo establecido en la presente Orden, especialmente en relación con los locales ocupados por los Juzgados, instalaciones y traspaso del material de oficina, libros registros y asuntos, cuya entrega, mediante inventario, deberá hacerse constar en acta, remitiendo un ejemplar a la Audiencia, otro al Decanato y otro para cada uno de los Juzgados a que afecta, y darán cuenta a ese Ministerio de su efectiva aplicación, tan pronto inicien sus actividades, los Juzgados a que la misma se refiere.

Decimoquinto.—1. Las vacantes que en lo sucesivo se produzcan en los nuevos Juzgados, una vez extinguidas las relaciones a que se refiere el número 6 del apartado noveno, se cubrirán en la forma establecida por las respectivas Reglamentaciones orgánicas; expresando, al anunciar los concursos, el orden jurisdiccional correspondiente.

2. Los Magistrados deberán expresar en sus solicitudes la clase de Juzgado o la preferencia entre ellos. A falta de este dato, se entenderá referida su petición a ambas jurisdicciones, y será destinado a la primera vacante que se produzca, si le correspondiese reglamentariamente.

3. La plantilla de Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes judiciales de los nuevos Juzgados, tanto de Primera Instancia como de Instrucción, se fijará por este Ministerio, conforme a las necesidades del servicio.

Madrid. 1 de diciembre de 1973.

**INSTRUMENTO DE RATIFICACION DEL CONVENIO PARA LA
REPRESION DE ACTOS ILICITOS CONTRA LA SEGURIDAD
DE LA AVIACION CIVIL, HECHO EN MONTREAL EL 23 DE
SEPTIEMBRE DE 1973**

(«B. O. del E.», núm. 9, de 10 de enero de 1974, págs. 551-553.)

POR CUANTO el día 15 de febrero de 1972, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Londres el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, cuyo texto certificado se inserta seguidamente:

LOS ESTADOS PARTES EN EL PRESENTE CONVENIO,

CONSIDERANDO que los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil ponen en peligro la seguridad de las personas y los bienes, afectan gravemente a la explotación de los servicios aéreos y socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil;

CONSIDERANDO que la realización de tales actos les preocupa gravemente; y

CONSIDERANDO que, a fin de prevenir tales actos, es urgente prever las medidas adecuadas para sancionar a sus autores;

HAN CONVENIDO EN LO SIGUIENTE:

ARTÍCULO 1

1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente:
 - a) realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave:
 - b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo:
 - c) coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo que, su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo:
 - d) destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo:
 - e) comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo.
2. Igualmente cometer un delito toda persona que:
 - a) intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo:
 - b) sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos.

ARTÍCULO 2

A los fines del presente Convenio:

a) se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque; en caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo:

b) se considerará que una aeronave se encuentra en servicio desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo hasta veinticuatro horas después de cualquier aterrizaje; el período en servicio se prolongará en cualquier caso por todo el tiempo que la aeronave se encuentre en vuelo conforme al párrafo a) del presente artículo.

ARTÍCULO 3

Los Estados Contratantes se obligan a establecer penas severas para los delitos mencionados en el artículo 1.

ARTÍCULO 4

1. El presente Convenio no se aplicará a las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía.

2. En los casos previstos en los incisos a), b), c) y e) del párrafo 1 del artículo 1, el presente Convenio solamente se aplicará, ya se trate de una aeronave en vuelo internacional, ya en vuelo interno si:

a) el lugar, real o previsto, de despegue o de aterrizaje de la aeronave está situado fuera del Estado de matrícula; o

b) el delito se comete en el territorio de un Estado distinto del de la aeronave.

3. No obstante, lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, en los casos previstos en los incisos a), b), c) y e) del párrafo 1 del artículo 1, el presente Convenio se aplicará asimismo si el delincuente o el presunto delincuente es hallado en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de la aeronave.

4. Por lo que se refiere a los Estados mencionados en el artículo 9, no se aplicará el presente Convenio en los casos previstos en los incisos a), b), c) y e) del párrafo 1 del artículo 1, si los lugares mencionados en el inciso a) del párrafo 2 del presente artículo están situados en el territorio de uno sólo de los Estados referidos en el artículo 9, a menos que el delito se haya cometido o el delincuente o el presunto delincuente sea hallado en el territorio de un Estado distinto de dicho Estado.

5. En los casos previstos en el inciso d) del párrafo 1 del artículo 1, el presente Convenio se aplicará solamente si las instalaciones y servicios de navegación aérea se utilizan para la navegación aérea internacional.

6. Las disposiciones de los párrafos 2, 3, 4 y 5 del presente artículo se aplicarán también en los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 1.

ARTÍCULO 5

1. Cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los casos siguientes:

a) si el delito se comete en territorio de tal Estado:

b) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado:

c) si la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo:

d) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente.

2. Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 del artículo 1, así como en el párrafo 2 del mismo artículo, en cuanto este último párrafo se refiere a los delitos previstos en dichos incisos, en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estatutos previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.

ARTÍCULO 6

1. Todo Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre el delincuente o el presunto delincuente, si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de acuerdo con las leyes de tal Estado, y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. La persona detenida de acuerdo con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo.

4. Cuando un Estado en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 5, al Estado del que sea nacional el detenido y, si lo considera conveniente, a todos los demás Estados interesados. El Estado que proceda a la investigación prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

ARTÍCULO 7

El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus

autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.

ARTÍCULO 8

1. Los delitos se considerarán incluidos entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Contratantes. Los Estados Contratantes se comprometen a incluir los delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

2. Si un Estado Contratante, que subordine la extradición a la existencia de un tratado, recibe de otro Estado Contratante, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar el presente Convenio como la base jurídica necesaria para la extradición referente a los delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

3. Los Estados Contratantes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos como caso de extradición entre ellos, sujeto a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

4. A los fines de la extradición entre Estados Contratantes, se considerará que los delitos se han cometido no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con los incisos *b)*, *c)* y *d)* del párrafo 1 del artículo 5.

ARTÍCULO 9

Los Estados Contratantes que constituyan organizaciones de explotación en común del transporte aéreo u Organismos internacionales de explotación que utilicen aeronaves que sean objeto de una matrícula común o internacional, designarán, con respecto a cada aeronave, según las circunstancias del caso, el Estado de entre ellos que ejercerá la jurisdicción y tendrá las atribuciones del Estado de matrícula de acuerdo con el presente Convenio y lo comunicará a la Organización de Aviación Civil Internacional, que lo notificará a todos los Estados partes en el presente Convenio.

ARTÍCULO 10

Los Estados Contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el Derecho internacional y sus propias leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1.

2. Cuando, con motivo de haberse cometido un delito previsto en el artículo 1, se produzca retraso o interrupción del vuelo, cada Estado Contratante en cuyo territorio se encuentren la aeronave, los pasajeros o la tripulación, facilitará a los pasajeros y a la tripulación la continuación del viaje lo antes posible y devolverá sin demora la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores.

1. Los Estados Contratantes se prestarán la mayor ayuda posible por lo que respecta a todo proceso penal relativo a los delitos. En todos los casos, la ley aplicable para la ejecución de una petición de ayuda será la ley del Estado requerido.

2. Sin embargo, lo dispuesto en el párrafo precedente no afectará a las obligaciones derivadas de cualquier tratado bilateral o multilateral que regule, en todo o en parte, lo relativo a la ayuda mutua en materia penal.

ARTÍCULO 12

Todo Estado Contratante que tenga razones para creer que se vaya a cometer un delito previsto en el artículo 1, suministrará, de acuerdo con la ley nacional, toda información pertinente de que disponga a los demás Estados que, en su opinión, sean los mencionados en el párrafo 1 del artículo 5.

ARTÍCULO 13

Cada Estado Contratante notificará lo antes posible al Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, de conformidad con su ley nacional, cualquier información pertinente que tenga en su poder referente a:

- a) las circunstancias del delito;
- b) las medidas tomadas en aplicación del párrafo 2 del artículo 10;
- c) las medidas tomadas en relación con el delincuente o el presunto delincuente y, especialmente, el resultado de todo procedimiento de extradición u otro procedimiento judicial.

ARTÍCULO 14

1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados Contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada, de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de este Convenio o de su adhesión al mismo, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo anterior. Los demás Estados Contratantes no estarán obligados por el párrafo anterior ante ningún Estado que haya formulado dicha reserva.

3. Todo Estado Contratante que haya formulado la reserva prevista en el párrafo anterior podrá retirarla en cualquier momento, notificándolo a los Gobiernos depositarios.

ARTÍCULO 15

1. El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados participantes en la Conferencia Internacional de Derecho Aéreo, celebrada en Montreal, del 8 al 23 de septiembre de 1971 (llamada en adelante «la Conferencia de Montreal»). Después del 10 de octubre de 1974, el Convenio estará abierto a la firma de todos los Estados en Washington, Londres y Moscú. Todo Estado que no firmare el presente Convenio antes de su entrada en vigor, de conformidad con el párrafo 3 de este artículo, podrá adherirse a él en cualquier momento.

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación por los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación y los instrumentos de adhesión se depositarán en los archivos de los Gobiernos de los Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, a los que por el presente se designa como Gobiernos depositarios.

3. El presente Convenio entrará en vigor treinta días después de la fecha en que los Estados signatarios de este Convenio, participantes en la Conferencia de Montreal, hayan depositado sus instrumentos de ratificación.

4. Para los demás Estados, el presente Convenio entrará en vigor en la fecha que resulte de la aplicación del párrafo 3 de este artículo, o treinta días después de la fecha de depósito de sus instrumentos de ratificación o adhesión, si esta última fuese posterior a la primera.

5. Los Gobiernos depositarios informarán sin tardanza a los Estados signatarios y a todos los Estados que se hayan adherido a este Convenio de la fecha de cada firma, de la fecha de depósito de cada instrumento de ratificación o adhesión, de la fecha de su entrada en vigor y de cualquier otra modificación.

6. Tan pronto como el presente Convenio entre en vigor, los Gobiernos depositarios lo registrarán de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y de conformidad con el artículo 83 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944).

ARTÍCULO 16

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación por escrito, dirigida a los Gobiernos depositarios.

2. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que los Gobiernos depositarios reciban la notificación.

En testimonio de lo cual, los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus Gobiernos para hacerlo, firman el presente Convenio.

Hecho en Montreal el día veintitrés de septiembre del año mil novecientos setenta y uno, en tres originales, cada uno de ellos integrado por cuatro textos auténticos en los idiomas español, francés, inglés y ruso.

Por tanto, habiendo visto y examinado los dieciséis artículos que integran dicho Convenio, oída la Comisión de Asuntos Exteriores de las Cortes Españolas, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 14 de su Ley Constitutiva, vengo en aprobar y ratificar cuanto en ello se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, obser-

varlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, *mando* expedir este Instrumento de Ratificación, firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a seis de octubre de mil novecientos setenta y dos.

FRANCISCO FRANCO

El Ministro de Asuntos Exteriores, *Gregorio López Bravo*.

El Instrumento de Ratificación de España fue depositado el día 30 de octubre de 1974, ante el Gobierno de los Estados Unidos de América.

El presente Convenio entró en vigor para España el día 26 de enero de 1973.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 11 de diciembre de 1973.—El Secretario general Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, Enrique Thomas de Carranza.

ORDEN DE 17 DE ENERO DE 1974 POR LA QUE SE DESARROLLA EL DECRETO 1.890/1973, DE 26 DE JULIO, QUE MODIFICA DETERMINADOS ARTICULOS DEL CODIGO DE LA CIRCULACION

(«B. O. del E.», núm. 23, de 26 de enero de 1974, pág. 1479.)

El Decreto número 1.890/1973, de 26 de julio, por el que se modifican los artículos 49 y 292 del Código de la Circulación, en relación con la conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas, determina en su disposición final que por los Ministerios de Justicia y Gobernación se dicten las normas precisas para su desarrollo.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia y de la Gobernación, esta Presidencia del Gobierno dispone:

Primero.—En caso de producirse accidente de los previstos en el artículo 49 del Código de la Circulación o infracción de las que menciona el artículo 289, I del mismo Código, los Agentes de las Fuerzas de vigilancia de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, sin perjuicio de las actuaciones que fueran procedentes, podrán someter al conductor o conductores implicados a una primera prueba de determinación de alcohol en el aire espirado, utilizando a tal objeto el aparato alcohómetro que porte el propio conductor, con arreglo a modelos oficialmente autorizados, o, en su defecto, aquel de que esté dotada la Fuerza.

Segundo.—Si el resultado de la investigación a que se refiere el número anterior fuere positivo —igual o superior a 0,80 gramos de alcohol por 1.000 centímetros cúbicos de sangre—, el Agente, para mayor garantía, someterá al conductor o conductores a una segunda determinación, mediante el empleo de los aparatos de evaluación, de mayor precisión, de que estén dotados los equipos de las Fuerzas de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil o bien los centros sanitarios que se determinen.

Tercero.—En el caso de que el conductor mostrase su disconformidad con el resultado de la investigación, podrá someterse voluntariamente a una determinación de alcohol en sangre, a cuyo fin la extracción de ésta se llevará a cabo, siempre por personal facultativo competente, en el centro sanitario, clínica o consultorio más próximo al lugar del hecho, o vehículos de asistencia o evacuación, utilizando los medios adecuados que portarán los Agentes de la Fuerza de vigilancia.

Cuarto.—Si el conductor requerido para la práctica de las investigaciones de alcohol a que se refieren los apartados 1.º y 2.º de esta Orden se opusiese a ello, el Agente redactará el boletín de denuncia pertinente, informando al interesado de que tal negativa está sancionada con multa de 4.000 pesetas, según determina el Código de la Circulación —anejo número 1, referencia al artículo 49, supuesto 2.º—. En estos casos, el Agente actuante levantará el correspondiente atestado y trasladará al conductor a presencia de la autoridad judicial competente, a los efectos que procedan con arreglo a las leyes penales.

Quinto.—Cuando el resultado de la investigación de alcohol a que se refiere el apartado 2.º de esta Orden fuera positivo, y en los casos en que el conductor se opusiese a la práctica de aquélla conforme a los apartados 1.º y 2.º, el Agente procederá a la inmovilización del vehículo, según lo dispuesto en el artículo 292, I, i) del Código de la Circulación, garantizando la seguridad de aquél y de la circulación en general, mediante su aparcamiento correcto, cierre de puertas, señalización oportuna y la adopción de cuantas medidas convengan al caso.

Sexto.—En las zonas urbanas en que la ordenación y vigilancia del tráfico esté encomendada a Agentes dependientes de los Ayuntamientos, se aplicarán por estos Agentes las disposiciones previstas en el Decreto 1.890/1973, de 26 de julio, y en la presente Orden, para lo cual las citadas Corporaciones Locales, por sí o de acuerdo con el Instituto de Estudios de Administración Local, programarán los correspondientes cursillos de capacitación y dotarán a los respectivos servicios de los equipos necesarios, empezando por los Ayuntamientos de Municipios de más de 100.000 habitantes, que deberán dar cumplimiento a lo que se dispone en este artículo durante el año 1974.

Séptimo.—Los resultados materiales obtenidos a través de las investigaciones de alcohol practicadas conforme a las disposiciones anteriores serán remitidos, junto con el atestado correspondiente, a la autoridad judicial competente, previa la adopción de las garantías que procedan y a la mayor brevedad.

Octavo.—Los fabricantes o representantes de alcohómetros de «evaluación simple» destinados a la venta a particulares deberán dirigirse, mediante solicitud escrita, al Instituto Nacional de Toxicología, solicitando certificado acreditativo de que dichos aparatos reúnen las características necesarias para que puedan ser utilizados. El Instituto Nacional de Toxicología someterá los aparatos presentados por los fabricantes o representantes indicados a las correspondientes pruebas técnicas en su laboratorio.

El citado Instituto deberá comunicar a la Dirección General de la Jefatura Central de Tráfico las marcas de los alcohómetros y los nombres de

los representantes a los que se ha extendido el certificado citado en el párrafo anterior.

El mismo Instituto Nacional de Toxicología facilitará a los Ayuntamientos y a la Jefatura Central de Tráfico la información que, en su caso, soliciten dichos Organismos, para que los aparatos y material que se adquieran para ser utilizados por los Agentes de las Policías Municipales y la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil cumplan las características idóneas para la misión a la que son destinados.

Noveno.—La presente Orden entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Lo que digo a VV. EE. a los oportunos efectos.

Dios guarde a VV. EE.

Madrid, 17 de enero de 1974.

CARRO

LEY 6/1974, DE 13 DE FEBRERO, SOBRE MODIFICACION DE DETERMINADOS ARTICULOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL (*)

(«B. O. del E.», núm. 40, de 15 de febrero de 1974, pág. 3056.)

La Ley Orgánica del Poder Judicial de mil ochocientos setenta, en su artículo doscientos setenta y seis, y el cuarto de la Ley adicional de mil ochocientos ochenta y dos, establecieron especiales normas procesales res-

(*) El texto del *Proyecto* aparece publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 1.304, de 30 de noviembre de 1973, págs. 31798-800. Su tenor es el siguiente:

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, en su artículo 276, y el 4.º de la Ley adicional de 1882, establecieron especiales normas procesales respecto a determinadas autoridades y funcionarios civiles. Posteriormente, la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 dispone en su artículo 416 que el procesamiento de los Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputaciones y Diputados provinciales, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, sólo podrá ser acordado por las respectivas Audiencias Provinciales.

La imperiosa necesidad de salvaguardar el orden público, absolutamente indispensable para la convivencia social, impone extender aquellas normas al Cuerpo General de Policía, que de manera decisiva contribuye a su mantenimiento, en una actuación tanto más eficiente y meritoria cuanto que la misma implica a veces un grave riesgo de la integridad física e incluso de la vida de sus funcionarios, todo lo cual ha de llevar como justa contrapartida, por la delicada misión que se les encomienda, el otorgamiento de determinadas garantías en orden a su protección jurídica, en los casos en que los expresados funcionarios cometan algunos hechos, en el ejercicio de su cargo, que pudieran revestir los caracteres de delito.

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

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º En el supuesto de hechos que puedan revestir los caracteres de delito cometidos por funcionarios del Cuerpo General de Policía en

pecto a determinadas autoridades y funcionarios civiles. Posteriormente, la Ley de Régimen Local de veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y cinco dispone en su artículo cuatrocientos dieciséis que el procesamiento de los Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputaciones y Diputados provinciales, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, sólo podrá ser acordado por las respectivas Audiencias Provinciales.

La imperiosa necesidad de salvaguardar el orden público, absolutamente indispensable para la convivencia social, impone extender aquellas normas al Cuerpo General de Policía, que de manera decisiva contribuye a su man-

el ejercicio de las funciones de su cargo, y aun cuando, por la penalidad que a los mismos pudiera corresponder, hubieran de entenderse incluidos en la disposición tercera del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponderá su conocimiento a las Audiencias Provinciales respectivas, tramitándose el procedimiento, según corresponda, por las normas del capítulo III, título III, del libro IV de la Ley mencionada o por las establecidas en la misma con carácter ordinario, en todo caso con las modificaciones previstas en la presente Ley.

Art. 2.º El Juez de Instrucción competente procederá a la incoación del correspondiente sumario, en el que se practicarán cuantas diligencias se estimen precisas para el mejor esclarecimiento de los hechos. En el supuesto de que el Juzgado no estuviese desempeñado por el Juez de Instrucción titular, por razón de vacante, enfermedad u otro motivo legal, el Juez que eventualmente le sustituya no podrá practicar otras diligencias que no sean las preliminares de ineludible y reconocida urgencia, limitándose, una vez efectuadas éstas, a poner los hechos, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, en conocimiento del Presidente de la Audiencia Territorial, cuya Sala de Gobierno designará, a la mayor brevedad, un Juez de Instrucción que se encargue de la tramitación del sumario.

Art. 3.º 1. Cuando de las diligencias sumariales resultaren indicios racionales suficientes para apreciar la comisión de un delito por parte de funcionarios del Cuerpo General de Policía en el ejercicio de las funciones de su cargo, el Juez de Instrucción se limitará a remitir las actuaciones, en el estado en que se encuentren, a la Audiencia Provincial, quien a la vista de las mismas acordará el procesamiento cuando fuere procedente, devolviendo el sumario al Juez para la continuación de su trámite hasta su conclusión.

2. Contra los autos de las Audiencias Provinciales en los que se acuerde el procesamiento de los funcionarios del Cuerpo General de Policía por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, no cabrá otro recurso que el de súplica ante la misma Audiencia Provincial que lo dictó.

Art. 4.º 1. Cuando los hechos cometidos por los funcionarios del Cuerpo General de Policía en el ejercicio de las funciones de su cargo no revistan los caracteres de delito y sí los de falta, corresponderá su conocimiento a los Jueces de Instrucción, con arreglo a las normas de procedimiento previstas en el libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Decreto de 21 de noviembre de 1952.

2. Contra las sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción en estos casos cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial respectiva.

Art. 5.º Quedan modificados los artículos 14, 384, 793, 962, 964, 975 y 976 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 sobre normas procesales aplicables a la Justicia Municipal en los términos que en los anteriores artículos se establecen, y quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo prevenido en la presente Ley.

Art. 6.º Se autoriza al Ministro de Justicia para dictar las disposiciones que se estimen precisas para el mejor cumplimiento de cuanto se dispone en esta Ley.

tenimiento, en una actuación tanto más eficiente y meritoria cuanto que la misma implica a veces un grave riesgo de la integridad física e incluso de la vida de sus funcionarios, todo lo cual ha de llevar como justa contrapartida, por la delicada misión que se les encomienda, el otorgamiento de determinadas garantías en orden a su protección jurídica, en los casos en que los expresados funcionarios cometan algunos hechos, en el ejercicio de su cargo, que pudieran revestir los caracteres de delito.

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

Artículo primero.—En el supuesto de hechos que puedan revestir caracteres de delito cometidos por funcionarios del Cuerpo General de Policía en el ejercicio de las funciones de su cargo, corresponderá su conocimiento a las Audiencias Provinciales, conforme a las normas del capítulo III, título III, del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o por las establecidas en la misma con carácter ordinario, y en todo caso con las modificaciones que se disponen en la presente, aun cuando por la penalidad que al delito pudiera corresponder estuvieran comprendidos en la disposición tercera del artículo catorce de la precitada Ley.

Artículo segundo.—El Juez de Instrucción competente procederá a la incoación del correspondiente sumario, en el que se practicarán cuantas diligencias se estimen precisas para el mejor esclarecimiento de los hechos. En el supuesto de que el Juzgado no estuviere desempeñado por el Juez de Instrucción por razón de vacante, enfermedad u otro motivo legal, el que eventualmente le sustituya, una vez practicadas las diligencias más urgentes, remitirá las actuaciones, dentro del plazo de tres días, al Presidente de la Audiencia Territorial, cuya Sala de Gobierno designará a la mayor brevedad un Juez de Instrucción para que se encargue de la tramitación del sumario.

Artículo tercero.—Uno. Cuando de las diligencias sumariales resultaren indicios racionales suficientes para apreciar la comisión de un delito por parte de funcionarios del Cuerpo General de Policía en el ejercicio de las funciones de su cargo, el Juez de Instrucción se limitará a remitir las actuaciones, en el estado en que se encuentren, a la Audiencia Provincial, quien a la vista de las mismas acordará el procesamiento cuando fuere procedente, devolviendo el sumario al Juez para la continuación de su trámite hasta su conclusión.

Dos. Contra los autos de las Audiencias Provinciales en los que se acuerde el procesamiento de los funcionarios del Cuerpo General de Policía por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo no cabrá otro recurso que el de súplica ante la misma Audiencia Provincial que lo dictó.

Artículo cuarto.—Uno. Cuando los hechos cometidos por funcionarios del Cuerpo General de Policía en el ejercicio de las funciones de su cargo no revistan caracteres de delito y sí los de falta, corresponderá su conocimiento a los Jueces de Instrucción, con arreglo a las normas de procedimiento previstas en el libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Decreto de veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

Dos. Contra las sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción en

estos casos cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial respectiva.

Artículo quinto.—Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en la presente Ley.

Dada en el Palacio de El Pardo a trece de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

FRANCISCO FRANCO

Jurisprudencia penal 1973

(Segunda parte)

Por

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid
y Vicesecretario del "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales"

§ 1. Artículo 8:1.^ª, *Trastorno mental transitorio*.—«El trastorno mental transitorio supone una *reacción vivencial anormal*, generada por causa directa, inmediata y evidenciable, que bruscamente se manifiesta *durante un espacio corto de tiempo*, y que *sin huellas se agota rápidamente*, por una curación completa, *sin secuelas ni posibilidades de repetición*, y que haya surgido, en el sujeto que la evidenció, sobre una *base constitucional patológica o morbosa*, o más excepcionalmente, sobre estímulos psíquicos intensos, que le hagan actuar de forma irreprimible, incontrolada, o delirantemente, con tal intensidad en la respuesta reaccional, al choque físico o psíquico, que es la causa exógena que la origina, que genere una *perturbación mental pasajera, pero con la alteración profunda de la capacidad de conocer el alcance antijurídico de su conducta, o de la capacidad de autodeterminarse en el sentido de la norma, por padecer total ausencia de inteligencia y voluntad*, y, por tanto, *del libre albedrío y consciencia humana*» (S. 26 diciembre 1973).

En contra, la S. 28 mayo 1973 aprecia la eximente completa de trastorno mental transitorio, *sin que exista base patológica, al venir sometido el sujeto a «estímulos de extrema gravedad e intensidad»*. En sentido idéntico, SS. 19 diciembre 1935, 14 octubre 1944, 13 marzo 1947, 16 mayo 1963 y 28 diciembre 1964.

§ 2. Artículo 8:4.^ª, *Legítima defensa*.—No puede apreciarse legítima defensa completa ni incompleta, *«cuando hay una situación de riña libre y mutuamente aceptada»*, puesto que falta el requisito esencial de la legítima defensa: la agresión ilegítima (SS. 12 febrero y 26 junio 1970, 14 octubre 1971, 26 octubre 1972, 15 febrero, 4 octubre y 25 octubre 1973).

La palabra *«sinvergüenza»*, dirigida por el procesado a la mujer de la víctima, no posee entidad suficiente para constituir la agresión ilegítima, la cual ha de ser, como requisito esencial de la legítima defensa, *injusta, inmotivada, imprevista, inesperada y de entidad bastante para suponer un peligro inminente para la persona o derechos del agredido* (S. 7 junio 1973).

Falta la posibilidad de admitir como presente *la agresión ilegítima*, raíz de la justa defensa, *si existe un estado cierto de desafío* para resolver mediante la

lucha hasta la muerte entre dos enemigos bandos de personas, enfrentadas por resentimientos mutuos, que se encuentran expectantes para inmediatamente realizarla; en cuya situación, *el inicio*, originado por cualquier actitud o palabra, *no es determinante del acometimiento físico, sino el pretexto para el recíproco desencadenamiento material y agresivo de la solventación de las diferencias y rencores, por las vías de hecho* (S. 30 mayo 1973).

Deniega el T. S. la apreciación de legítima defensa por faltar la *necesidad racional del medio* empleado para repeler la agresión. Requisito que no debe confundirse con la *necesidad defensiva* o *estado jurídico de defensa* a que se alude implícitamente con la expresión «*obrar en defensa*» (SS. 4 y 29 noviembre 1911, 17 enero 1928, 10 febrero 1958, 5 abril 1967, 8 noviembre 1968 y 30 enero 1970), que hace referencia a la estricta perentoriedad de la defensa (SS. 16 diciembre 1971 y 24 septiembre 1973). Esta *necessitas defensionis* no puede confundirse con la *necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla*, por cuanto esta necesidad es instrumental, más específica y, sobre todo, de ámbito y efectos más restringidos. Mientras la primera es una necesidad de la defensa *in toto*, que nunca puede faltar para la exención completa, como para la incompleta, la segunda, alusiva a la proporcionalidad, puede estar ausente y dar con ello lugar a la aplicación del artículo 9:1.^ª en relación con el artículo 66 del Código penal. Por consiguiente, si falta la *necessitas defensionis* habrá *exceso extensivo o impropio* (exceso en la causa). Pero si lo que falta es sólo la *proporcionalidad*, podrá hablarse de un *exceso intensivo o propio* («Exceso en los medios») (S. 26 de junio de 1973).

§ 3. Artículo 9:1.^ª, *Trastorno mental transitorio incompleto* (en relación con el artículo 8:1.^ª).

Epilepsia.

Casa el T. S. la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* que había apreciado en un delito de estafa la circunstancia de trastorno mental transitorio incompleto, y deniega su apreciación, al considerar que la *epilepsia*, mal comicial, es un proceso caracterizado por accesos convulsivos, con pérdida de conciencia o por manifestaciones parciales de estos accesos, a los que se añaden estados psicopatológicos diversos que abocan frecuentemente en la demencia. La repercusión del concepto y de su realidad en el campo jurídico es inevitable, pues los delitos cometidos durante las crisis comisivas, conocidas por auras, no pueden por menos de afectar seriamente a la consciencia y a la libertad del agente, bien anulándolas totalmente, bien debilitándolas en tal manera que sin anulación total, están hondamente disminuidas. Y de otra parte, hay ciertos campos vedados por el derecho penal, tales como la vida, la honestidad, el honor, etc., donde aquellas explosiones tienen juego e impacto más frecuente; menos frecuente son los ataques a la propiedad, menos adecuados para realizar en los estados crepusculares de fuga epiléptica, en otros estados de paroxismos característicos de estas enfermedades. Pero, *cuanado la agresión contra el patrimonio ajeno es por medio de la estafa*, que requiere una *serena y fría elaboración de un engaño*, una constancia y permanencia en su desarrollo, una *reflexión*, *iniciación* e impulso gradual, artero y malicioso de la maniobra engañosa, *apenas es concebible que tal plan artero y cuidadosamente*

elaborado sea compatible con los excesos y crisis propios de tal enfermedad. Por cuanto el hecho de que se exprese en la sentencia que el procesado es de «carácter epileptoide», sin más especificaciones, no significa nada que tenga relevancia penal, cuando se trata de juzgarle por un delito de estafa; pues si su maniobra engañosa comienza a desarrollarse en 1966 y la prolonga, firmando contratos hasta, por lo menos, marzo de 1967, es evidente que no es sostenible que durante este largo lapso de tiempo, cerca de un año, sus actos fueran desarrollados en grandes o pequeñas crisis de su mal y, por tanto, no da base suficiente para que, con fundamento de semejante afirmación, se estime un trastorno mental transitorio incompleto (S. 17 mayo 1973).

Psicopatías.—«El trastorno mental transitorio puede también ser incompleto y encajado en el número 1.º del artículo 9, en relación con dicho artículo 8, número 1.º del Código penal, para lo cual resulta preciso que posea todos los caracteres constituyentes indicados, con excepción de la intensidad total o absoluta, pues ha de manifestar inferior entidad cualitativa, al bastar que la reaccional situacional, originada por el choque psíquico, produzca, en el agente que lo padezca, una relativa perturbación de las facultades intelectivas y volitivas, que limite o rebaje, sin anularlo, el libre albedrío; a cuyo fin diferencial de ambas situaciones, de trastorno completo e incompleto, ha de estarse al alcance de la base patológica o de los estímulos psíquicos».

Por consiguiente, las psicopatías, anomalías de la personalidad, que atacan la afectividad y desarmonizan el carácter del hombre, generando una ausencia de adecuación entre los estímulos recibidos y las respuestas en más otorgadas, con indudable inadaptación social, por anormalidad psíquica temperamental y del sentido moral, *sólo han venido siendo estimadas por esta Sala, dada la enorme frecuencia práctica, normalidad de quien las presentan y enorme peligrosidad, como meras causas de atenuación de la responsabilidad criminal, si reúnen los siguientes requisitos:*

- a) Que por su condición e intensidad merezcan el calificativo de graves.*
- b) Que manifiesten indudable relación causal con el delito cometido, por encajar éste dentro de la distonia caracterológica padecida y, por tanto, ser debido a la psicopatía grave, y no estar fuera de ella.*
- c) Que se demuestre que dentro del campo de la conciencia humana disminuye la inteligencia o rebaja la voluntad, de manera ostensible.*

No cabe, pues, elevar la eximente a la categoría de exención total de la responsabilidad criminal (S. 26 diciembre 1973).

§ 4. Artículo 9:2.^a, *Embriaguez*.—Para que concurra esta atenuante se requiere la existencia de un *elemento positivo*: que exista *embriaguez*; y dos *negativos*: que *ni sea habitual, ni se haya producido con el propósito de delinquir*.

El *concepto jurídico de la embriaguez coincide con el vulgar*, a saber: uso excesivo de bebidas alcohólicas que produce trastornos en las potencias humanas, entendimiento y voluntad, afectándolas de tal manera que se encuentran disminuidas, esto es, consciencia apagada y voluntad débil, que impide al hombre comportarse como ser racional consciente, libre y plenamente responsable. Pero, para que pueda estimarse como atenuante se exige que el *sujeto no se embriague habitualmente*, esto es que *no tenga hábito, costumbre de embriagarse o que tal*

estado sea en él frecuente, ni que ordinariamente y con cierta frecuencia sea dado a las bebidas de tal forma que se embriague con reiteración. Y, además, es menester para que juegue como ingrediente eficaz en la atenuante, *que no se produzca con propósito de delinquir*, elemento que la doctrina jurisprudencial ha sintetizado en el sentido de que *la misma sea fortuita, causada involuntaria o accidentalmente, no buscando en modo alguno refugiarse en la disminución de facultades que trae consigo la ingestión de bebidas alcohólicas*, y la ordinaria excitación de los bajos instintos, para lanzarse de manera incoercible, pero previamente buscado, por el camino del delito (S. 30 mayo 1973).

§ 5. Artículo 9:4.^a, *Preterintencionalidad*.—Aprecia el T. S. la atenuante 4.^a de preterintencionalidad y deniega la apreciación de culpa o imprudencia por estimar que «la doctrina de la Sala 2.^a viene tradicionalmente exigiendo, *para la existencia legal de la imprudencia*, en cualquiera de sus grados, *que el acto voluntario inicial originario del mal causado sea en su totalidad lícito, sin el más leve matiz de malicia* que es, en definitiva, *lo que constituye la intención dolosa, incompatible con la culpa*. Y como el procesado, durante el curso de una discusión con su amigo, del que recibió gran cantidad de insultos, que al oírlos, le propinó un golpe con el puño en el mentón, cuyo impacto, unido a la inseguridad que le producía la embriaguez le hicieron caer al suelo, dándose un fuerte golpe en la región occipital, que le produjo lesiones tan graves en el cerebro, de las que falleció a las pocas horas, es visto que su conducta no puede discurrir por los cauces de la imprudencia, porque *inició su actuar con un acto ilícito* (S. 15 diciembre 1973). En contra, S. 30 enero 1973.

En sentido idéntico, SS. 11 diciembre y 30 mayo 1973, ésta en supuesto en que la víctima, a causa de la presión que las manos del sujeto activo ejercían sobre su cuello, sufrió un espasmo en los órganos respiratorios que le produjo asfixia y muerte instantánea. Se aprecia la circunstancia como simple atenuante, y no como atenuante muy calificada, por cuanto ésta exige, al menos, «una mínima entidad de dolo por parte del sujeto del delito». Cfr. S. 30 marzo 1973.

La preterintencionalidad *no es incompatible con la situación anímica de arrebató u obcecación* (S. 11 diciembre 1973).

§ 6. 9:8.^a, *Arrebató u obcecación*.—Aunque de ordinario se ha exigido por el T. S., en referencia a esta circunstancia atenuatoria, *la proximidad del estímulo, su inmediatez y cercanía y que sea provocada por motivos legítimos, lícitos y de poderoso influjo*, estos criterios *no son tan absolutos y rigurosos que no admitan excepciones*, y éste es precisamente el caso de autos en la particularidad que ahora se contempla, pues, en frase gráfica, puede afirmarse que estamos ante un claro supuesto de *arrebató ofuscador de «tracto sucesivo»*, en que no las mutuas disputas y recíprocas injurias, sino *la incidencia pertinaz y continuada de la víctima en el alcoholismo agudo, pero con episodios de cronicidad y perseverancia con el abandono e incumplimiento de sus esenciales deberes conyugales, maternales y domésticos* que fueron tensando el ánimo del agente, que a través del tiempo y del espacio vino sufriendo en su propia persona, en la de su menor hijo y en su ambiente hogareño las consecuencias del abandono, desidia y desatención de la víctima respecto a sus más exigibles deberes y que en la ocasión de autos rebasaron los límites de paciencia y aguante estallando en cuasi irreprímible impulso,

culminando con los reprobables actos agresivos que si aislada y subjetivamente serían plenamente ilícitos, en las circunstancias precedentes y coetáneas al acaecimiento que se juzgan, *atenúan también la ilicitud* y consiguiente responsabilidad contraída por el recurrente, pues *fueron, en frase vulgar, la gota de agua*, los estímulos que desencadenaron y provocaron la ofuscada reacción agresiva que la resultancia relata (S. 11 diciembre 1973).

§ 7. Artículo 10:14.ª, *Reiteración (Prescripción de antecedentes penales por delitos contra la seguridad del Estado)*.

El Decreto de 9 de octubre de 1945 concedió *indulto total de la pena principal impuesta o que procediere imponer a los responsables de delitos de rebelión militar, seguridad del Estado o de orden público cometidos hasta el 1.º de abril de 1939*, cuyo Decreto fue posteriormente complementado por el de 1.º de abril de 1964, que ordenó *la eliminación del Registro Central de Penados y Rebeldes de los antecedentes correspondientes a los delitos comprendidos en el anterior Decreto por reputarse inexistentes en los sucesivos*. Por contra, *no pueden surtir efecto alguno en casos de reincidencia, reiteración o condena condicional los antecedentes penales referidos a dichos delitos que tuvieron su comisión con anterioridad a la expresada fecha de 1.º de abril de 1939*, cualquiera que sea la en que produjera su condena. En consecuencia, dado que el proceso, que ahora se condena por el delito de abusos deshonestos, fue ejecutoriamente condenado en Sentencia de 4 de abril de 1944 dimanante de proceso instruido por el Juzgado Militar número 13 de Murcia, a la pena de seis años y un día de prisión mayor por delito de auxilio a la rebelión, y *dada la naturaleza del delito*, el Juzgado Instructor, la jurisdicción que dictó la Sentencia y la fecha de ésta, *dentro del tiempo en que muchos de aquellos delitos se sancionaron, justificado por el gran volumen de los cometidos*, se desprende que el delito se cometió dentro del plazo que abarca el indulto, lo que, por otra parte, al no constar lo contrario en la Sentencia ahora estudiada, tendríamos que suponer que así fuese, por virtud del derecho humano que inclina al ánimo en beneficio del reo, ha de ser acogido el único motivo del recurso que postula indebida aplicación del artículo 10, circunstancia 14 del Código penal, en relación con la regla 2.ª de su artículo 61 (S. 20 junio 1973).

§ 8. Artículo 10:1.ª, *Reincidencia*.—Conforme al tenor literal del artículo 10, número 15 del Código penal, la reincidencia exige que al delinquir el culpable hubiere sido *ejecutoriamente condenado* por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del Código, aclarando la jurisprudencia que *ejecutoria equivale*, como afirma la Ley de Enjuiciamiento Criminal a *sentencia firme* y que la frase *ejecutoriamente condenado por otros u otros delitos*, ha de interpretarse *literalmente*, espiritualmente y en favor del reo, en el sentido de que *si la ejecutoria abarca a varios delitos, sólo podrá apreciarse posteriormente una reincidencia primaria, o primera reincidencia, aunque la condena se extendiera a varios*, puesto que el fundamento esencial de la circunstancia es la intimación que la ejecutoria supone, la voluntad rebelde del ya condenado y la recaída en delito comprendido en el mismo título del Código. Por tanto, *si hay ejecutoria, aunque ésta se extienda a varios delitos, hay después circunstancia de reincidencia espe-*

cífica, pero sólo primaria, porque sólo hubo una ejecutoria (SS. 25 enero 1972, 16 octubre y 9 noviembre de 1972, 25 y 29 enero 1973, 21 febrero 1973).

Apreciar una *doble reincidencia* se supone que equivale a *tercer delito*, con *dos condenas ejecutorias previas*, en la cual hay una *primera ejecutoria*, que condena por el delito base comprendido en un título determinado del Código penal, *una segunda sentencia* que aprecie la primera reincidencia y *una tercera ejecutoria*, donde se aprecie ya la segunda reincidencia, en cuyo supuesto y a partir de esta segunda, entra en juego, con toda su fuerza la regla 5.^a del artículo 61 del Código penal.

La misma doctrina debe afirmarse respecto del artículo 516, 3.º del Código penal, cuando habla de que el culpable fuese *dos veces reincidente*, frase que se reitera en plural en el artículo 530 del propio Cuerpo legal (S. 10 noviembre 1973).

§ 9. Artículo 14:3.º, *Cooperadores necesarios*.—La diferencia entre la cooperación necesaria (auxilio necesario) y la complicidad (auxilio no necesario) «*se encuentra en la eficacia causal de los actos efectuados en relación con el resultado concreto*» (S. 28 febrero 1973).

§ 10. Artículo 22, *Responsabilidad civil subsidiaria*.—Los requisitos precisos para que entre en juego esta clase de responsabilidad civil son:

1.º *La comisión de un delito o falta* de los que generan responsabilidad civil.

2.º *Insolvencia económica* o carencia de medios patrimoniales suficientes *por parte del autor del hecho punible*, para hacer frente a aquella responsabilidad civil.

3.º *Que el sujeto del delito sea criado, discípulo oficial, aprendiz, empleado o dependiente* de otro.

4.º *Que esta otra persona sea amo, maestro, entidad, organismo o empresas* dedicadas a la industria, comercio, actividad lucrativa, explotación o beneficio.

5.º *Que el delito o falta sean cometidos por el dependiente «en el desempeño de sus obligaciones o servicios»* (S. 26 diciembre 1973).

Para que se genere la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el artículo 22 del Código penal es preciso la concurrencia de los requisitos siguientes: *a)* Una persona, empresario, entidad o corporación, por razón o cuenta de la que se actúe el servicio; *b)* Un servidor, empleado o funcionario que en relación de dependencia o empleo, directa o indirectamente, se halle ligado a su principal con nexo intersubjetivo, tanto de condición jurídica o laboral, como de mero ocasional ligamen, siempre que actúe por cuenta del primero, con probable utilidad material y el vínculo, permanente o accidental, retribuido o gratuito; *c)* Que el subordinado obre en la esfera de su cometido o servicio, cuando se genera la conducta que suponga la realización de la infracción criminal (S. 29 marzo 1973).

La expresión del Código «*desempeño de sus obligaciones o servicios*», se viene interpretando por la doctrina de la Sala 2.^a en *sentido amplio, con matiz claramente objetivo*, como recientemente se ha expresado, *en sentido espiritual, social y extensivo*, incluyendo, por tanto, *aquellas situaciones que redunden en beneficio del principal, en su provecho o utilidad, pero siempre que el dependiente actúe sometido no ya sólo directamente, sino aun potencial o lejanamente a la posible intervención del dueño, incluso aunque* en el desempeño de sus fun-

ciones cometa ligeras extralimitaciones. Pero se han examinado, cuando menos, las extralimitaciones notoriamente al margen de la misión o encargo, las que sólo tienen como razón de ser el favorecimiento de ajenas empresas o las que busca el provecho exclusivo del delincuente, sin beneficio alguno, ni aun potencial, del dominus (SS. 4 mayo 1970, 3 marzo, 28 abril, 7 diciembre 1972, 17 abril 1973 y 26 diciembre 1973).

No puede admitirse que la actuación ilícita, irregular o indebida del subordinado rompa la relación de servicio, ya que de admitirse esto quedaría vacía esa institución. Por cuanto lo que dispone el artículo 22 del Código penal es que el acto que genera el delito, con la responsabilidad civil principal y subsidiaria por insolvencia del delincuente, se cometa mediante el uso de los medios y facilidades puestas en su mano por su principal, con el consiguiente riesgo para los terceros relacionados con aquél por la necesaria mediación del agente en el ejercicio —aunque no sea dentro del ejercicio de sus funciones—..., sin que pueda reducirse esta responsabilidad civil subsidiaria al angosto marco de la relación civil del mandato y a la lícita, estricta y rigurosa ejecución de sus deberes, de modo que queden fuera las posibles extralimitaciones. Por el contrario, *sólo caen fuera de esta responsabilidad los hechos del agente extraños por completo a su función al servicio bajo la dependencia del principal...* (S. 24 abril 1973). Por consiguiente en el juego de las extralimitaciones deben separarse y poseen consecuencias diversas dos situaciones diferentes: una, aquella en que el empleado o subordinado actúa como extraño o al margen por completo de la relación que le vincula con el principal, obrando desligado totalmente de su quehacer funcional, en «acto de barateña», supuesto en el que ha de considerarse ausente el desempeño de los servicios o deberes que tenía a su cargo; otra, la determinada por la actuación dentro del marco de sus funciones genuinas, pero extralimitándose al asumir, después de un arranque lícito, una dirección criminal, en cuyo supuesto la actividad servicial y el crimen se aúnan y asimilan, y no puede admitirse que el agente sea considerado que actúa fuera del servicio (S. 29 marzo 1973.)

§ 11. Artículo 24, *Retroactividad de la ley penal más favorable (agravante de reiteración y variación de cuantías)*.—La aplicación de la *agravante de reiteración* exige una comparación punitiva, a cuyo tenor, en caso de haber sido castigado el reo con anterioridad por un solo delito, la pena señalada al mismo ha de ser *igual o menor* que la establecida para el delito que se juzga. Por consiguiente, en el caso debatido, y teniendo en cuenta la fecha de la sentencia anterior, 17 febrero 1944, y la cuantía del hurto en ella imputado, se infiere que *tal delito fue juzgado bajo la vigencia del Código penal de 1932, reformado en materia de cuantías por la Ley de 10 de abril de 1942, que vino a establecer en 200 pesetas la frontera entre el delito y la falta de hurto*. En consecuencia, *no es válida la doctrina jurisprudencial invocada por la sentencia del Tribunal a quo* (citando SS 24 mayo 1969, 14 noviembre 1970), porque, en primer término, *aun cuando se estimara que las alteraciones de cuantías no habían afectado al delito de hurto* por el que fue condenado el procesado y que, por ende, conservaba su condición delictiva, al no haber sido degradado a la calidad de mera falta, *tal doctrina sería aplicable a la existencia de la agravante de reincidencia, pero no a la de reiteración*, que ha sido la apreciada por el Tribunal de Instancia. Habida

cuenta de que aquella primera circunstancia se satisface con la existencia de un delito anterior comprendido en el mismo título del Código, homogeneidad delictiva que se declaraba probada en el caso; pero, tratárase de *reincidencia genérica o específica, dicha doctrina no era aplicable al caso debatido, por cuanto la irretroactividad postulada por la Sala 2.^a en materia de cuantías a través de las sentencias dictadas y en otras coetáneas o posteriores, se basa en la regla 3.^a del artículo 5.º de la Ley de 15 de abril de 1967, a cuyo tenor su radio de acción se limita a las «variaciones de cuantías que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley», es decir, que la irretroactividad que se propugna afecta al sistema de cuantías implantado por la Ley de 30 de marzo de 1954, pero no al «status» legal anterior en el cual está ubicada la condena impuesta al recurrente, la cual se beneficia, por tanto, del régimen de retroactividad que, al amparo del artículo 24 del Código penal venía aplicando la jurisprudencia citada antes de la Ley de 15 de abril de 1967, en la cual se establece la innovación legislativa que ha dado lugar a la actual interpretación. Por tanto, habiendo establecido la Ley de 1954 en 500 pesetas el límite entre el delito y la falta de hurto, la sustracción por la que fue condenado el recurrente ha de ser considerada como falta y sin fuerza, pues, para engendrar reincidencia...» (S. 28 marzo 1973). Cfr. S. 16 noviembre 1973. En contra, S. 15 octubre 1973.*

§ 12. Artículo 52, *Tentativa imposible (en relación con artículo 411:2.º)*.— Frente a la tesis del recurso en el sentido de que las prácticas abortivas en mujer no embarazada, sin resultado lesivo alguno, son atípicas, el T. S. opone que «el delito imposible o la tentativa imposible, penada en el artículo 52, tanto lo sea por *inidoneidad del medio como del sujeto pasivo* (como en este caso), es de aplicación a toda clase de delitos, por ser una forma especial dentro de los grados de ejecución, aplicable a todos, como incluido en la parte general; y a ello no se opone el artículo 411 en su párrafo final, que contempla una forma de delito imposible, pero circunscrito a la producción de muerte o de lesiones graves, siendo así un delito calificado por el resultado, según otros de dolo eventual de tipo operado, tendente al castigo de ilícitas maniobras, con el consiguiente peligro que llevan a sí mismas, pero que *no obsta a que pueda apreciarse la tentativa imposible en todas las formas de aborto que lo admiten, con la excepción del párrafo final del artículo 411 por ser uno de los elementos integrantes del Código penal*; porque no hay que confundir la «falta de tipicidad» con la *imposibilidad de producción del delito*» (S. 28 febrero 1973).

§ 13. Artículo 69, *Delito continuado*.—Casa el T. S. la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* y aprecia dos delitos continuados de apropiación indebida, en base a estimar que la consideración del *delito continuado* requiere partir de la idea inicial de que, en nuestro ordenamiento punitivo *no tiene aquél una base dogmática rígida e incommovible, sino que, ya desde sus orígenes, se fue fraguando al calor de la «creación judicial»*; primero, por razones pietistas y humanitarias, hoy del todo superadas; más tarde, como expediente procesal de simplificación de la prueba, cuando no es posible individualizar las distintas acciones puestas por el sujeto activo del delito y, finalmente, atendiendo de modo primordial a lo que es alma y esencia de la institución, a saber, *la posición animica del culpable*, supuestas ciertas condiciones mínimas de *identidad entre las distintas acciones* que deter-

minan el *ámbito ojetivo de la conexidad*, preponderantemente la *unidad de precepto penal violado o unidad de tipo básico* y la *identidad de ocasión que se ofrece sucesiva y reiteradamente al autor*, creando el clima propicio y necesario para prorrogar su actuación en el tiempo y en el espacio, a modo de recaída en la tentación, lo que sirve de enlace para entrar en el *ámbito subjetivo* en que se mueve el sujeto y que no es otro que la *línea homogénea de culpabilidad*, línea psíquica, en cuya captación han de obrar los Tribunales con el mayor cuidado y sensibilidad, como elemento decisivo que es, sin ideas prefijadas en cuanto a los elementos intelectual y volitivo del dolo que, además de estar reñidas con la realidad psicológicas y con la exigencia jurídica, pueden convertirse en cómodo y automático recurso de unificación. Por lo que es preciso *individualizar* al máximo cada caso a fin de lograr el objetivo de esta construcción jurídica, declarado por la Sala 2.^a, *de cohonestar las realidades vitales con las necesidades imperiosas de la justicia* (SS. 22 marzo y 24 noviembre 1966, 3 marzo 1968, 4 diciembre 1968, 16 enero 1969, 27 marzo 1969, 27 mayo 1969, 16 febrero 1970, 16 abril 1970, 12 mayo, 15 junio y 22 octubre 1970, 10 marzo 1971, 28 abril 1971 y 1 febrero 1973).

La doctrina jurisprudencial del delito continuado se construye en base a la realidad natural y humana de *una sola intención delictiva* rectora de todas las actuaciones criminales del sujeto activo y exteriorizada en *una pluralidad de actos de ejecución* de lo proyectado, elementos subjetivo y objetivo a los que debe añadirse *la infracción de un mismo tipo penal*, coincidiendo a veces el mismo sujeto pasivo perjudicado. Por lo que debe apreciarse en el caso de apropiación indebida debatido (S. 30 octubre 1973).

Desestima el T. S. la petición del recurrente —condenado por dos delitos de estafa— en el sentido de que es apreciable un delito continuado, habida cuenta de que *la diferencia de fechas, de sujetos pasivos y de relaciones comerciales supone, aunque el «modus operandi» sea igual o muy semejante, actuaciones delictivas independientes y perfectamente diferenciadas*, de las que no puede afirmarse con absoluta y rotunda seguridad que respondieran a una sola «*ideación criminosa*» de las que fueron simples manifestaciones ejecutivas de un solo y único propósito delictivo. Pues *una cosa es que un delincuente reitere un mismo sistema delictivo en propósito o ideaciones diversas, aunque sucesivas, y otra muy distinta que conciba un propósito unitario de delinquir y lo vaya desarrollando en una serie de actos de ejecución de lo propuesto*. En resumen, *no cabe confundir el «delito continuado», con sus peculiares condicionamientos, con el «delito repetido o habitual»*. Por lo que sería erróneo estimar que el delincuente que decide dedicarse persistentemente a una determinada tipología de delitos y los repite a través del tiempo y del espacio, debiera ser considerado como autor de un solo «delito continuado», que contrariamente requiere unidad de propósito e ideación criminal y pluralidad de actos de ejecución conexas entre sí y respondiendo a cumplir necesariamente el unitario proyecto delictivo. Lo razonado veda acoger este recurso (S. 15 diciembre 1973).

§ 14. Artículo 70, *Concurso real de delitos*.—Según ha declarado ya alguna sentencia de la Sala 2.^a del T. S. —S. 22 enero 1962— en el artículo 71, concebido para supuestos concursales más circunscritos y, a juicio del legislador, acreedores a un trato más ventajoso que el deparado por los simples topes máximos pre-

vistos para el concurso real por el artículo 70, no puede abocar a consecuencias más desfavorables que las que pudieran irrogarse de la aplicación del, en principio, más severo artículo 70, como tampoco conjugarse en beneficio del reo los efectos de uno y otro precepto. La preferente aplicación del artículo 71 con la consiguiente exclusión del 70, para el supuesto de dos delitos conectados entre sí en relación de medio a fin, es una opción y no una simbiosis, de modo que sólo deberá tener lugar como fórmula específica y más favorable cuando ello no se traduzca, como aquí se pretende, en mayor dureza punitiva, pues si la acarreará, decaería en tal caso la razón de ser de la cláusula de excepción y regiría entonces el más genérico artículo 70, que, simplemente cifra el tope punitivo en el triple de la más grave de las penas impuestas, sin exceder nunca de los treinta años. Deniega, por tanto, la tesis del recurso que derivaba en una pena de 18 años de privación de libertad al propugnar la aplicación del artículo 71, optando, por el contrario, por la del artículo 70 (S. 14 abril 1973).

§ 15. Artículo 71, *Concurso ideal de delitos*.—La problemática que plantea el concurso de delitos de falsedad en documento público, oficial o mercantil (artículos 303 y 302) con el de estafa, prevista en los artículos 529 y siguientes del Código penal ha sido ya resuelta de un modo constante, reiterado y definitivo, por el T. S., en el sentido de que, *después de la publicación del Código penal de 1944, procede sancionar por separado los delitos de falsedad y estafa, aunque tengan la relación de medio a fin, por haber desaparecido, desde el Código indicado, la figura híbrida de la falsedad con lucro que existía en la anterior legalidad. No existiendo, por tanto, ninguna incompatibilidad en la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil y otro de estafa, sino que cada uno de ellos conserva su sustantividad estructural y su autonomía, dando lugar al concurso de delitos que determinan a efectos de punición la entrada en juego del artículo 71 del Código penal, penándolos separadamente, aunque vengan enlazados por la relación de medio a fin, con las excepciones de las falsedades defraudatorias, en las que el principio de especialidad se impone* (SS. 4 mayo 1965, 24 octubre 1964, 5 febrero 1964, 24 octubre 1963, 24 noviembre 1962 y 22 febrero 1962, entre otras). Así, contemplando un supuesto muy similar al que nos ocupa, la S. 13 marzo 1963 habla de que *la imitación de una firma en cheque, documento eminentemente mercantil, por sí sola constituye el delito de falsedad, pero si, además, se consigue, por este medio el abono de su importe por el Banco, constituye un delito de estafa; complejo de falsedad y estafa, a cuya penalidad es aplicable el artículo 71 del Código penal* (SS. 14 mayo 1970, 28 mayo 1971 y 7 abril 1973).

§ 16. Artículo 101, *Responsabilidad civil «ex delicto»*.—Los artículos 101 y siguientes del Código penal establecen *tres clases de resarcimiento* del patrimonio, según la *naturaleza de la lesión, y la clase de delito cometido*, y que vienen ordenadas con carácter preceptivo, de modo que no dejan opción a los Tribunales, al establecerse una gradación que ha de observarse necesariamente:

1.º En primer término, la *restitución de la cosa*, siempre que sea posible, (artículo 102 del Código penal).

2.º En segundo, el *precio de la cosa*, si es posible, y el *de afección del agraviado*, cuando aquélla no pueda realizarse (art. 103).

3.º Finalmente, la *indemnización de perjuicios materiales y morales*, ocasionados no sólo al agraviado, sino también a aquellos que por razón del delito se hubieren irrogado a su familia o a un tercero (S. 4 julio 1973).

S 17. Artículo 102.—*Restitución*. Este precepto ordena la *restitución de la cosa*, siempre que sea posible, *aunque se encuentre en poder de tercero y éste la haya adquirido por medio legal*. Si bien la *disposición no es aplicable al caso en que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerla irreivindicable*, tales como las ventas a que alude el Código civil en el artículo 464, párrafos 2.º y 3.º; las ventas públicas y objetos empeñados en los Montes de Piedad, las adquiridas por prescripción, mediante posesión ininterrumpida a que aluden los artículos 1940, 1955 y 1957 del Código civil, según determina el artículo 117 del Código penal y las adquiridas en bolsa, feria o mercado, de comerciante legalmente establecido, en la forma prescrita por el artículo 85 del Código de comercio, al que se remiten los artículos 464 y 1955 del Código civil, o en almacenes y tiendas al público, que causan prescripción de derecho a favor del comprador.

Con las salvedades apuntadas, para que tenga lugar la restitución de la cosa, es *requisito indispensable* que, con anterioridad, haya existido privación de ella a aquel a quien ha de restituirse. Y, con arreglo a la *doctrina de la naturaleza de la lesión y de la clase de delito cometido, la pérdida o privación de la cosa no debe producirse en cualesquiera circunstancia o motivo, sino que ha de ser ocasionada necesaria e ineludiblemente por el propio delito* del que el agente resulta responsable criminalmente, puesto que la responsabilidad civil, de la cual forma una de sus facetas la restitución es una secuela o consecuencia no sólo inmediata, sino inseparable de penal (S. 16 octubre 1953).

Por consiguiente, en el caso debatido, en que el procesado no vendió el cuadro en la fecha pactada, ahora en poder de un tercero, es evidente que la acción delictiva de apropiación indebida recae sobre el cuadro, no sobre el dinero producto de la venta, que integra una etapa posterior al actuar delictivo, ya que al disponer del mismo sin mandato de venta y con la obligación de devolver, se integra el delito del artículo 535 y, como la *adquisición por tercero no se hizo en condiciones que la hicieran irreivindicable, debe, a tenor del artículo 102, procederse a la restitución de la cosa, aunque ésta se encuentre en poder de tercero y éste la haya adquirido por medio legal*, salvo su derecho de repetición contra quien corresponda (S. 4 julio 1973).

§ 18. Artículo 117, *Extinción de la responsabilidad civil*.—Si bien la responsabilidad civil es consecuencia indeclinable de la penal y en ambas está incurso el inculpaado —condenado por homicidio por imprudencia temeraria—, conforme a la norma básica del artículo 19 del Código penal, como *aquella no afecta al orden público, sino al interés patrimonial privado, es lícita*, y así lo reconoce el artículo 117 del propio Código, *su extinción*, que puede originarse del mismo modo que se extinguen las demás obligaciones a tenor de las reglas del Derecho civil. Y, por ello, en estos supuestos, entran en juego normas jurídicas de carácter sustantivo que deben ser observadas en la aplicación de la Ley penal aunque pertenezcan al orden civil, por tratarse de responsabilidades de esta índole, exigibles en esfera distinta de la suya propia por razones de economía procesal y por la íntima relación

que guardan con el complejo delictivo, en el que confluyen el interés público que encarna el Estado y el privado que representa el perjudicado, dueño de la acción civil, hasta el punto de que si éste renuncia expresamente a ella no puede ejercitarla el Ministerio Fiscal (S. 22 octubre 1973).

§ 19. Artículo 302, *Falsedades*.—*Bien jurídico protegido*.—«Las infracciones comprendidas dentro del Título III presentan como denominador común el *objeto jurídico de la comunidad social*, sin que la primordial y sugestiva alegación esgrimida en el recurso de que las falsedades apreciadas —alteración de fechas— eran puramente *ideológicas*, extrañas a la misma letra de cambio y no comprendidas por tanto en el ámbito punitivo del artículo 303, tenga la suficiente consistencia real y legal a los fines casacionales postulados; habida cuenta que *el problema de la falsedad intelectual y material apenas tiene arraigo en el derecho sustantivo español, que no llega a distinguir y separar claramente entre legitimidad y veracidad en los documentos, estimando documento falso el que no faltando a aquélla tiene, no obstante, un contenido no verdadero*. Y, siguiendo tal orientación, a diferencia de las legislaciones influenciadas por el derecho germánico, que segrega la falsificación material de la falsedad intelectual, *la nuestra comprende, en su artículo 302, virtualmente todas las posibilidades imaginables de falsedad ideológica acomodándose al derecho histórico, como son los conductos de constatación, a sabiendas, de un hecho falso, entre las que entran y caen plenamente las engañosas cometidas por los particulares en documentos mercantiles a través de los señalados en los números 2.º y 5.º del repetido artículo 302, o lo que es lo mismo: dando vida en el tráfico jurídico comercial a documentos en principio legítimos, más de contenido falaz*» (S. 16 octubre 1973).

El Código penal común, bajo la rúbrica «*De la falsificación de documentos*», comprende en las tres secciones del Capítulo IV, del Título III, de su Libro 2.º, las distintas falsificaciones que más generalmente se cometen en documentos de variada índole por personas en las que concurre o no la condición de funcionario público, *jerarquizando las diversas figuras delictivas* abarcadas de mayor o menor gravedad, *según sea la clase de documentos o las circunstancias de las personas culpables*.

Pueden conceptuarse en términos amplios como «*documentos*» a efectos jurídico-penales, *todo escrito en que se da cuerpo a un contenido de pensamiento destinado a entrar en el tráfico jurídico*, distinguiendo el Código entre los mismos, a los *públicos y oficiales, mercantiles y meramente privados*, sancionando con la máxima severidad las falsedades cometidas en aquellos por quienes ostentan la cualidad de *funcionarios* en razón a que *no sólo atacan la seguridad del tráfico jurídico, bien común lesionado en todos los tipos del Capítulo, sino, asimismo, porque abusando de su función quebrantan especiales deberes ajenos a su cargo y empleo* (S. 3 abril 1973).

Artículo 302, *Falsificación cometida por funcionario público*.—Para la existencia de esta figura delictiva se precisan tres elementos básicos: 1.º *que sea hecha por funcionario público abusando de su oficio*; 2.º *que se efectúe en documento público u oficial*; 3.º *que contenga sustanciales alteraciones o mutaciones de la verdad por alguno de los medios específicamente señalados en aquel precepto* (S. 3 abril 1973).

Artículo 303, *Falsedad en documento mercantil (en relación con 302, 1.º)*.— El delito de falsedad documental ataca la seguridad del tráfico jurídico ligada a signos fiduciarios (S. 28 febrero 1973).

Dado el bien jurídico protegido en la falsedad documental, al menos en la de documentos públicos y asimilados (oficiales y mercantiles), debe configurarse como *delito social*, sobre el que carece de relevancia el consentimiento del titular de la firma, ya que se traiciona la *fe pública* apoyada en la genuinidad y legitimidad de cada uno de los signos autenticadores.

A diferencia de lo que sucede en la falsedad de documento privado —que ataca a un interés individual con la consiguiente exigencia legal de perjuicio de tercero o del ánimo de causárselo (art. 306)—, en la de documento público y asimilado basta ese daño potencial al tráfico fiduciario (que supone la falsificación) para que exista el delito (28 febrero 1973).

Falsedad en documento mercantil (302: 1.º y 2.º).—Según ha declarado el Tribunal Supremo, en S. 28 febrero 1973, *el delito de falsedad documental ataca fundamentalmente a la seguridad del tráfico jurídico ligada a signos fiduciarios*, entre los que descuelga *la firma de la persona que, puesta en un documento, sirve para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice*. Esta noción de la firma pone ya de relieve su importancia como acto personalísimo e irremplazable, esto es, que no puede ser llevado a cabo por persona distinta, como no sea por medio del mandato representativo o apoderamiento en favor de otro para que éste firme en su nombre, pero siempre utilizando la propia firma como apoderado. Doctrina que se destaca aún más cuando de *letras de cambio* se trata, por ser éste documento eminentemente formal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 444 del Código través del juicio ejecutivo cambiario en que las excepciones de defensa queden *indefinitas* de comercio, consagrador del llamado *rigor cambialis*, con proyección procesal a mitadas por el artículo 1.465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con protección penal expresa que lleva a mencionar dicho documento en el artículo 303 del Código punitivo como prototipo de documentos mercantiles; protección que se lleva hasta el punto de *equiparar a efectos de falsedad la aceptación y el aval fingidos por quien no es titular de la firma* (SS. 17 junio 1948, 15 diciembre 1952 y 17 marzo 1970), *en atención a que, siendo la letra de cambio documento destinado al tráfico, reclama la perfecta ecuación entre la verdad aparente y la real* (SS. 3 julio 1957, 15 noviembre 1962, 19 abril 1965). Por tanto, respecto de la letra de cambio, ha consagrado la Sala 2.ª *la tesis de la falsedad penal, aun cuando la firma imitada de aceptantes o avalistas perteneciera a próximos parientes del reo* (SS. 2 abril y 4 mayo 1954, 28 diciembre 1963 y 24 abril 1964), *y aun cuando se contara de antemano con la aprobación de los mismos* (S. 6 julio 1951), o se haya contrahecho la propia caligrafía de la firma para poder alegar en juicio su falsedad (SS. 8 agosto 1939 y 26 enero 1968). Por consiguiente, tanto la antijuridicidad como la culpabilidad se acrecentarán cuando la suplantación de firma se verifique ignorando a su titular y la mendacidad escrita se extiende a otros extremos de la cambial (Sentencia 17 mayo 1973).

Falsedad en documento mercantil (302: 2.º y 5.º).—El Título III del Libro II del Código penal lleva la amplia rúbrica «*De las falsedades*», con la que genéricamente comprende *el resultado de una falsa apariencia*, que viene a coincidir con

el amplio y ético concepto de «*mandamiento de verdad*» que las Partidas (Ley I, Título VII, Partida VII) daban de la falsedad, pero la Sección 1.^a del Capítulo IV de aquél se contrae a la *falsificación de documentos*, entre los cuales abarca: los *mercantiles*, previendo el artículo 302 entre sus nueve modalidades delictivas la constación falsa de un hecho en sus número 2.^o y 5.^o, bien *suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido*, o bien *alterando las fechas verdaderas*; y el artículo 303 castiga a los particulares que en *documentos públicos, oficiales o de comercio* y, específicamente, en *letras de cambio*, cometieran alguna de las falsedades descritas en el anterior. Por lo que, estableciendo los hechos probados la aceptación e intervención de letras de cambio por el procesado, se alteraron las fechas verdaderas de las mismas para la creación de consecuencias económicas; de modo que, con independencia de la finalidad lucrativa perseguida por el recurrente y objeto de otro delito, quedó consumada la falsedad tipificada en el artículo 303 en relación con el 302:2.^o y 5.^o (S. 16 octubre 1973).

Letra de colusión o de favor (302:4.^o).—La llamada *letra de colusión, de complacencia o de favor*, no integra por sí sola el delito de falsedad, según doctrina de la Sala 2.^a del T. S. (SS. 23 abril 1926, 20 junio 1936 y 2 abril 1965), siempre que los intervinientes en la cambial, con conocimiento de su falta de causa o cobertura hayan estampado en ella sus firmas legítimas y con los requisitos exigidos por la ley; pues entonces queda a salvo el rigor formal de la letra, consagrado por el artículo 444 del Código de comercio, esto es, su valor de genuidad o autenticidad, *aun cuando exista una inveracidad material o de fondo, en suma una falsedad ideológica, que no basta por sí sola para atraer sobre dicho documento mercantil, en el que privan las esencias formales, la calificación de falso documental*. Todo ello sin perjuicio de que si terceros ajenos al pacto cambiario, son inducidos a error por aquella apariencia de crédito creada por los que pusieron en circulación la letra e ignorantes de la colusión o concierto originario proceden de buena fe a su descuento o cesión —tales como el tomador y endosatario sucesivos—, con el consiguiente perjuicio patrimonial para los mismos, pueda surgir un delito patrimonial, ya el de estafa común del artículo 529:1.^o del Código penal, ya el de estafa especial o impropia del artículo 532:2.^o del mismo Código, tal como ha declarado también esta Sala en las aludidas sentencias y en otras más recientes (SS. 9 junio y 31 octubre 1973).

Artículo 303, *Falsedad en documento oficial* (302:2.^o y 6.^o).—El T. S. condena por falsificación en documento oficial, en base a considerar que los procesados pretendían conseguir, y consiguieron, el carnet de conducir, documento que resultaba ilegítimo y que no identifica a la persona como tal, sino que le faculta, habilita o autoriza para conducir y a fines de que no pueda ser usado por otra persona lleva adherida la fotografía del titular y con fin identificatorio el número edl Documento Nacional de Identidad, que es *el que conforme a la legalidad vigente identifica a los españoles*, y, como para conseguir el carnet de conducir, *delito fin*, los que no estaban preparados para superar el examen *alteraron documentos nacionales de identidad legítimos, cambiando la fotografía del verdadero titular del documento*, sustituyéndola por la del que había de examinarse, éste es el *medio empleado* para conseguir el fin propuesto, *fin que absorbe el medio*, que constituye su soporte, castigándose, por tanto, el hecho como *falsificación en do-*

cumento oficial que es el carácter que corresponde al *carpet de conducir*, que, como antes se razona, y ya se ha declarado en varias sentencias de la Sala 2.^a (S. 22 marzo 1944) *no es documento de identidad a efectos del artículo 308 y, por consiguiente, del 309, párrafo 2.º del Código penal* (S. 18 diciembre 1973).

Artículo 304, *Uso de documentos mercantiles falsos*.—Comete este delito quien, con conocimiento de la aceptación de una letra de cambio, la entrega a cuenta o en pago de una deuda contraída, lo cual pone de manifiesto su intención lucrativa (S. 28 noviembre 1973).

§ 20. Artículo 320, párrafo 1.º, *Usurpaciones de funciones*.—La figura prevista en el artículo 320, párrafo 1.º del Código penal es un *delito de falsedad ideológica* que se integra por la conjunción de *dos elementos*: uno de *matiz subjetivo*, caracterizado por la *falsa atribución de carácter oficial*; otro, de *matiz objetivo*, constituido por *el ejercicio de actos propios de la autoridad usurpada*; elementos ambos que no se reconocen con la necesaria nitidez en la mendaz actuación de ambos encartados; por cuanto no consta que el procesado se hiciera pasar por catedrático o profesor de Segunda Enseñanza al montar los simulados exámenes a los alumnos, a quienes impartía clases particulares, ni tal invasión de la esfera pública puede dar lugar a este delito, dado que no era necesaria, habida cuenta de la excesiva candidez de los afectados. Lo que no impide apreciar un delito de estafa (S. 25 mayo 1973).

§ 21.—Artículo 344, párrafo 1.º, *Delito contra la salud pública* (Tenencia y tráfico de drogas).—El T. S. casa la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia y absuelve al procesado, que había adquirido la exigua cantidad de *un gramo de marihuana* a persona desconocida, estimando que *no puede considerarse como tenencia delictiva*, máxime cuando el sujeto era persona iniciada, «por lo que hay que suponer que era para el propio consumo y no destinada al tráfico».

Puesto que, aunque el párrafo 1.º del artículo 344 del vigente Código penal, reformado por la Ley de 16 de noviembre de 1971, *castiga la tenencia de drogas tóxicas y estupefacientes*, entre las cuales hay que comprender las sustancias obtenidas de la planta conocida por el nombre de cáñamo indio o cannabis índica, o por el más vulgarizado en Méjico, España y demás países hispano-americanos de marihuana, o marijuana, por hallarse incluidas en la lista I anexa al convenio único de la Naciones Unidas, que entró en vigor en España en 31 de marzo de 1966 y que dio lugar a la publicación de la Ley de la Jefatura del Estado de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2 *las considera como tales*, es evidente que *una interpretación teleológica del citado precepto efectuada a través de la legislación anterior y de la rúbrica de delitos contra la salud pública que lo cobija permite distinguir, como se hace por gran parte de la doctrina y en muchas legislaciones extranjeras también adberidas al citado convenio, entre tenencia o posesión impune para consumir y tenencia delictiva para traficar*; estableciendo una *presunción para esta segunda a partir de una determinada cantidad que nuestro Código no fija* y que, por tanto, *ha de quedar al arbitrio del juez, que podrá estimarla impune cuando no exceda de una cantidad prudencial y limitada, que indicaría que la droga poseída estaba destinada al consumo propio del tenedor y no a su comercialización*. Así, la Ley suiza de 18 de diciembre de 1968 dice que ha de entenderse por tenencia la po-

sesión de drogas tóxicas o estupefacientes en condiciones tales por su cantidad y circunstancias que pueda inferirse que se destinaban a un tráfico ilícito oneroso o gratuito, *puesto que interpretarlo de otro modo equivaldría a castigar indirectamente el consumo, ya que para la consumición o uso de la referida sustancia es necesaria su previa tenencia* (S. 16 octubre 1973).

«El invitar a unos amigos a pasar un fin de semana en el chalet, verdadera convocatoria a una reunión o «tenida» de drogadictos, *aunque se sugiera que allí se fumaban drogas*, no tiene la entidad suficiente para encuadrar tales hechos en la tipicidad ampliada del artículo 344 en la nueva redacción que le dio la Ley de 15 de noviembre de 1971, pues todas las actividades que se describen y concretamente la *tenencia, tienen que estar preordenadas al tráfico o difusión, tanto onerosa como gratuita, según se deduce de la interpretación auténtica que supone la la Exposición de Motivos de la Ley referida, sin que la simple tenencia de drogas para propio consumo integre este delito*. No obstante, la conducta de estos acusados, al ser drogadictos patentes, ha de ser sometida a la actividad correctora de la jurisdicción de Peligrosidad Social» (S. 31 octubre 1973).

El delito contra la salud pública tipificado en los artículos 341 y 344 del Código penal, tanto en el texto refundido de 1963, como en la reciente reforma introducida en este último artículo por la Ley de 15 de noviembre de 1971, es un *delito de mero riesgo o peligro contra la salud colectiva no contra la individual o personal, específicamente penalizada en otros preceptos del propio cuerpo legal punitivo, para cuya consumación precisa la concurrencia de un elemento material que está representado por la simple tenencia de drogas tóxicas o de estupefacientes con la finalidad de su tráfico ulterior, y un elemento negativo consistente en la carencia de autorización oficial o legítima para tal actividad, sin que para su estimación precise el resultado concreto de un daño o lesión efectiva en los bienes que jurídicamente protege*, bastando la creación de una situación *que con probable certeza conduzca a dicho resultado finalístico*, habida cuenta de que el texto del artículo 344 tan sólo señala que las drogas tóxicas sean objeto de «*tenencia, venta o tráfico ilícito*», lo que aparece clara y expresamente afirmado en el relato fáctico al consignar literalmente que los procesados «*fumaron en diversas ocasiones y reuniones, a las que acudían jóvenes menores, entre los que hacían prosélitos en esa costumbre perniciosa, la droga conocida por hachís que los mismos poseían y suministraban a dichos jóvenes*» (S. 10 octubre 1973).

§ 22. Artículo 358, *Prevaricación*.—Absuelve el T. S. al procesado por delito de prevaricación, en base a considerar que el ámbito punitivo de este delito fue reducido por la Reforma penal de 1932 y así mantenido por las de 1944 y siguientes, habida cuenta de que el Código penal de 1870 se refería a la *prevaricación extrajudicial* de que se trata, y, por lo que atañe al *elemento objetivo* de la misma, *al funcionario público que dictare o consultare providencia o resolución injusta*; y el Código penal de 1928, *al funcionario público que dictare o propusiere providencia o resolución manifiestamente injusta*; redacción muy significativamente abreviada en el texto vigente, cuando sin más alude *al funcionario público que dictare resolución injusta*, reducción típica que debe tenerse muy en cuenta a la hora de valorar la jurisprudencia de esta Sala recaída antes de la delimitación sufrida por el actual tipo penal e inspirada al decir de la doctrina en la conside-

ración de que *la consulta de una providencia, aún causando estado, no puede dar lugar a perjuicios tan irreparables como una resolución propiamente dicha, la cual implica, conforme a su sentido gramatical y propio, tomar una determinación fija y decisiva, por lo que únicamente los órganos decisorios pueden incurrir en esta especie de prevaricación en el actual «status» legislativo* (S. 30 mayo 1973).

§ 23. Artículo 367, párrafo 1.º, *Revelación de secretos (en relación con artículo 301 de la LECrim)*.—Condena el T. S. como autor de un delito previsto en el artículo 367, párrafo 1.º del Código penal al procesado recurrente, el cual reveló no el resultado de unas actuaciones policiales previas e independientes, sino el de unas diligencias sumariales que se le había ordenado practicar y de otras que, verificadas judicialmente, presenció la policía. Diligencias que conoció por razón de su cargo (comisario de policía) y que debió silenciar, sin que pudiera ignorar el carácter secreto de lo que divulgaba de forma indebida, siendo, además, notoria la trascendencia dañosa, efectiva o potencial de lo revelado, por ser punible la simple infracción del deber de sigilo, *sin necesidad de que se produzca daño* como consecuencia de la misma; ya que cuando se produce tal perjuicio, la responsabilidad penal se agrava específicamente, según lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo mencionado.

Esta responsabilidad penal no se excluye por la indeterminación de la finalidad propuesta al comunicar lo que debió permanecer en secreto, por cuanto el presumible deseo de ostentación de los servicios prestados o la oficiosidad en comunicar el resultado obtenido, no elimina el dolo y malicia presumible siempre con arreglo al artículo 1.º del Código penal.

Tampoco puede hacerse valer como justificación de estos hechos un supuesto deber informativo, ya que, si bien el artículo 6.º de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 permite «las informaciones de interés general», en el artículo 7.º se puntualiza que el derecho a obtener información oficial determinando la actividad de los expresados órganos y de la Administración de Justicia, será reservado cuando por precepto legal o por su propia naturaleza, sus actuaciones, disposiciones o acuerdos no sean públicos o cuando los documentos o actos en que se formalicen sean declarados reservados. Llegando a considerarse en el artículo 67 que son infracciones muy graves la publicación de disposiciones, acuerdos o documentos oficiales que tengan el carácter de reservados conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º.

Por otra parte, *la compatibilidad de las sanciones administrativas con las penales* viene expresamente declarada en el artículo 10 del Decreto de 31 de marzo de 1966, al declarar que «las actuaciones, disposiciones o acuerdos del Gobierno, de la Administración o de las entidades públicas, tendrán el carácter de reservadas por su propia naturaleza, cuando se refieran a la actuación de las autoridades en la investigación o persecución de hechos delictivos y a la de los Tribunales de Justicia, siempre que con la difusión pueda obstaculizarse la acción de tales órganos o la independencia judicial, o cuando suponga revelar, antes de la vista pública o de la sentencia, hechos, documentos o cuestiones que deban quedar sometidos al secreto de las actuaciones». El incumplimiento de lo establecido en este Decreto *será sancionado en vía administrativa* en conformidad con lo dispuesto en la Ley de Prensa e Imprenta, «*con independencia de las responsabilidades de otro orden en que pueda incurrirse*» (S. 14 abril 1973).

§ 24. Artículo 411, párrafo último, *Aborto cualificado por el resultado*.—El delito cualificado por el resultado, que con amplio y cuestionable objetivismo y «versari in re illicita», describe el tipo del párrafo último del artículo 411 del Código penal, en el aborto con resultado de muerte o lesiones graves, contiene enlazados un *hecho-base*, que es el aborto mismo con el feticidio, y un *hecho-consecuencia*, que es el evento letal de la mujer operada o sus lesiones de alta valoración, en que *los elementos de culpabilidad del artículo 1.º del Código penal, sufren grave quiebra*, sino derogación, *porque resulta bastante «ex lege», la comisión dolosa de aquél*, para que el agente sufra el más grave resultado, si se produce adecuada relación causal entre ambos extremos por lo que ante tal extensión legal, basada en el riesgo inicial que conlleva cualquier conducta abortiva, con agravación grave de la penalidad, debe adoptarse un *criterio de interpretación restrictiva*, como ya manifestaron las sentencias de la Sala 2.ª de 27 septiembre 1971 y 4 abril 1972. En consecuencia, sólo podrá aplicarse tal norma agravada por el resultado al *coautor cooperador o al mismo cómplice*, si su quehacer tiene relación indudable con los actos del actor directo que generaron la muerte o las lesiones graves, es decir, los propios de la ejecución material del aborto, porque *si no es así, y son anteriores o no influyentes en absoluto en aquél, la calificación adecuada sería la propia del hecho-base*, con penalidad más reducida, al no contribuir causalmente al mayor resultado, ya que *no es lícito jugar con la antigua y amplia, a la vez que indiscriminable teoría de la equivalencia de las condiciones en la valoración del ligamen causal, dentro de los excepcionales delitos cualificados por el resultado por poder llevar a consecuencias injustas*, sino que ha de exigirse, o la *previsión posible del resultado mortal o lesivo, o la adecuación típica, conocida y natural de la relación de causalidad*, a cuyo fin también han de valorarse la *condición de la persona interviniente en la realización material del aborto*, su habilidad, técnica o falta de profesionalidad, y el alcance mismo de los resultados acaecidos, en su lógica y vulgar manifestación en la práctica realidad (S. 28 febrero 1973). En contra S. 22 febrero 1973.

§ 25. Artículo 422, *Lesiones menos graves (Preterintencionalidad, artículos 1.º, párrafo 3.º y 50)*.—Casa el T. S. la sentencia pronunciada por la Audiencia, condenatoria por homicidio con la atenuante de preterintencionalidad (art. 9:4.ª), en un supuesto en que, a consecuencia de una riña y los golpes consiguientes, uno de los dos intervinientes sufrió un puñetazo en la nariz, fractura de huesos propios y desgarró en la mucosa con hemorragia no contenida a causa de la cirrosis hepática que le aquejaba, la cual, según dictamen médico, le hubiera producido la muerte en el curso de unos cuantos meses.

El T. S. condena al recurrente por un delito de lesiones menos graves, a tenor del artículo 422 del Código penal, de las que resultó homicidio, con arreglo a lo previsto en el artículo 1.º, párrafo 3.º y que deben ser sancionadas según lo preceptuado en el artículo 50, párrafo primero, del mismo cuerpo legal.

Modificando doctrina anterior, la Sala 2.ª del T. S. considera que «según viene afirmando esta Sala en su más reciente doctrina (SS. 15 noviembre 1969, 22 febrero y 6 noviembre 1972), el instituto de la *preterintencionalidad* entraña siempre un fenómeno de *progresión delictiva en el que*, no obstante ser de mayor gravedad el mal causado que el propuesto por el culpable, *ambos están en la misma línea ofensiva del bien jurídico atacado* (vida e integridad física como más

características); pues *si se da una absoluta disparidad de bienes afectados por uno y otro daño, entonces se produce una total desviación o desvinculación en que la preterintencionalidad es suplantada por un concurso de delitos* (S. 17 diciembre 1964 que afirmó la existencia de un delito doloso de atentado en concurrencia con un delito culposo de homicidio). Por lo que es preciso ya distinguir dos especies o ramas en que se bifurca la *preterintencionalidad*: una *homogénea* o de menor grado, amparada por la atenuante cuarta del artículo 9.º del Código penal en que los dos delitos, el propuesto y el ejecutado, *encarnan en un mismo tipo delictivo aunque su resultado ofrezca un «quantum» de mayor o menor gravedad* (delitos de lesiones graves descritos en el artículo 420 en escala descendente de resultados, como ejemplo típico) y una preterintención *heterogénea* o de grado mayor en que las dos infracciones, *siempre situadas en la misma línea de ataque, de acuerdo con el común requisito antes exigido, están incardinadas en distinto ti (ad exemplum* lesiones, homicidio), noción esta última que cabe amparar en el párrafo 3.º del artículo 1.º en relación con el 50 del Código penal, pese a los escrúpulos manifestados por un sector de la doctrina; pues cualquiera que fuere el origen histórico del controvertido párrafo, es lo cierto que a partir del Código penal de 1870 se le dio tal amplitud de redacción que ya no sólo sirve para cobijar casos de *error in persona* y aún de *aberratio ictus*, sino para englobar también los referidos supuestos de *preterintencionalidad heterogénea*.

Distinguidas las dos especies de preterintención, la doctrina jurisprudencial ha mostrado también *los elementos estructurales de la misma* que no son otros que, desde *el lado objetivo*, una *relación causal* entre la inicial conducta del agente y le resultado, pues dicho se está que *de no darse esta conexión objetiva mínima entre el hecho-base y el hecho-consecuencia no puede hablarse ni de preterintención, ni siquiera de delito calificado por el resultado, subsistiendo tan sólo el delito propuesto por el culpable*; y, desde *el lado subjetivo*, una *intención o dolo* que cubra aquella preliminar actuación del sujeto agente, pero, que, sin embargo, *no se extiende al resultado más grave*, de suerte que dicha consecuencia última desborda, a modo de *plus effectum*, lo realmente querido por el causante; o, lo que es lo mismo, que el *dolo del culpable sólo se extiende al delito base pero no al delito-consecuencia, que le será imputable a título de culpa o de caso fortuito*, por lo que *si se obtiene la convicción de que la intención estuvo ausente en todo el decurso del hecho, no habrá preterintencionalidad de ninguna especie*, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológico y normativo— en que encarna la culpa, y *sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que, si bien exigida en la noción legal del casus por el número 8 del artículo 8.º del Código penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible*, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del *versari in re illicita*, cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal.

Pero, en el caso debatido, debe, ante todo, examinarse si se da o no la *conexión causal* entre el acto agresivo del proceso —puñetazo propinado en la nariz de su antagonista, con fractura de los huesos propios y la muerte del lesionado, sobrevenida siete días después, como consecuencia de la anemia aguda producida por la hemorragia que se mantuvo durante ese tiempo por el trastorno de la crisis sanguínea inherente a la cirrosis hepática avanzada que padecía la víctima, serie

causal puesta de manifiesto por el dictamen de autopsia, recogido en parte por el *factum*, y en la que de inmediato destacan *dos concausas* asimismo enunciadas por aquella relación facultativa, a saber: el *traumatismo* que, *por sí sólo*, no hubiera producido la muerte en persona normal, sino tan sólo lesiones de pronóstico menos grave, curables en unos veinticinco días, y la *cirrosis hepática* que tampoco *por sí sola* habría dado lugar a la muerte, aunque sí se hubiera producido en el transcurso de unos cuantos meses. De forma que, al coligarse dichos dos factores causales, precipitaron extemporáneamente el óbito del agredido, por lo que bien puede decirse que *si la agresión desencadenó el proceso causal que condujo al fallecimiento del lesionado, su peculiar condición patológica actuó de coadyuvante* destacado dentro de la constelación de *condiciones preexistentes*, situación ya típica en la problemática causalista, resuelta tanto doctrinal como jurisprudencialmente en el sentido de que *tales condiciones previas o simultáneas no excluyen la relación de causalidad*, del mismo modo que *las condiciones sobrevenidas* —y en cierto sentido lo fue la hemorragia incoercible de la víctima aunque ligada a la enfermedad crónica y avanzada que padecía— *la eliminan cuando han sido suficiente por sí solas para determinar el resultado*, cosa que hemos visto no sucedió con la condición morbosa del interfecto que necesitó aliarse y combinarse con el acto lesivo para producir el resultado letal; por lo que la muerte del agredido ha de reputarse «*consecuencia natural*» de aquella violenta acción del recurrente.

Pero, aunque en el *plano de la causalidad material*, ha de imputarse al procesado el resultado mortal sobrevenido como consecuencia de su acción agresiva, no puede decirse lo mismo en el *plano de la culpabilidad*, ni siquiera acudiendo al correctivo de la atenuante 4.^a del artículo 9.^o del Código penal, estimada como muy calificada en la instancia en orden a imponer la pena inferior en dos grados, pues si cabe hablar de un delito-consecuencia de homicidio previsto en el artículo 407 del Código penal en el aspecto puramente objetivo del resultado, es indudable que hay datos fácticos más que suficientes para poder estimar un *delito-base de lesiones menos graves* del artículo 422 del mismo Código como único delito verdaderamente *propuesto* por el culpable, en cuanto que el dictamen facultativo de autopsia específica que la conducta del procesado, por sí sola, hubiera originado unas lesiones de aquella índole menos grave, con curación inferior a los veinticinco días, con lo que se da la situación de *contraste entre el delito propuesto y el ejecutado*, que es precisamente la que describe el párrafo tercero del artículo 1.^o del Código penal y que pena con autonomía el artículo 50 del mismo texto punitivo, imponiendo la pena correspondiente al delito de menor gravedad —en este caso el de lesiones— en su grado máximo, dando así cobijo a la especie de *preterintencionalidad heterogénea* antes aludida, puesto que se trata de *tipos delictivos* —lesiones y homicidio— *distintos y autónomos* por más que estén situados en la misma trayectoria de ofensa a las personas (S. 30 marzo 1973).

§ 26. Artículo 430, *Abusos deshonestos*.—Los abusos deshonestos como delito, se tipifican y sancionan en el Código penal vigente, en dos preceptos encuadrados en dos lugares del Libro 2.^o del Título IX, que comprende los delitos contra la honestidad, y así lo hace en el artículo 430 del Capítulo I, equiparados a la violación, y en el párrafo final del artículo 436 del Capítulo III, equiparados al estupro, radicando su *diferenciación* en que en aquéllos es indispensable la

conurrencia de uno de los tres supuestos del artículo 429, o sea, cuando *la efectividad o el valor del consentimiento del ofendido están anulados*, mientras en los segundos el medio elegido para captar la voluntad de la víctima, está representado por *el engaño o el prevalimiento, siendo los calificados en el caso contemplado correspondientes al tipo de violación, es decir del artículo 430, cuya perpetración requiere*, de una parte, el *elemento psicológico o subjetivo* de la intención libidinosa del agente, y de otra, *la realidad objetiva del acto deshonesto y la formal de la coacción o estado de inconsciencia real o presunta* (S. 5 julio 1973).

Diferencia entre el delito y la falta de abusos deshonestos.—La diferencia entre el delito previsto en el artículo 430 del Código penal y la falta correlativa del número 3.º del artículo 567 del mismo Cuerpo legal, se establece, en principio, con arreglo a un *criterio cuantitativo de gravedad*, explícitamente impuesto por la base novena de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 que, en referencia a dicha falta, ordenó su modificación «de modo que la ofensa a la moral y buenas costumbres que prevé sea leve», como así lo hizo al incorporar a la redacción de tal precepto el calificativo de *levedad* que la Reforma de 1944 había suprimido, siquiera permaneciera implícito y subyacente, tal como venía destacando la jurisprudencia, la cual, en sus últimas resoluciones viene ensayando el distinguo, ya no sólo con arreglo a dicho criterio cuantitativo —que sigue siendo el central y básico (SS. 21 diciembre 1964, 28 mayo 1965, 14 octubre 1967, 25 febrero 1969, 8 mayo y 17 diciembre 1971)— sino también conforme a *otros módulos cualitativos deducidos del bien jurídico protegido en cada una de dichas infracciones*. De modo que, así como en el delito se ataca primordialmente la libertad sexual individual, en la *falta*, la mayor nimiedad de los embates a la pudicia ajena, viene compensada por su mayor trascendencia a *las buenas costumbres o a la decencia pública*, citadas expresamente en el precepto, en línea equivalente a *la moral*. Dando así a entender el legislador, que *castiga la liviana infracción en tanto en cuanto afecta a la moralidad sexual colectiva, a los hábitos morales públicos* —lo que explica el encuadramiento de la falta entre las que atacan el orden público— *con todo el relativismo que comportan tales criterios axiológicos en orden a su vigencia cultural en la sociedad y con arreglo a lugares y tiempos, es decir, «hic et nunc»* (SS. 8 marzo, 8 mayo, 8 octubre, 17 diciembre 1971, 15 febrero 1972 y 19 enero 1973).

Por consiguiente, no se trata, en el caso debatido, de la falta contra el orden público en que pretende encuadrar su conducta el recurrente, *puesto que no se trata ya de concluir la mayor o menor trascendencia sexual del beso que, aisladamente entendido, puede ofrecer una valoración de mera contravención contra el pudor o buenas costumbres, según ha firmado en ocasiones la doctrina de la Sala 2.ª (ad exemplum entre las modernas, S. de 1 de julio de 1966)*, sino de poner en relación dicha manifestación más o menos erótica con todo el resto de actividad desplegada por el agente, de modo que los actos que la precedan y subsigan ofrezcan el sello indeleble del *ataque sexual*, con todo el impacto ético-psicológico que el mismo ha de producir en la desprevenida víctima, tal como ya se dice en la sentencia de esta Sala acabada de citar y en otras concordantes con la misma en la que se plantea el problema aquí tratado (SS. 9 noviembre 1965, 18 marzo 1966, 28 mayo 1966, 22 enero 1968 y 2 diciembre 1970), resuelto en el sentido de dar categoría delictual al beso violentamente impuesto, máxime si le acompañan otro

cortejo de concomitantes circunstancias impúdicas, tal como sucedió en el caso *sub iudice* con la consiguiente desestimación del primer motivo del recurso que ello impone (S. 5 diciembre 1973).

§ 27. Artículo 452 bis, *Delito relativo a la prostitución*.—El artículo 452 bis del Código penal establece distintos tipos de diversa gravedad del delito de prostitución.

1.º) En el apartado *a*) se castiga con las más severas sanciones de las establecidas en este artículo: *La cooperación, protección o recluta de la prostitución; el determinar a mayores de 23 años a satisfacer deseos deshonestos de un tercero o retener a una persona en prostitución o tráfico inmoral.*

2.º) En el *b*), descendiendo la cuantía de la pena, se sanciona: *el promover, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción de menores de 23 años o inducirlos a satisfacer deseos deshonestos de un tercero; realizar la inducción por pactos o promesas aparentemente lícitos o sostener la continuación o corrupción de estos menores en casas o lugares de vicio.*

3.º) El *c*) tipifica a los que *vivieran a expensas de la persona o personas cuya prostitución explota (rufianismo).*

4.º) El *d*) considera punibles a los *dueños, gerentes, administradores, encargados de local en el que se ejerza la prostitución o cualquiera forma de corrupción, se financie, o sirva a los mencionados fines en los locales; y a los que dicen o tomaran en arriendo un local para explotar la prostitución o corrupción.*

5.º) El *e*) configura la prostitución o «*corrupción omisiva*».

Esta tipología, que, en cierto modo, provoca confusiónismo y da lugar a supuestos fácticos de difícil diferenciación, aparte algún anómalo contrasentido en la extensión de la pena, suele encuadrarse doctrinalmente: Los apartados *a*) y *b*) en la *prostitución punible verdaderamente dicha*, subdivisible en: *prostitución de mayores de 23 años* el primero y de *menores de 23 años* el segundo, en facetas de *prostitución o corrupción*; los del *c*) en la configuración del «*rufianismo*»; los del *d*) en facetas de «*mero favorecimiento*» y los del *e*) en supuestos de «*prostitución por omisión*». (S. 10 octubre 1973).

§ 28. Artículo 452 bis, *b*, 2.º, *Delito relativo a la prostitución*.—Los elementos constitutivos de este delito son los siguientes: *a) facilitar medios o ejercer inducción; b) sobre menores de veintitrés años; c) para satisfacer deseos deshonestos de tercero; d) con independencia de la voluntad de la mujer*, puesto que su consentimiento sólo podría tener valor liberatorio de la responsabilidad del que ejercitare los actos previstos en el precepto a partir de los veintitrés años cumplidos.

Se pena, por tanto, el *proxenetismo de menores de la edad indicada*. Los dos factores constitutivos del primer requisito revisten gran amplitud, pues *por facilitar medios* ha de entenderse *cualesquiera que éstos sean*, tales como proporcionar casa-habitación, apartamento, u otros idóneos con la finalidad que el precepto expresa. En la *inducción*, la expresión del Código es de gran extensión: «*cualquier género*», comprendiendo por tanto el *consejo, mandato, inspiración, persuasión*, en suma, la *influencia intencional sobre el ánimo de la menor*, para satisfacer los deseos deshonestos de persona ajena a ambos, esto es, del proxeneta y de la menor. El sujeto pasivo queda descrito con la suficiente claridad en el

precepto. Y añade el artículo un *elemento subjetivo* muy delimitado: *los medios o la inducción han de ir encaminados a satisfacer deseos deshonestos de terceros con independencia de que tales deseos se hayan conseguido o no, de que la menor se prostituya o no, o de que el yacimiento se logre o se quede en actos meramente lúbricos, pues la figura delictiva, tiene un marcado cariz subjetivo o intencional, bastando que conociendo el proxeneta los deseos deshonestos de otro, tienda a satisfacerlos, realizando por su parte bien actos materiales o espirituales de inductiva, recayendo todo en personas menores de veintitrés años (S. 17 diciembre 1973).*

§ 29. Artículo 452 bis, d): 1.º, *Delito relativo a la prostitución.*—Por el *Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956* se prohibió en todo el territorio nacional las manebías y casas de tolerancia, cualesquiera que fuera su denominación y los fines aparentemente lícitos a que pudieran dedicarse para encubrir su verdadero objeto.

Este régimen abolicionista de la prostitución de la mujer, con la supresión de las casas de lenocinio, condujo a la criminalización de las *terceras localistas*, en la Reforma penal de 1963, creando el artículo 452 bis *d)* del Código penal, que protege a la mujer y a la comunidad *contra el ejercicio de la prostitución o corrupción clandestina, en locales enmascarados, so capa de actividades lícitas*, de manera que realmente se coopere o facilite la *explotación* por logreros intermediarios, favoreciendo tan indigno tráfico, fuente de repudiables beneficios, utilizándolos como lugares de acuartelamiento permanente o de uso accidental, pero siempre ocultos e ilícitos.

En consecuencia, el número 1.º del artículo 452 bis *d)* del Código penal recoge, en sus dos párrafos, *tres distintas modalidades delictivas de terciaria-localista*: 1.º) *La aportación de locales por el dueño, o la actuación en ellos de persona con gerente, administrador o encargado, estén o no abiertos al público, en que se ejerza la prostitución u otra forma de corrupción*; 2.º) *La participación en el financiamiento, o aportación de medios económicos, a sabiendas de que se destinan a crear locales, o para que puedan realizarse los tráficos carnales venales*; 3.º) *La prestación de otros servicios en tales locales*, trabajando para las finalidades dichas, *conociéndolas*; estableciéndose, consecuentemente, en orden a la penalidad *una diferencia cuantitativa apreciable*, pues mientras las penas de prisión menor multa e inhabilitación, en los dos primeros supuestos típicos, pueden ser impuestos por los Tribunales de lo criminal en toda la extensión que juzguen conveniente de sus tres grados, en el último, sólo podrán decretarse dentro de su *grado mínimo*, en atención a la menor entidad de las prácticas inmorales, efectuadas por el mero servidor, *que, de no ser tipificadas directamente como autoría, hubieran podido, en muchos casos, constituir mera complicidad, con superior rebaja en la punición.*

Para diferenciar los cometidos acogidos en los párrafos 1.º y 2.º del número 1.º del artículo 452 bis *d)* del Código penal, ha de estarse a los *conceptos jurídicos* coincidentes con los vulgares en que son empleados, por lo que debe estimarse: como *dueño*, al que tiene el dominio y señorío de la cosa o negocio; como *gerente*, al que dirige la empresa localista, perteneciendo éste a otra persona; como *administrador*, al que sirve y gobierna el quehacer representando a distinto sujeto a quien pertenece; como *encargado*, al que tiene a su cargo la casa o negocio, pero representando también a su dueño o interesado; y como *servidor*, el que actúa

como mero criado en trabajos serviles de condición manual, generalmente en el local destinado a la prostitución (S. 17 diciembre 1973).

§ 30. Artículo 489 bis, *Omisión de socorro*.—«Los requisitos objetivos del tipo básico contenidos en el párrafo primero del artículo 489 bis del Código penal, el ser trasladados al subtipo agravado, recogido en el párrafo último del mismo precepto, sufren una peculiar transmutación, ya que el *sujeto pasivo* ya no es simplemente la *persona ballada* por el omitente, sino la *víctima* ocasionada por el mismo, con las transformaciones que ello comporta en el plano de la antijuridicidad, de tal manera que *el deber de asistencia se convierte en carga personal e intransferible del sujeto que causó el accidente*, el cuál no puede escudarse en la problemática asistencia de otras personas ni dilatar la propia más allá del tiempo hábil para prestarla (S. 6 octubre 1970)» (S. 15 octubre 1973).

El último párrafo del artículo 489 bis del Código penal, si bien formalmente está estructurado como una agravación del tipo básico contenido en el párrafo primero del mismo, su descripción asume más bien *la cualidad de un subtipo con características propias que le dotan de cierta autonomía*, si, comenzando por el substrato de *acción* en la que el *sujeto pasivo* ya no es simplemente una *persona ballada* por el culpable afectado por un genérico deber de solidaridad, cual acontece en el tipo primario, sino que se trata de *víctima* de accidente ocasionado por el que omitió el *auxilio debido*, deber de auxilio que en el caso de conductor de un vehículo mecánico adquiere acentos de una especial *antijuridicidad* a él personalmente dirigida y configurada ya en el ámbito normativo-administrativo por el artículo 49 del Código de la Circulación, que impone a tales conductores obligaciones de inmediato socorro a las personas lesionadas en el accidente que ocasionaron, todo lo cual explica el *especial reproche de la conducta omisiva en el ámbito penal a virtud de aquel deber jurídico de actuación* —y ya no simplemente *moral y filantrópico*— que pesa sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de penalidad (S. 6 octubre 1970) y que se convierte en *carga personal* e ineludible de todo conductor de un vehículo automóvil que cause una víctima con el mismo. La problemática de la *esperada asistencia* que puedan prestar otras personas presentes *no exime al especialmente obligado por el deber de socorro* (SS. 11 y 26 diciembre 1969, 16 octubre 1970), por lo que el concepto de «*persona desamparada*» que se exige en el tipo básico, ha de entenderse, transplantada al subtipo, en el sentido relativo acabado de expresar. Todo lo cual lleva a la conclusión de que, aun cuando en la narración fáctica de la sentencia recurrida se admita «la existencia de personas en las proximidades del lugar del accidente» y aún se tome en cuenta tal extremo fáctico para moderar la pena imponible al recurrente, *tal circunstancia no puede servir en modo alguno de pretexto a la flagrante actuación omisiva del inculpado* quien, a pesar de advertir lo ocurrido e incluso ver que el otro turismo se había incendiado —de suerte que fueron las quemaduras las que produjeron la muerte del matrimonio ocupante— sólo paró un momento y decidió marcharse sin ofrecerse a prestar auxilio alguno, ni siquiera facilitar su identidad, *con menosprecio del destino de las posibles víctimas* y a fin de *evitarse complicaciones* por no tener el permiso de conducir adecuado (conducía un taxi y sólo poseía permiso de la clase B). Extremos estos últimos que sirven también elocuentemente para afirmar el *dolo* que animaba al procesado, puesto que estamos ante un caso típico en que el *móvil*, bajo y egoísta,

lejos de desnaturalizar el dolo—para lo cual tendría que ser, en todo caso, de signo opuesto— lo viene a confirmar y agravar, pues si el deber de solidaridad se impone intuitivamente a toda persona bien nacida en un trance ajeno a su actuación, ya se ha dicho que tal deber cobra especiales acentos de perentoriedad cuando es el propio agente quien causa la víctima, por lo que si tan específica obligación se incorpora a un tipo penal, no puede decirse seriamente que falta en el agente la conciencia de la antijuridicidad en su conducta abandonista. (S. 5 octubre 1973).

§ 31. Artículo 516 bis, *Hurto de uso de vehículos de motor*.—El concepto de *vehículo de motor* no es un concepto vulgar, sino jurídico y que ha de estimarse como un *elemento normativo del tipo*, con la significación concreta que el legislador le ha otorgado en otras áreas del derecho. Quedan, pues, fuera del ámbito de esta figura delictiva las sustracciones de *ciclomotores*, que podrán castigarse como faltas de hurto encuadradas en el número 1.º del artículo 587 y, en su caso, en el artículo 515:1.º del Código penal, (S. 9 marzo 1973). En sentido similar, Sentencias 22 junio 1968 y 23 noviembre 1968.

§ 32. Artículo 519, *Alzamiento de bienes*.—El delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 519 del Código penal precisa, para que exista, los siguientes elementos:

1.º Un *elemento normativo*, constituido por una titularidad obligacional crediticia, que, a su vez, se concreta en la existencia de uno o varios vínculos personales obligatorios entre el sujeto activo, deudor, y el pasivo, acreedor o acreedores; titularidad que ha de estar manifestada en un título jurídico de crédito exigible, legítimo, preexistente y actual.

2.º Un *elemento subjetivo de lo injusto*, concretado en el ánimo del deudor de tender finalísticamente con su conducta a defraudar a su acreedor o acreedores actuales, con deliberado propósito de perjudicarles con su quehacer delictivo, propósito que no puede presumirse, sino que debe probarse.

3.º Un *tercer elemento de carácter objetivo* integrado por el empleo de medios directa o indirectamente encaminados a sustraer el activo o a aumentar aparentemente el pasivo patrimonial, mediante la ocultación o enajenación simulada o fraudulenta de sus bienes del deudor, mediante la creación de obligaciones ficticias en pro de supuestos acreedores y, en general, operando con tal fin de cualquier manera posible en el ámbito del derecho.

4.º La *causación, por el mal quehacer del deudor, del estado o situación de insolvencia*, total o parcial, elemento denominado «*estado de insolvencia*».

5.º Y, por último, un *elemento negativo* constituido por el hecho de que, a causa de este comportamiento maquinado, el acreedor simple o plural no pueda conseguir, en todo o en parte, la satisfacción de sus créditos, por eliminar o dificultar de manera ostensible la agresión material judicial de la pretensión procesal, para la realización del valor de los bienes patrimoniales del deudor y sujeto activo del delito (SS. 22 enero, 6 febrero, 2 junio, 4 junio, 31 octubre y 21 diciembre 1973).

Para que concurra delito de alzamiento de bienes, según doctrina reiterada del T. S. (S. 10 noviembre 1972), es preciso que se den los requisitos siguientes:

1.º La existencia de crédito o créditos a favor de tercero, válidos, legítimos, lícitos, exigibles y preexistentes.

2.º Que el deudor, con el decidido propósito de burlar los derechos de sus acreedores, se esconda o fugue, oculte o malbarate sus bienes, simule créditos, enajene fingida y fraudulentamente los referidos bienes o, en general, realice actos de desposesión de los mismos que, con infracción de los artículos 1.111 y 1.911 del Código civil, disminuyan o disipen su patrimonio.

3.º Como consecuencia de tales actos debe resultar total o parcialmente insolvente, perjudicando a sus acreedores, que se ven así imposibilitados para percibir total o parcialmente sus créditos, (S. 17 diciembre 1973).

El delito de alzamiento de bienes posee una naturaleza de *delito de peligro o de mera actividad* y, por tanto, *no requiere quebranto o perjuicio económico efectivo*, ya que, para su existencia, basta la conducta del deudor que, dolosamente, provoca un estado real de insolvencia con el deliberado deseo de burlar a los acreedores, privando de eficacia a las acciones judiciales de éstos para hacer efectivos sus créditos (S. 2 junio 1973).

El delito contemplado es una *infracción penal de tendencia*, por cuanto requiere que el ánimo impulsor de la actuación del culpable se dirija a defraudar los derechos de sus acreedores (S. 31 octubre 1973).

La especial configuración de esta figura delictiva requiere que la titularidad crediticia sea anterior, legítima y cierta, al comportamiento del deudor obligado, consistente en alzarse directa o indirectamente con sus bienes. *El crédito obligacional ha de tener realidad cronológica como un «prius» y el alzamiento ha de operar como un «posterius»*. El delito no puede darse si los actos de enajenación u ocultación o fingimiento, que son el efecto, son anteriores al crédito o titularidad obligacional, por cuanto *no puede alzarse quien no es deudor contra quien todavía no es acreedor, sin perjuicio de que este comportamiento pueda ser constitutivo del delito de estafa*, si media engaño, insolvencia y perjuicio (S. 2 junio 1973).

La *desposesión de sus bienes propios por parte del deudor es requisito indispensable del alzamiento realizado por autor directo del artículo 14.1.º del Código penal*. Por consiguiente, absuelve el T. S. al procesado por el referido delito, en base a considerar que el recurrente *no enajenó fraudulentamente bienes propios*, ya que, si bien, al dar su licencia marital contribuyó de modo relevante o indispensable a que su consorte enajenare simuladamente bienes inmuebles de la exclusiva propiedad de ésta, que aquél había exhibido como señuelo al banco para que éste le renovara la póliza de crédito, tampoco cooperó a la realización del delito de alzamiento, pues para ello sería preciso que su cónyuge hubiera avalado efectivamente la póliza, convirtiéndose así en deudora de banco. Firma que, en este caso, era apócrifa, al ser imitada por el marido, con lo cual no trajo la mujer obligación alguna. Por consiguiente, no cabe imputar tal delito al procesado, *ya que no se le incrimina en este caso por la enajenación de sus bienes propios, sino por su cooperación a la de los bienes parafernales de su cónyuge*. Ello no no impide, gracias al instituto de la participación y no tratándose de delitos de propia mano, que una persona distinta del titular de los bienes ocultados o fraudulentamente enajenados contribuya a la realización del delito, bien como inductor o cooperador (14:2.º y 3.º), bien como cómplice del artículo 16 o, finalmente, como encubridor del artículo 17 del Código penal (S. 17 diciembre 1973).

El delito de alzamiento de bienes *no comprende toda clase de insolvencia real*, aunque el perjuicio se acredite, sino solamente la *dimanante de maniobras torticeras encaminadas a provocar tal situación en perjuicio de los acreedores* (SS 20 diciembre 1956, 27 octubre 1959, 5 octubre 1962, 31 octubre 1973)

La calidad de *comerciante* en el sujeto activo, causa de agravación de la pena en este delito, no viene definida por el artículo 519 del Código penal, sino que remite la apreciación de dicha cualidad al Código de comercio y a la estimación que los juzgadores deduzcan de los elementos de juicio y prueba aportados a las actuaciones. Según el Código de comercio, son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (S. 4 mayo 1973).

El *dolo específico* de este delito está constituido por *el propósito del sujeto activo de no pagar* (S. 4 junio 1973).

§ 33. Artículo 535, *Apropiación indebida*.—El delito de apropiación indebida otorga *protección pública al derecho de propiedad* contra el injusto enriquecimiento que, a costa ajena, se logra por la persona a quien aquel hubiera transferido dinero o cosa mueble en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo (S. 23 junio 1973).

El delito de apropiación indebida entraña un «*substratus*» *jurídico-civil* en virtud de los títulos fiduciarios expresados por vía enumerativa en el artículo 535 del Código penal y que confieren al «*accipiens*» la posesión de las cosas, pero no la propiedad que el «*tradens*» sigue ostentando sobre tales cosas confiadas («*res commendata*») (S. 28 marzo 1973). Dicha enumeración no es taxativa (S. 22 octubre 1973).

Según doctrina de la Sala 2.^a del T. S., el delito de apropiación indebida no se aplica cuando las relaciones sociales son complejas o existe entre los interesados «*un estado de iliquidación de cuentas*», que impide conocer quién es la parte perjudicada y el *quantum* del perjuicio, *siempre* que no sea la conducta obstativa de una de tales partes la causante de esa situación de pendencia patrimonial, según reiterada doctrina sentada en SS. de 25 noviembre 1951, 12 febrero 1971 y 28 septiembre 1973.

El verbo «*distraer*» no es sinónimo del de «*apropiar*» —ambos integrantes del núcleo del tipo—, ya que acoge el mero apartamiento del dinero del fin determinado, aunque se confunden, si a ello se agrega el apoderamiento por el administrador... (S. 23 junio 1973).

El delito de apropiación indebida, si bien exige que el agente se arrogue poderes de dueño definitivo, de la cosa antes poseída, deja indudablemente *fuera* de su contenido las denominadas *apropiaciones de mero uso*, por simple utilización ilícita no dominical de los objetos confiados, si el poseedor los utiliza para sí, sin deseo de retención definitiva, al margen de las facultades u obligaciones pactadas (Sentencias 13 noviembre 1970 28 septiembre 1971, 14 enero y 13 marzo 1973).

Siendo el título posesorio constitutivo del elemento objetivo de tal delito el denominado *comisión*, su contenido acoge tanto el *contrato mercantil* de dicho nombre como *cuantas situaciones encajen en la «comisio» romana* y sean posibles dentro de las relaciones sociales jurídicas: meros encargos, entregas de dinero con finalidad determinada, de gestión crediticia, en intermediación legal, etc... (S. 23 junio 1973).

La *comisión mercantil* es uno de los más típicos títulos contractuales aludidos en el artículo 535 del Código penal, aceptando el punto de vista jurídico-privado en el sentido de que tanto si la comisión es de venta como si es de compra, la propiedad de las cosas recibidas pertenece en todo caso al comitente, lo que engendra en el comisionista un correlativo deber de depósito y conservación (artículo 266 del Código de comercio) con el complemento del constituto posesorio (artículo 909:4.º del Código de comercio) si las hubiere recibido de terceros en virtud de la comisión. Lo cual tiene la consecuencia jurídico-penal de que si el mandatario mercantil infringe tales deberes específicos de conservación o de entrega al principal (artículo 263 del Código de comercio) habrá quebrantado la facultad dominical de disposición que sigue perteneciendo a su mandante y, en consecuencia, habrá incurrido en el delito de apropiación indebida (SS. 9 junio 1971, 23 marzo 1973).

Uno de los títulos fiduciarios frecuentes que nutren la transferencia posesoria primaria es el de *administración*, señalado por el artículo 535, entre otros, en una *enumeración exhaustiva*, no concretándose dicho título a la institución contractual del derecho privado, ya que *abarca situaciones jurídicas de cualquier condición, incluso las públicas, debiendo acogerse tanto el cuidado de intereses y bienes ajenos como toda gestión, gerencia, dirección, gobierno, regencia para otro, gobernando, rigiendo, cuidando, sirviendo o tutelando derechos ajenos por su encargo o delegación*. Por consiguiente, entra dentro de tan amplio concepto el desempeño de la organización comercial de una empresa ajena y la tutela de sus intereses, rindiendo cuentas de la gestión (S. 24 abril 1973).

Aunque el *depósito irregular* y el *préstamo mutuo* no engendran el delito de apropiación indebida, *no pueden calificarse como tales negocios la entrega de dinero que hacen a los bancos los depositarios o cuentacorrentistas*, porque, más que efectuarse a título de transferencia de uso y propiedad limitada, «quedando aquellos obligados como deudor de género» a devolver no la misma cantidad, sino otro tanto de la misma especie y calidad, *se realiza a título de amplia, pero exclusiva comisión*, de acuerdo con la expresiva dicción del artículo 309 del Código de comercio, que niega la existencia del depósito irregular porque las cantidades se entregan con la condición y finalidad implícitas de que se usen por la entidad en otras operaciones serias de crédito, con diversas personas, que permitan mantener su existencia y su valor... (S. 23 junio 1973).

La Ley de 27 de julio de 1968, reguladora de *la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, limita su ámbito normativo a las viviendas a construir que no sean de protección oficial y que pretendan ser destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente, o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancialmente. Dicha Ley exige a las personas físicas o jurídicas promotoras de su construcción cuando pretendan obtener entregas de dinero de los cesionarios, antes de iniciar la construcción o durante la misma, el cumplimiento de las condiciones siguientes: 1.ª Garantizar la devolución de las cantidades entregadas, más el seis por ciento anual, mediante contrato de seguro con entidad oficial, o por aval solidario de Banco o Cajas de ahorro reconocidas; 2.ª Garantizar las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una cuenta especial exclusiva a tal fin.

El artículo 6.º de dicha Ley estima como *delito* —o falta, en su caso— de

apropiación indebida del artículo 535 del Código penal *la no devolución* por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la referida Ley, imponiendo en su grado máximo las penas fijadas en el artículo 528. Por consiguiente, ha de estimarse que la dación del dinero es en mera posesión y con destino impuesto y a la vez condicionada al buen uso y adecuada finalidad, sin admitirse siquiera la inejecución de la vivienda de manera parcial, pues califica como injusto enriquecimiento, abuso de confianza y ausencia de lealtad debida la transmutación de la entrega del dinero en posesión por título fiduciario de comisión en propiedad ilegítima. A este respecto, la expresión *vivienda* ha de estimarse como la morada o la habitación de la personas o familias (S. 11 octubre 1973).

Consumación.

Aprécia el T. S. delito —y no falta del artículo 587:3.º— de apropiación indebida en un supuesto en que el procesado recibió un décimo de lotería con el encargo de entregarlo a tercera persona y decidió apropiarse del mismo, antes del sorteo, cambiándolo por otro con un amigo suyo, resultando agraciado el décimo con un premio de 150.000 pesetas .

La Sala 2.ª resuelve, en primer término, el problema relativo al momento de la consumación del delito, afirmando que *el delito se consumó en el momento en que el procesado decide adueñarse del billete y efectivamente lo lleva a cabo*, porque es cuando su posesión legítima, con condición de entrega, se convierte en disposición antijurídica, incorporándolo a su patrimonio y disponiendo del billete de lotería como si fuera propio. En tal instante el abuso de confianza y el lucro ilícito quedan perfilados de manera manifiesta, y con ellos la infracción penal.

En segundo, respecto al problema de cuál es el objeto y el valor de la apropiación, declara el T. S. que *el importe de un billete de lotería antes del sorteo*, pero con algo más: *una esperanza de que sea agraciado con el premio*. En tal instante la acción del agente, como comportamiento dirigido a fin concreto, no produce el resultado previsto y querido. Es una actividad que queda interrumpida hasta el sorteo, porque entre el acto y el resultado hay un aplazamiento. El ciclo causal de la acción demora, debiendo complementarse la acción, con otros factores de carácter objetivo, que añadidos a aquellos producen el resultado. esto es, el sorteo. Desde el punto de vista de la culpabilidad del agente, no solamente prevé el sorteo y el premio, sino que lo quiere y lo acepta. Por tanto, el resultado (el premio) sustraído a su legítimo propietario, queda cubierto y aceptado por el dolo del autor, surgiendo así un dolo eventual muy cualificado en el mismo, porque en el genuino y auténtico eventual, se prevé, no se quiere, pero en último término se acepta, en este especial, más que eventual o cualificado, se prevé, se quiere y se acepta. Por tanto, la apropiación versa sobre el valor del décimo y la expectativa de premio, aceptada y querida y al completarse la acción, con el resultado aleatorio del sorteo, en el que el décimo resultó premiado, hay que concluir en que *la intención del agente fue la de apropiarse del importe de uno y otro y, por tanto, la cuantía se medirá por la del premio con el que fue agraciado*. A este respecto, no importa que el lucro se desplazara a tercero, porque existiendo tal ánimo, es indiferente que recayera en el autor

del delito o favoreciera el lucro injusto a otro, por cuanto existió y fue paralelo al perjuicio patrimonial determinado del destinatario del billete o susceptible de determinarse, como ocurrió, tras el sorteo (S. 26 diciembre 1973).

Diferencia entre hurto con abuso de confianza y apropiación indebida.—El delito de *hurto* supone:

- La toma por el agente de una cosa mueble ajena («res furtiva»).
- Sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas (elementos objetivos).
- Sin la voluntad de su dueño (elemento normativo).
- Con ánimo de lucro (elemento subjetivo de lo injusto).
- Y el *plus* del quebrantamiento del deber de lealtad hacia el perjudicado, dadas las superiores facultades comisivas.

El delito de *apropiación indebida* requiere:

- Una transferencia previa de la cosa, efecto o dinero («res commendata») por el «dominus» en posesión legítima al sujeto pasivo.
- Con determinadas facultades de disposición autónoma, en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla.
- Deber que se quebranta cuando se traslada o cambia la posesión jurídica legítima en posesión antijurídica del delincuente (S. 9 febrero 1973).

A tenor de la S. 14 abril 1973:

En el delito de *apropiación indebida*:

- Los efectos, dinero o muebles son poseídos legítimamente por título suficiente por quien posteriormente, con abuso de confianza, se apropia antijurídicamente de ellos. Hay una relación jurídica preexistente.
- La apropiación indebida supone, pues, una posesión legítima que se transforma abusivamente en antijurídica.
- El autor de la apropiación hay un momento en que es poseedor legítimo.
- En la apropiación indebida, el abuso de confianza es el origen del delito.

En el delito de *hurto*:

- Las cosas muebles, por el contrario, no se poseen, sino que se toman con ánimo de lucro y sin voluntad del dueño. Respecto a la posesión, el autor del hurto nunca ha poseído debidamente lo ajeno, ni lo ha recibido legítimamente, ni lo posee en nombre de otro.
- Cuando lo aprehende es cuando nace la posesión, viciada por el delito. Hay pues una falta absoluta de posesión, y, al tomar y poseer la cosa, nace el delito.
- El autor del hurto nunca tiene legitimada la posesión.
- El abuso de confianza es causa de agravación. (SS. 11 mayo 1967, 16 junio 1969 y 15 junio 1970, en sentido idéntico).

Responsabilidad criminal de las personas jurídicas.—En nuestro Derecho, las responsabilidades penales se individualizan y no pueden ser, en términos generales, sujetos activos de los antijurídicos penales típicos las personas jurídicas o sociales.

Pero esta imposibilidad no significa que puedan eludirse las responsabilidades criminales contraídas por el solo hecho de tratarse de una sociedad. Frente a la tesis de «práctico impunismo» mantenida por la Audiencia, el T. S. declara que *sólo muy excepcionalmente se admite con especialísimas peculiaridades y limitación de efectos la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujetos activos del delito y responsables criminalmente*. En líneas generales sólo se admite en nuestro Derecho las responsabilidades individuales y personalizadas en sujetos naturales, punto de vista que, bien se acepte la *teoría de la «ficción»* de las personas jurídicas o de la «*realidad*» de su existencia distinta y autónoma de la de sus socios, lo que no se discute es que *estos entes incorporales, precisamente por serlo, actúan por medio de sus órganos de gestión*, que son los únicos susceptibles de ser criminalmente responsabilizados por actividades criminosas verificadas con motivo y ocasión del desenvolvimiento social, según doctrina sentada ya por la S. de 16 de abril de 1914, la cual declaró *«que la responsabilidad criminal es personalísima e individual, sólo imputable a las personas naturales; no pudiendo ser sujeto activo de delito las entidades o personas jurídicas o colectivas, sino los individuos que en su nombre y representación realizaron los actos delictivos»*. Criterio que debe mantenerse en el sentido de que *de los delitos cometidos utilizando las actividades sociales deben responder los gestores, representantes o encargados de su tráfico y dirección*.

Por consiguiente, las penas fijadas por la Ley de 27 de julio de 1968 para los casos tipificados como delito o falta de apropiación indebida han de entenderse referidas a los gestores, representantes o apoderados que actuaran en nombre de las sociedades, sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria preceptuada en el artículo 21 del Código penal..., pues, de otra forma, vendría a consagrarse por los tribunales que por el fácil expediente y artificio de crear real o parentemente un ente social, se podría defraudar impunemente a los que pretendieran adquirir una vivienda, soslayando la responsabilidad penal de los gestores, bastando aducir para conseguirlo que la promoción era una actividad social no individualizada y que no cabría, por consiguiente, ni incriminar a la sociedad, porque dicho queda que *no es legalmente posible, ni a sus gestores por no ser promotores, aunque como órganos de ejercicio promovieran...* Este singular criterio, aceptado por el Tribunal *a quo* haría impracticable o inefectiva la Ley especial antes citada y su *ratio legis* —artículo 6.º, ratificado por el Decreto complementario de 12 de diciembre de 1968, artículos 2.º y 5.º—, según los cuales, las sanciones deben imponerse a la persona, gestor o representante de la empresa y a las demás personas integradas en su junta rectora (S. 31 enero 1973).

§ 34. Artículo 528:1.º, *Estafa propia mediante un título obligatorio* (Venta de miel adulterada).—El viejo problema de la *distinción entre fraude penal e ilícito civil*, como este Alto Tribunal declaró en S. 3 febrero 1964, es ya *«desacreditada distinción»*, pues la doctrina afirma tajantemente que *la frontera, lindero o línea divisoria entre ambas figuras se halla en la tipicidad* (S. 16 octubre 1973), de tal forma que *cualquier engaño rebasa el mero ámbito civil y encuentra adecuado cobijo en el campo penal cuando puede situarse o encuadrar en algunas de las figuras delictivas enumeradas en el Código penal*. Lo que, en definitiva, sucede en el caso presente: pues el artículo 528 contempla una

hipótesis de delito de estafa propia, típica y real o «in rebus», caracterizada por la defraudación perpetrada al entregar cosas de calidad, cantidad o sustancia diferentes de las pactadas, siendo en tal figura perfectamente presumible el caso debatido en el que, pactada la compra de miel pura, y creyendo el comprador que la iba a recibir conforme a lo convenido (S. 10 junio 1963), se le entregó una sustancia que no podía merecer el calificativo de miel por haber sido adulterada y mixtificada con la adición de dextrina y glucosa, defraudándose con ello a los dos compradores, causándose el perjuicio que la sentencia de instancia detalla y logrando el lucro considerable, también especificado.

Deniega, en suma, el T. S. que ese comportamiento pueda encuadrarse en el artículo 573:4.º del Código penal, precepto de naturaleza bien distinta a la de los delitos de estafa o defraudación, como lo demuestra su incardinación dentro de *las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones*, en el título II del libro III del Código, constituyendo una *infracción meramente potencial y estática*. Y que adquiere mayor rango cuando esas sustancias alimenticias, antes quiescentes y no inmersas en el tráfico, *se enajenan ocultando al comprador su verdadera calidad o cantidad, pues en tal caso ya hay un sujeto pasivo concreto al que se defrauda y engaña, perjudicándole en cuantía* que determinará la gravedad específica de la infracción, y su inclusión en el artículo 528 del Código penal, si esta cuantía excede de 2.500 pesetas. Dicho de otro modo: *la distinción radica en que los géneros adulterados permanezcan en poder del vendedor, en cuyo caso se aplicaría el número 4 del artículo 573, o que se vendan, engañando al comprador en cuanto a su verdadera sustancia o calidad, en cuyo supuesto se aplicarían o el artículo 528 o el artículo 587, número 3.º, según la cuantía* (S. 18 diciembre 1973).

§ 35. Artículo 529:1.º, *Estafa mediante engaños distintos de los expresados*. El delito de estafa previsto en el número 1.º del artículo 529 del Código penal exige para constituirse que concurren los siguientes elementos: 1.º) El *engaño*, en su dimensión de dolo de la culpabilidad que genera la equivocación ajena; 2.º) El *ánimo de beneficio económico, logrado o intentado*, a que se tiende con el mal quehacer finalísticamente, como elemento subjetivo de lo injusto, incardinado en el ámbito de la antijuridicidad; 3.º) el *daño y perjuicio económico*, que integran los presupuestos objetivos, correlativos al enriquecimiento injusto alcanzado por el sujeto activo; 4.º) *La relación causal entre el ardid primario*, que vició el consentimiento y que generó el indebido desplazamiento patrimonial, y *este resultado* (S. 2 enero 1973).

El delito de estafa se integra por un quehacer artificial y engañoso del sujeto activo que, con ánimo de lucro injusto, origina un error en otra persona y el consiguiente acto de desplazamiento patrimonial perjudicial que beneficia al agente. Esta infracción requiere: 1.º) el *engaño*; 2.º) el *ánimo de lucro*; 3.º) *daño y perjuicio*; 4.º) y finalmente, una *relación causal* entre el ardid primario que, determinando el error, vicia el consentimiento y produce como consecuencia el desplazamiento patrimonial indebido (S. 23 junio 1973).

«La estafa penal se integra por la utilización de un *engaño* de cualquier condición que alcanza, en *adecuada relación causal*, por el *error* que genera un *lucro*, en *ajeno perjuicio*, pues su mejor concepto doctrinal estima constituye este de-

lito la conducta engañosa, ejecutada con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error, en otra o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición a consecuencia del que surge un perjuicio patrimonial, propio o de tercero» (S. 29 octubre 1973).

Ilicito civil e ilícito penal.—El delito en cuestión no es incompatible con los negocios jurídicos civiles o mercantiles que se dice convenir como señuelo o «artificio». Lo que sucede en estos casos es que se trata de «meros contratos o negocios jurídicos criminalizados». Pues, siendo coincidentes el delito civil y el delito penal, en las notas constituyentes de la antijuridicidad o ilicitud, culpabilidad y lesividad originada, difieren, no obstante, en las de la tipicidad, que es abstracta y general en el ámbito privado, y concreta y particular en el criminal, y en la punibilidad, porque sólo pueden ser objeto de sanción las conductas tipificadas que originen un peligro o lesión de un bien jurídicamente protegido, perteneciente a persona distinta del agente, que supere el mero Derecho civil a la indemnización de daños y perjuicios. El delito penal es un acto antijurídico que, por su mayor gravedad y carácter decididamente antisocial, viola derechos subjetivos públicos, y al que, por ello, se sanciona criminalmente, con el agregado o no, de consecuencias restitutorias patrimoniales, desbordando la simple lesión de derechos subjetivos particulares, que sólo ocasionan la indemnización de dichos daños y perjuicios, y que es peculiar del simple delito civil, cualitativamente inferior, por su mismo contenido. Poco importa, por tanto, que el recibo del dinero se hiciera figurar como un título de préstamo, si en realidad, encubría una voluntad delictiva (S. 28 mayo 1973).

Engaño. Formas.

Engaño.—El tipo delictivo contemplado exige una defraudación que equivale a perjuicio con engaño. De modo que el engaño por sí sólo, si no va seguido de perjuicio patrimonial logrado o intentado, no integra el delito. Y el perjuicio, si no va precedido de un engaño, tampoco lo constituye (S. 10 diciembre 1973).

El engaño se integra en abstracto por la utilización de cualquier falta de verdad, por simulación o disimulación entre lo que se piensa y se dice, o se hace creer, provocando o incluso manteniendo una inadecuación frente a la realidad, que posee su misma esencia, adecuada idoneidad final, y que suponga una inducción, instigación o persuasión inauténtica, sobre el consentimiento y voluntad decisoria, al que se desvía de su normal y lógico raciocinio, sorprendiendo la buena fe y credulidad del sujeto pasivo, y consiguiendo el perjuicio patrimonial empobrecedor para él mismo (S. 2 enero 1973).

Una de las formas más frecuentes del vario engaño que configura la estafa, es «la ficción de solvencia o crédito» unida a la experiencia de empresa y a la que entre otras formas de manifestación se refiere expresamente el artículo 529, número 1.º del Código penal y que supone la apariencia de bienes o crédito personal, y de negocios o actividades empresariales, de las que se carece (S. 2 enero 1973).

El engaño, como elemento típico y culpabilista de la estafa ha de contener idoneidad abstracta para defraudar... Y puede utilizarse a medio de aparentes contratos civiles o mercantiles o también de manera tácita, cuando no se declara

la situación de insolvencia que eludiría el negocio y se aparenta posesión de bienes de que se carece, para celebrar el mismo. Ha de valorarse como *engaño implícito suficiente* para originar el delito tipificado en el número 1.º del artículo 529 —modalidad de ficción de crédito o solvencia— *la utilización de los servicios de alojamiento de un hotel o pensión, sin el posterior pago de lo debido; porque la petición del alojamiento lleva aparejada la presunción racional y fundada, de poseer medios suficientes para abonarlos, ya que de esta manera se produce una unilateral simulación económica y hasta jurídica, que opera como ardid suficiente de la prestación onerosa del hospedaje, y que sin la ocultación no se hubiera logrado, a cuyo fin esta situación debe eludir, de un lado, el repudiable y mero objetivismo del impago, por deberse de atender a su imposibilidad desde el momento de la petición del alojamiento, y de otro, deja sin virtualidad al dolo «subsequens», pues el engaño implícito de la ficción de solvencia ha de estar recogido, en todos sus elementos constituyentes, en las actividades tácitas que se emplearon precisamente al solicitar el alojamiento para alcanzar la situación denominada expresivamente de «gorronería», ya que la impostura se emplea para conseguir, con previsión anticipada, el lucro propio y el quebranto patrimonial ajeno, que se manifiesta finalmente con la fuga del hotel o pensión, sin proporcionar explicaciones de ninguna clase sobre el proceder (S. 29 octubre 1973).*

Dolo «in contrabando» y dolo «subsequens». La frecuencia con que los delitos de estafa suelen encubrirse bajo la forma de lícitas convenciones civiles obliga a discriminar en cada caso si hubo *dolo inicial* o *«in contrabando»* o, por el contrario, *engaño posterior* o *«subsequens»*. De tal modo *«que sólo la voluntad de no pagar en el momento de contraer la deuda integrará el delito de estafa, pero no la voluntad de insolvencia posteriormente sobrevenida, que se trata de ocultar después de celebrado el contrato»*; siendo problema distinto, de índole procesal, el de averiguar la existencia o no de aquel engaño antecedente y causal en orden al perjuicio constitutivo de defraudación, que puede estar paladinamente declarado o desprenderse indirectamente de la misma relación fáctica probatoria (S. 13 noviembre 1973).

Por consiguiente, si bien la Sala 2.ª del T. S. ha estimado que no existía el delito previsto en el artículo 529:1.º del Código penal en el caso del mero incumplimiento de un contrato de arrendamiento de automóviles, fundada en que el alquiler se había estipulado por un tiempo indeterminado y fue precedido por otras convenciones análogas cumplidas (S. 15 junio 1970), en cambio en otros muchos casos *sostiene la existencia del delito de estafa, en tanto en cuanto el engaño consistió en ocultar la intención inicial de disfrutar el automóvil por mucho más tiempo sin pagar el precio del alquiler* (SS. 7 marzo 1969, 19 septiembre 1969, 2 junio 1970 y 18 octubre 1970), todo lo cual implica la ficción, al contratar, de *atribuirse una «holgada solvencia» de la que, en realidad, se carece*, lo que subsume la conducta en la atribución de bienes a crédito que expresamente se mienta en el número 1.º del artículo 529 del Código penal (S. 13 noviembre 1973).

«Estafa de Seguro».—«Aunque en nuestro Derecho no está específicamente castigada la llamada *estafa de seguro*, punible como tal en otras legislaciones, ya en su forma de autolesiones, ya en la de autodaños del propio patrimonio con o sin la cooperación ajena, no por ello está huérfana de protección legal; pues

aparte de la figura del incendio en bienes propios con propósito de defraudar o perjudicar a otro, prevista en el artículo 556 del Código penal, se hace perfectamente subsumible dentro de la estafa común descrita en el número 1.º del artículo 529 de dicho código punitivo, «la maquinación tendente a simular la realización del siniestro previsto en determinado contrato de seguro para conseguir el cobro de la indemnización o de la suma asegurada, según sea el tipo de seguro concertado —contra daños de personas—, subsunción que bien puede hacerse según la fórmula legal de atribución de cualidad supuesta, en tanto en cuanto se hace figurar la de perjudicado, sin serlo, dentro del contrato de seguro de que se trate, bien a tenor del pasaje, igualmente típico, que hace reposar el engaño en aparentar un crédito, en este caso contra el asegurador, crédito que, de ser cierto, dimanaría del cumplimiento propio del aleas del contrato en examen, a saber, la realización —fingida— del siniestro tipificada tal como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala» (SS. 12 diciembre 1924 y 30 noviembre 1963, entre otras). En el caso debatido concurren, por tanto, los elementos definidores del delito de estafa del número 1.º del artículo 529: 1.º el engaño representado por la maquinación simuladora del siniestro; 2.º el error a que fue inducida la entidad aseguradora en virtud de aquel dolo antecedente; 3.º el acto de disposición patrimonial provocado por dicho engaño y error, y que no fue otra cosa que la entrega de la supuesta indemnización al beneficiario de la misma; 4.º el perjuicio al asegurador causado por la indebida entrega; 5.º defraudación, en fin, causada por los mentados factores subjetivos con el consiguiente lucro para el perceptor de la cantidad indebida (S. 14 noviembre 1973).

Consumación.—El delito de estafa se consuma desde el momento en que el sujeto activo dispone en su provecho, distrayéndolas del patrimonio ajeno, las cosas o dinero que el sujeto pasivo le haya entregado, como resultado de artificios o maquinaciones engañosas (SS. 20 abril 1948 y 4 junio 1952), con la doble secuela de la responsabilidad criminal y civil, reparable esta última en cualquier tiempo por el pago o reintegro, pero irreparable la primera si no es por la sanción penal establecida (SS. 11 diciembre 1942, 2 marzo 1948), ya que es jurisprudencia constante que el reintegro posterior de la cantidad defraudada no influye en su consumación (S. 16 noviembre 1973).

Diferencia entre «consumación» y «agotamiento».—Frente a la tesis del recurso, en el sentido de que, pagada, finalmente la cambial por el procesado, no existió defraudación, opone el T. S. que se desconoce totalmente la doctrina de la consumación jurídica del delito de estafa que, como todos los de apropiación o enriquecimiento, se satisface en su perfección ejecutiva con el ingreso de la cosa ajena expropiada en el patrimonio del depredador, ya sea temporal o definitivamente y aún se alcanza con la mera posibilidad de disponer fugazmente de la misma. Queda así señalada la frontera entre la «consumación» propuesta en el tipo penal aplicado y el «agotamiento» del delito que queda ya extramuros de dicha tipicidad; Por consiguiente, si el infractor se despoja de nuevo de la cosa, tras aquel preciso momento consumativo, para reintegrarla a su originario patrimonio, esta tardía reacción pertenecerá ya al resarcimiento de la responsabilidad civil y aún en determinadas condiciones legales, dará vida a un arrepentimiento eficaz y activo tan sólo atenuante de la responsabilidad, precisamente por ser posterior a la consuma-

ción del delito, pues de ser anterior determinaría la impunidad de la acción, a salvo siempre, como es lógico, que los actos de parcial ejecución practicados sean en sí mismos delictivos (17 mayo 1973).

Artículo 529:8.º.—Esta modalidad de estafa precisa dos elementos esenciales: uno subjetivo, ánimo o propósito deliberado de perjudicar o defraudar bienes o derechos legítimos ajenos (S. 5 mayo 1960), otro objetivo, la exteriorización de la conducta delictiva en sus formas de sustraer, ocultar, inutilizar, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento o papel de cualquier clase. Expresión amplia que implica que el perjuicio causado a la víctima ha de ser ocasionado por *privar a un acreedor de los títulos de su crédito* entregados momentáneamente al deudor para fines distintos de la cancelación, (S. 28 abril 1966); por el apoderamiento, sustracción o destrucción de los títulos que encarnan un crédito, contra el que realiza tales acciones, bien sean juicios, recibos, autos, letras de cambio y demás medios escritos justificativos de la obligación (SS. 13 enero 1951, 27 junio 1957, 5 marzo 1918, 7 noviembre 1934, 1.º junio 1962, 14 marzo y 12 mayo 1973).

En esta figura de estafa *no se precisa la concurrencia del engaño* (S. 3 diciembre 1964), si bien *tampoco se excluye*, de modo que si interviene engaño, se refuerza aún más la acción defraudatoria (SS. 6 abril 1961, 14 marzo y 12 mayo 1973).

§ 36. Artículo 531:2.º, *Estafa impropia*.—Esta modalidad de estafa exige, a tenor del texto legal:

- 1.º *La existencia previa de un gravamen sobre cosa determinada.*
- 2.º *La ocultación maliciosa de este gravamen, que es aquí la esencia del engaño.*
- 3.º *El ánimo de lucro.*
- 4.º *Y el perjuicio patrimonial logrado o intentado* (S. 22 mayo 1973).

El concepto de gravamen a que alude el precepto *es de gran amplitud*, debiendo, pues, entenderse en el orden penal, como tal: *las limitaciones de cualquier índole que afecten a las facultades dominicales del que dispone, abarcando cargas, obligaciones personales, peligro para el libre uso y disfrute de la misma, embargos y demás impuestos en forma legal para garantizar el cumplimiento de una obligación jurídica anterior, y, por tanto, los pleitos pendientes que afectan a las propiedades y disposición de la cosa, entran dentro del concepto jurídico penal del gravamen* (S. 17 enero 1973). Y, según antigua doctrina de la Sala 2.ª, *la obligación de satisfacer cierta cantidad, dando al acreedor garantía de bienes que el acusado dijo que estaban libres y pasado el plazo, sin abonar la cantidad debida, resulta que los bienes estaban empeñados con anterioridad, en favor de otro acreedor, hace nacer el delito que ahora se contempla* (S. 25 octubre 1880) (S. 22 mayo 1973).

Casa el T. S. la sentencia pronunciada por el Tribunal «*a quo*» en sentido absoluto, en base a estimar que esta figura de estafa requiere que *el reo dispusiere de una cosa libre sabiendo que estaba gravada. En este tipo de intracción no es menester que el supuesto culpable se valga de engaño, bastará el simple hecho de ocultar la existencia de un gravamen que pese sobre el bien a cuya enajenación procede*, con manifestación de que no lo hay de clase alguna, *deliberada ocultación que en realidad entraña ya en sí un engaño enteramente suficiente a los*

finés que se discuten. Respecto del perjuicio causado mediante la actuación del procesado, la Sala 2.^a *tiene declarado que la simple constitución de una carga sobre un inmueble devalúa el mismo* (S. 2 febrero 1972), *siendo indiferente que el perjuicio no se halle total y absolutamente determinado en su cuantía* (SS. 30 junio y 31 diciembre 1971); puesto que realmente tanto el valor en venta de la finca, como a efectos de servir como garantía utilizable por su titular dominical, quedan efectiva y realmente mermados (S. 25 enero 1973).

§ 37. Artículo 546 bis a), *Receptación*.—Al ser la receptación del artículo 546 bis a) accesoria del delito patrimonial antecedente, *el elemento subjetivo de lo injusto típico*, determinante de la culpabilidad y de la antijuridicidad de la conducta receptadora y representado por «*el conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes*», a tenor del citado precepto, ha de suponer que el encubridor lucrativo posea un *estado anímico de certeza de la realidad anterior de un delito patrimonial y de que se aprovecha de los bienes conseguidos*, con la conciencia de hallarse plenamente prohibidos los actos beneficiosos, conciencia que debe implicar un *saber superior* a las meras sospechas o presunciones, que serían insuficientes; e *inferior* a un exhaustivo conocimiento detallado o pormenorizado de la infracción precedente, no exigible por ser suficiente el parcial y genérico del origen ilícito de los efectos (S. 9 febrero 1973).

Frente al recurso articulado por el procesado que impugna su condena como «*encubridor económico*», por estimar que no basta conocer la ilegítima procedencia de los deceptados, sino que es preciso un conocimiento concreto del delito del que proceden los objetos que se reciben del ilícito adquirente, el T. S. declara que, según reiterada doctrina de la Sala 2.^a, en glosa del artículo 546 bis a), *no es necesario conocer concreta y determinadamente el delito que por la receptación se encubre, bastando que conste la ilegítima y delictual procedencia*. Ya que la «*mens legis*» y la razón teleológica del precepto radican en reaccionar contra los adquirentes de cosas procedentes de delitos, contra los «*peristas*»; finalidad legislativa y motivación de alta política criminal, que se frustraría con la ilógica exigencia de conocer el delito encubierto en todas sus particularidades y concreciones (S. 15 diciembre 1973).

Diferencia entre el encubrimiento del artículo 17:1.º y el encubrimiento autónomo.—El primero posee naturaleza de *encubrimiento por participación; prolongando* el delito con actos que suponen auxilio al autor; *lesionando* encubridor y autor *los mismos bienes jurídicos protegidos*.

El segundo —encubrimiento con ánimo de lucro— tiene carácter de delito subordinado a otro principal. Ha de partirse de un delito contra los bienes consumados y realizado por otra persona, cuya comisión se conoce por el receptor, cuya actuación debe perseguir un beneficio económico propio, actuando con ánimo de lucro, atacando el bien jurídico de la propiedad y sin tratar de favorecer directamente la seguridad del agente del delito principal (S. 14 diciembre 1973).

§ 38. Artículo 547:3.º, *Incendio (diferencia con falta del artículo 595)*.—Deniega el T. S. la degradación de delito de incendio a falta, en base a estimar que «*el delito de incendio que nuestro ordenamiento punitivo configura en los artículos 547 a 556 del Código penal es un delito sui generis, de lesión de la pro-*

piedad con el aditamento de *un peligro constitutivo o inherente al mismo*, de carácter potencial al no precisar la constatación en cada caso concreto de la existencia real del peligro, llevado a efecto por la acción del culpable de quemar o producir la combustión de un objeto mediante el fuego. Al no contener nuestra legislación ninguna limitación en orden a la extensión del incendio hay que entenderlo consumado por la *simple causación de la combustión*, dándose en el abundante casuismo seguido por el Código penal un *tipo básico* representado por el incendio previsto y penado en el artículo 552 y varios *tipos cualificados agravatorios*, entre estos, los que especialmente protegen determinados edificios, como los almacenes de materias inflamables situados en poblado, que señala el número 3.º del artículo 547, que ha sido el calificado por el Tribunal de Instancia como derivado del Resultando de hechos probados».

Por consiguiente, «el delito calificado por el Tribunal «a quo» no es susceptible de ser degradado a falta, a tenor del vigente Código penal, texto revisado de 1963, en razón a que el artículo 595 se contrae a los que «ejecutaren incendio de cosas, a que se refiere el artículo 552 cuando el daño causado no exceda de 2.500 pesetas». Este precepto específicamente tipifica tan sólo *el incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores*, o sea, cuando el incendio afecta a los edificios especialmente protegidos en los cuatro apartados del artículo 547, a los medios de transporte que se señalan en el artículo 548 y a edificios públicos u otros privados y habitados que se precisan en los artículos 549 y 550 del referido cuerpo legal punitivo, razones que conducen a desestimar por improcedente el recurso formulado» (S. 21 marzo 1973).

ORTEGO COSTALES, José: "La justicia penal y el penalista" (Lección inaugural del curso 1973 a 1974, Pamplona, 1973, Universidad de Navarra).

A sabios eruditos salmantinos he oído decir que la actual solemnidad de las inauguraciones de curso es relativamente reciente. Somos muchos los profesores que, en tal ocasión, hemos disertado sobre materias de nuestra especialidad, poco interesantes para los profesores y alumnos de otras Facultades. Para evitar este abuso de la cortés presencia de profesores y alumnos con distintas preocupaciones, Ortego ha desechado la erudición y los argumentos formalistas para abordar con sencillez e ingenio cuestiones de popular preocupación. Dijo doña Concepción Arenal en la dedicatoria de su opúsculo "A todos": "Voy a dirigirte algunas palabras sobre la cuestión de disminuir las posibilidades de que te roben o asesinen. Me parece que el asunto vale la pena de que te ocupes de él; tú no debes ser de la misma opinión a juzgar por la indiferencia con que lo miras". Hoy sería exagerado suponer tanta indiferencia: prueba las crónicas periodísticas e incluso las conversaciones tertulianas. La política criminal, en cuyo seno se enlazan la criminología y el Derecho penal, interesa con mayor intensidad y en radios de opinión más amplios. Por ello, el profesor Ortego, para suscitar la atención de peritos en diversos saberes, pero con análogas preocupaciones patrióticas y humanas, ha logrado escoger y tratar brevemente asuntos penalistas de universal interés.

No disponiendo de espacio para más largos comentarios, me limito a presentar los títulos de los apartados integrantes de tan variado conjunto: *Documentación; La Justicia penal ante la opinión pública; El Hecho y los Derechos; Se dice que la Justicia es un instrumento al servicio del Poder; Que la policía es esto y lo otro; que la Legislación es abundante y caótica; Se dice que los Tribunales son lentos; Pronósticos sobre el hecho; El penalista, preso y mudo; El penalista y sus comentarios, la parte especial; el penalista y los fantasmas, la parte general; La lucha por la liberación; Hablar, pero en román paladino y con medida; Hablar primero de lo más urgente; El bien jurídico protegido, su correcto discernimiento y su concreta valoración; Las formas de agresión; Los motivos de la crítica.*

Después de leer el contenido de los párrafos correspondientes a los expresados epígrafes, no he podido por menos de recordar otros tiempos ya lejanos del benemérito catedrático de Navarra: sus actividades periodísticas, su labor como visitador de prisiones; la presidencia durante largos años del Tribunal tutelar de menores en Canarias; la dirección de talleres redentores, donde la organización y el trato consiguieron admirables resultados. En una palabra, su actividad judicial y penitenciaria, de la cual han brotado una serie de sugerencias para la política criminal obtenidas de críticas, a mi modo de ver justificadas en su mayoría, pero que como ex profesor rutinario las hubiera preferido más claras y ordenadas.

VON BAUMANN, J. UND DAHN, G.: "Studien zum Wirtschaftsstrafrecht. Herausgegeben" (Estudios de Derecho penal económico, recopilados por J. Baumann y G. Dähn). J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972. 154 páginas.

En este libro se recopilan una serie de estudios monográficos alrededor del tema del Derecho penal económico, montados sobre las ponencias que tuvieron lugar en un Seminario organizado por Baumann en 1961. En el prólogo se pone de relieve el concepto de Derecho penal económico sobre el que giran los temas. Confiesan como demasiado estrecho el entendimiento del Derecho penal económico como referido a la suma de las leyes penales cuyo objeto de protección son la Economía en su conjunto o las direcciones o sectores de la misma que desde un punto de vista funcional aparecen como básicos. Por el contrario, parten de un Derecho penal económico entendido como el conjunto de leyes penales que se encuentran en el ámbito del Derecho económico referido a la regulación de la producción, fabricación y distribución de los bienes de consumo. Sobre este objeto de estudio se agrupan los siguientes trabajos:

DAUBLER, W.: "Sin und Unsinn der Insolvenzdelikte. Zugleich ein Beitrag zur Reform des Vermögensstrafrechts" (Sentido y sinsentido de los delitos de insolvencia. Contribución a la reforma del Derecho penal patrimonial). Páginas 1 a 16.

El autor pretende en este trabajo exponer las incongruencias de la regulación que los §§ 239 y 240 de la *Konkursordnung* de 1877 hacen de los delitos concursales (que incluyen tanto lo que nosotros llamamos quiebra como el concurso). Destaca que a pesar de que los delitos concursales se conciben como delitos de peligro para el patrimonio ajeno, se castigan a veces con mayor severidad que, por ejemplo, la estafa que constituye un delito de lesión. De otro lado, no se explica que mientras se castiga el concurso aparezcan impunes conductas como la elevación de precios sobre bienes de consumo en perjuicio del patrimonio individual o que se haga posible por vía legal la concentración de empresas que provocan precios monopolísticos. Pero las incongruencias no sólo surgen entre las conductas que atentan al patrimonio individual, sino también en relación a otras que lesionan bienes jurídicos distintos. Así resulta inexplicable que algunas infracciones fiscales aparezcan sólo como contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) o, a la inversa, que la estafa del asegurador (incendio de cosa asegurada) se castigue con penas de hasta diez años de privación de libertad. La protección del patrimonio contrasta con el exiguo tratamiento de un bien jurídico que afecta a intereses tan personales como es el puesto de trabajo. La omisión de libros de comercio es punible si se lesionan los créditos por la apertura del concurso, pero es irrelevante si sólo se produce, por ejemplo, un despido masivo. Däubler califica de macabro el resultado de una comparación de las penas de la quiebra fraudulenta (§ 239 *Konkursordnung*) con la prevista para los delitos contra

la humanidad (§ 130 Código penal alemán) o los delitos contra la integridad física realizados con medios peligrosos (§ 223 a). Ante esta situación, pone de relieve que en los delitos patrimoniales en general se trata de proteger los intereses del capital, como lo demuestran dos considerandos. De un lado, la desprotección de intereses económicos detentados por la mayoría de los miembros de la comunidad como los derivados del puesto de trabajo. Del otro, la impunidad con que operan las grandes empresas para las que resulta de dudosa eficacia el § 50 a) del Código penal (que regula la actuación en nombre de otro), y para las que no están pensadas las normas penales concursales, dirigidas más bien contra el empresario individual.

En atención a esta crítica propone Däubler un nuevo entendimiento de los delitos concursales. Así dirá que "los hechos de bancarrota han de constituir injusto punible cuando a través del sobreseimiento en el pago o la apertura del concurso se lesione el standard de vida de un tercero (*Lebensstandar Dritter*). De otro lado, ha de tenerse en cuenta el número de afectados, ya que reviste distinta gravedad el sobreseimiento en el pago de un gran banco con sus efectos multiplicadores y en espiral que el de una empresa individual. Por último, entiende que el despido de los trabajadores y la lesión del patrimonio, como consecuencias del concurso, deben sufrir un tratamiento similar en atención a que afectan igualmente a ese "*Lebensstandard Dritter*" a que hacía referencia. Todo ello acompañado de una disminución de la pena y la impunidad de la imprudencia, propugnando, por ello, la corrección del § 271 del Proyecto de 1962.

BOLENTUS, M.: "*Wirtschaftsstrafrechtliche Normen in Wettbeverbs- und Kartellrecht*" (Normas de Derecho penal económico en materia de libertad de competencia). Páginas 18 a 55.

Este trabajo estudia exhaustivamente las figuras delictivas, a nivel de delitos y faltas penales y administrativas (*Vergehen, Ubertretungen, Ordnungswidrigkeiten*) recogidas en las leyes sobre competencia ilícita y limitaciones de la competencia. La Ley sobre competencia ilícita de 7 junio 1909 (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) trata de proteger a los concurrentes y a la generalidad contra las actividades comerciales ilícitas. La Ley sobre limitaciones de la competencia de 27 julio 1957 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), trata de mantener el equilibrio de la competencia contra las prácticas que tienden a restringirla o a obtener una posición prominente en el mercado. Como en tantas otras ocasiones en que se tratan temas de Derecho penal económico, el autor se enfrenta con el problema de la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo.

DAHN, G.: "*Das Wirtschaftsstrafgesetz und das Preissstrafrecht*" (La Ley penal económica de 1949 y las normas jurídico penales sobre precios). Páginas 56 a 71.

Se trata de un completo estudio de los parágrafos de la Ley penal alemana de 1949, reformada por la Ley de 4 noviembre 1971, relativos a las conductas atentatorias de los precios. Estudia los aspectos sustantivos y proce-

sales y las normas a que remite, en ocasiones, la propia Ley económica, destacando por la dispersión existente, la necesidad de una codificación conjunta. Se enfrenta, entre otros, con el problema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

MÄIER, K., DAHN, G.: "*Kartellstrafrecht und sein Verhältnis zum Preissstrafrecht*" (Relación entre las normas penales sobre limitación de la competencia en el mercado y las normas penales sobre precios). Páginas 72 a 90.

Se trata de un estudio del tratamiento de las conductas que infringen conjuntamente la libertad de competencia en el mercado y los precios, deteniéndose especialmente en los problemas concursales y procesales a que da lugar la colisión entre la Ley penal económica de 1949 (*Wirtschaftsstrafgesetz*) y la Ley sobre limitación de la competencia de 1957 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*).

DAUBLER, W.: "*Strafbarkeit von Arbeitskämpfen?*" (¿Punibilidad de los conflictos de trabajo?). Páginas 91 a 120.

Advierte el autor que desde la primera mitad de la década de los cincuenta, doctrina y jurisprudencia se han desentendido del problema jurídico-penal de la huelga. Ciertamente, la huelga ha perdido la fuerza de cambio social que la caracteriza. Tanto los trabajadores como los sindicatos aceptan el *statu quo* de distribución del poder y se limitan a utilizar la huelga como medio de mejoras salariales y económicas. Pero la situación puede cambiar por la politización de los jóvenes trabajadores o de los funcionarios con sus huelgas de celo (*Dienst Recht und Gesetz* o *Denkpausen*). El problema jurídico-penal de la huelga estriba en la posibilidad de ser integrada en el concepto de fuerza o violencia (*Gewalt*) a que hacen referencia figuras delictivas como la coacción (*Nötigung*, § 240), extorsión (*Erpressung*, § 253), traición (*Hochverrat*, 981) o coacción contra órganos del Estado (*Nötigung von Verfassungsorganen*, §§ 105-106). El planteamiento exige tener presente que en la libertad de asociación garantizada por la Constitución alemana (§ 9 de *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, de 23 mayo 1949) se incluye la protección de la huelga organizada por los Sindicatos dirigida a la mejora de las condiciones económicas o de trabajo.

La inclusión de la huelga política en el delito de traición fue realizada por el Tribunal Supremo alemán a principios de la década de los cincuenta, con motivo de la huelga general convocada por el partido comunista con las miras puestas en la caída del gobierno de Adenauer. Se advertía que una huelga local o limitada a una rama industrial o profesional sin importancia vital, normalmente no se adecúa a la violencia (*Gewalt*) que caracteriza el delito de traición, pero sí las huelgas generales o masivas. Aunque los argumentos de la sentencia tuvieron partidarios en la doctrina, fue críti-

cada como lesiva de los principios constitucionales que obedecen al deseo de evitar una excesiva protección del poder público a costa de la libertad individual. Desde el punto de vista jurídico, la cuestión estriba en una correcta interpretación de las expresiones “violencia o amenaza de violencia” (*Gewalt oder Drohung mit Gewalt*) utilizadas por el § 81 Código penal alemán. La jurisprudencia utiliza una interpretación amplia que incluye tanto la fuerza física o corporal como la influencia psíquica. Advierte Däubler contra esta interpretación que así se imposibilita diferenciar entre la amenaza de violencia como elemento de delito de traición (*Drohung mit Gewalt*) y la amenaza de un mal como elemento de los delitos de coacción y extorsión (*Drohung mit einem empfindlichen Ubel*). De otro lado, la extensión del concepto de violencia es un método de las clases dominantes para utilizar el arma del Derecho penal contra toda agresión que ponga en peligro sus privilegios de clase. Mientras que de entender violencia como aplicación de fuerza física, aunque teóricamente pueda calificarse una huelga de violenta en este sentido (huelga de médicos o huelgas que afecten a medios elementales de subsistencia, como el agua, la energía, los alimentos, etc...), difícilmente podrá darse en la práctica que tales clases de huelgas pongan en peligro la existencia física de los miembros de la comunidad.

Estudia, después, Däubler la posibilidad de que la huelga constituya delito de coacción o extorsión. Se acepta que la huelga puede integrar el mal con el que se amenaza (*Drohung mit einem empfindlichen Ubel*) al empresario. Los §§ 240 y 253 califican de antijurídico el hecho de aplicar violencia o amenaza de un mal con un fin determinado, si es reprochable (*verwerflich*). La cuestión estriba si la amenaza de huelga para conseguir una determinada finalidad es reprochable en el sentido de los preceptos. La literatura del tercer Reich consideró reprochable en el sentido de los §§ 240 y 253 a lo contrario a las costumbres (*sittenwidrig*) o socialmente inadecuado (*sozialnadaquat*), llegando a considerarse punible todo huelga que no fuese la “última ratio” para dirimir la controversia. Tanto este entendimiento como el de la jurisprudencia de la actual Alemania, que atiende a la conciencia jurídica del pueblo (*Rechtsempfinden des Volkes*) son duramente criticados por Däubler. Para el autor la interpretación adecuada ha de partir de los principios constitucionales. Una huelga organizada por los sindicatos es legal y no puede entenderse como “reprochable” amenaza de un mal. Ello no quiere decir, sin embargo, que toda huelga salvaje, espontánea o política sea siempre “reprochable” en el sentido de los §§ 240 y 253. Tras de advertir que los excesos realizados por los participantes en la huelga (daños, lesiones) son, en todo caso, punibles y ajenos a la cuestión de que trata, examina, por último, si pudiera calificarse de allanamiento de morada, en el sentido del § 123 (*Hausfriedensbruch*), la consciente permanencia en el puesto de trabajo sin trabajar, concluyendo de modo negativo y la cuestión de si es punible el cierre patronal. A este respecto, advierte que un tratamiento paritario con la huelga es un error, ya que ésta tiende a restablecer un equilibrio en las relaciones de trabajo, mientras el cierre patronal tiende a la consecución de un mayor beneficio para el empresario.

DAHAN, G.: "*Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Handels-, Urheber- und Erfinderrechts*" (El Derecho penal económico y los Derechos mercantil y de propiedad intelectual e industria). Páginas 120 a 135.

Con este trabajo se concluyen los estudios recopilados por Baumann y Dahn. Este interesante estudio sobre la protección penal de intereses mercantiles reúne, entre otras, las siguientes conclusiones: imposibilidad de diferenciar, en atención al contenido de injusto, entre delitos económicos (*Wirtschaftsstraf-taten*) y contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*); el tratamiento caótico de la protección de los intereses de los acreedores y la innecesariedad de protección jurídico-penal de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

NOTICARIO

EL CENTRO CRIMINOLOGICO INTERNACIONAL

Por su gran interés publicamos estas páginas del *Boletín Informativo del Centro*, escritas en 1973 por el profesor B. DI TULLIO:

«En dos opúsculos publicados anteriormente se relatan las circunstancias que surgieran la idea de crear en Roma un «Centro criminológico internacional para el asesoramiento de los países interesados y la formación de expertos y tratamiento de los comportamientos antisociales y criminales».

Los estudiosos interesados, que tienen una gran experiencia en el campo de la lucha contra la criminalidad y que se hallan mayormente en grado de evaluar la creciente importancia de la prevención y del tratamiento de los comportamientos antisociales y criminales, han enviado su plena adhesión a dicho centro.

Numerosos países han comunicado, incluso por medio de sus representaciones diplomáticas, su vivo interés por los objetivos del «Centro criminológico internacional» de Roma.

Según el Estatuto provisional, los objetivos más importantes son los siguientes:

1) Favorecer la más estrecha cooperación entre la Sección de Defensa Social de las Naciones Unidas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Sociedad Internacional de Defensa Social, la Sociedad Internacional de Criminología y la Fundación internacional Penal y Penitenciaria, prestando particular atención a las *actividades operativas* que se hacen necesarias en el campo de la prevención de la criminalidad y del tratamiento de los delincuentes:

2) Organizar un Servicio de Asesoramiento permanente destinado a aquellos países que piden que se les asista técnicamente en tales actividades operativas, por carecer ellos de instituciones competentes y de expertos en criminología;

3) Impartir cursos de duración varia, siempre que hayan personas de profesión que deseen calificarse como expertos en prevención y tratamiento de los comportamientos antisociales y criminales;

4) Entablar una estrecha colaboración con los países en los cuales han sido creados «Centros nacionales para la prevención y el tratamiento de comportamientos antisociales y criminales», con objeto de conocer y utilizar los resultados que dichos centros están alcanzando a través de sus experiencias y, por consiguiente, poder identificar mejor los medios más eficaces en la lucha contra los mencionados fenómenos.

En los meses de octubre y noviembre de 1972 tuvo lugar en Roma el primer Curso teórico-práctico para formación de expertos en la prevención y tratamiento de comportamientos antisociales y criminales.

Participaron en el mismo ocho graduados sudamericanos, que poseían

ya una buena preparación criminológica, quienes fueron invitados varias veces a visitar las siguientes instituciones:

a) Consultorio médico-psico-pedagógico del «Ente Nazionale per la Protezione Morale del Fanciullo» (Instituto nacional para la protección moral del niño);

b) Centro de observación para menores moralmente abandonados, de la Policía femenina de Roma;

c) Tribunal de menores e instituciones anexas para el estudio de la personalidad de los menores acusados de delitos comunes y para su reeducación;

d) Servicio de vigilancia para los sujetos socialmente peligrosos, de la Jefatura de Policía de Roma;

e) Centro Nacional de Observación de la Cárcel de Rebibbia, para el estudio de la personalidad del condenado, con vistas a su tratamiento reeducativo.

f) Instituto Penitenciario de Civitavecchia, especializado en el tratamiento médico-psico-pedagógico de los condenados adultos jóvenes;

g) Instituto de las Naciones Unidas para la Investigación en el campo de la defensa social, en Roma.

Con ocasión de esas visitas, dichos cursillistas asistieron a conferencias encaminadas a darles a conocer los métodos y finalidades de las instituciones mencionadas.

Al final de cada semana pudieron también participar en reuniones cuyo objeto era el de favorecer amplias discusiones sobre los resultados de las visitas realizadas, y sobre la importancia que cabe atribuir a las instituciones antedichas en el campo de la prevención y del tratamiento de comportamientos antisociales y criminales.

En el mes de enero se inició el segundo curso, al que solitaron participar profesionales de varios países (Egipto, Somalia, Brasil, Chile, Colombia, Nicaragua y Venezuela).

Se está ahora organizando un curso especial para los funcionarios de la Administración penitenciaria de Kenia, que desean prepararse para poder aplicar un tratamiento médico-psico-pedagógico a los condenados de su país.

Con fecha 19 de enero de 1973, el Dr. PEIDER KÖNZ, Director del Instituto de las Naciones Unidas para la Investigación en el campo de la defensa social, con sede en Roma, reconociendo que la formación técnica del personal operativo es esencial para el buen funcionamiento de los sistemas de defensa social, se comprometió a aportar su colaboración técnica, así como la de sus colegas, para el mayor éxito del Centro Criminológico Internacional de Roma.

También la Dirección general para la cooperación cultural, científica y técnica, del Ministerio de Asuntos Exteriores de Italia, se declaró dispuesta a colaborar con el Centro criminológico Internacional, dentro de los límites consentidos por las normas que rigen su funcionamiento.

* * *

La ceremonia inaugural del «Centro Criminológico Internacional» tendrá lugar durante la primavera próxima.

Se desea vivamente que puedan estar presentes en dicha ceremonia el Dr. CLIFFORD, Director de los programas de Defensa Social de las Naciones Unidas, los Presidentes y Secretarios generales de la Asociación Internacional de Derecho Penal, de la Sociedad Internacional de Defensa Social, de la Sociedad Internacional de Criminología, de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, los Directores de los institutos de las Naciones Unidas de Tokio y de Roma, el Director de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, los Embajadores y Agregados culturales presentes en Roma, los Directores de los más importantes institutos de criminología y los Presidentes de los «Centros nacionales» ya creados o en vías de creación.

Es de esperar que esa ceremonia inaugural dé lugar a un amplio intercambio de ideas entre todos los representantes de dichas instituciones, con objeto de lograr una mayor «Cooperación internacional» especialmente en el campo de las *actividades operativas* más importantes para la prevención de la criminalidad y el tratamiento de los delincuentes. Con el mismo fin, se considera oportuno que los representantes de las mencionadas asociaciones y sociedades internacionales formen parte de la Presidencia efectiva del Centro.

* * *

Es bien sabido que todos los países están más o menos alarmados por la creciente gravedad que están asumiendo los comunes fenómenos antisociales y criminales, y que muchos de ellos están tomando las disposiciones que consideran más oportunas para poderlos combatir. Sin embargo, es de temer que bajo la presión de la opinión pública, no siempre bien informada, tales medidas se limiten a agravar las penas o, lo que es peor, conduzcan al restablecimiento de la pena de muerte.

Por este motivo, el «Centro Criminológico Internacional de Roma» se propone, a través de sus diferentes actividades, dar a conocer con mayor claridad a los Gobiernos, y a aquellas personas que en todos los países se consagran a esta materia, que, para conducir una lucha verdaderamente eficaz contra los fenómenos de antisociabilidad y criminalidad cada vez más graves, es no ya sólo una necesidad sino un deber el acompañar tales disposiciones con otras destinadas a alcanzar los siguientes objetivos:

1) Hacer que disminuya cada vez más el número de individuos que, por causas diversas ligadas a su personalidad particular y a las condiciones ambientales en que maduran sus vicisitudes existenciales, tienden a superar, más o menos fácilmente, incluso la barrera de la acción intimidatoria de la pena y a caer en formas de comportamiento antisocial y criminal más o menos graves;

2) Hacer cada vez más eficaz el tratamiento reeducativo de los penados, hasta lograr la eliminación progresiva del fenómeno cada vez más grave de la reincidencia.

Se propone, pues, invitar a los Gobiernos de todos los países a no limitarse a reforzar los medios de represión de la criminalidad, aunque sean de costo muy elevado, sino que más bien procuren crear las condiciones que, según vienen señalando desde largo tiempo los expertos en la materia, son indispensables para la prevención eficaz de la criminalidad y para una efectiva reintegración social de los condenados.

Los Gobiernos de todos los países deben considerar que existen varios medios a través de los cuales se puede lograr una eficaz prevención de la delincuencia de los menores.

Desde hace ya varios decenios, las Escuelas criminológicas de Roma y de Harvard han claramente demostrado, sobre la base de una larga experiencia clínica (DI TULLIO) y experimental (EHELDON y ELEONOR GLUECK), que es posible identificar desde su niñez a los menores predispuestos a un futuro comportamiento antisocial y criminal.

Recientemente, el Profesor FRANCO FERRACUTI, de la Universidad de Roma, y el Profesor SIMÓN DINITZ, de la Universidad Estatal de Ohio, han podido demostrar, después de largos y rigurosos experimentos realizados en Puerto Rico, que dicha predisposición puede advertirse con una certeza que alcanza el 100 por 100 de los casos. Han podido además precisar que es especialmente la inadaptación escolar la que anuncie el futuro comportamiento antisocial o criminal.

Es evidente, pues, que si en todos los países se hiciese todo lo que ya es posible hacer para obtener un precoz *dépistage* de los menores predispuestos a un comportamiento antisocial y criminal, y se tomasen a tiempo las medidas reeducativas necesarias en cada caso, el número de criminales de derecho común se vería reducido grandemente en breve tiempo. Y ello porque según hemos hecho notar tanto nosotros como otras personas, desde hace ya tiempo, la gran mayoría de los criminales adultos más peligrosos (cerca del 80 por 100) y especialmente los reincidentes, presentan en su historia una niñez más o menos irregular, caracterizada por diferentes formas de inadaptación al ambiente familiar y sobre todo al escolar.

Por consiguiente, los Gobiernos de todos los países deben considerar que tienen el deber de organizar, cuanto antes, la más precoz y eficaz prevención de la delincuencia infantil, creando para ello instituciones especializadas en la asistencia y protección de los menores cuya conducta en el seno familiar y en la escuela sea anormal, así como numerosos consultorios médico-psico-pedagógicos, secciones especiales de policía para menores, tribunales para menores que puedan disponer de centros de observación para el estudio de la personalidad de los menores acusados y de todas aquellas instituciones médico-psico-pedagógicas que son necesarias para garantizar la readaptación social de todos los menores.

En muchos países, como en Italia, dichas instituciones existen y funcionan desde hace largo tiempo, pero es necesario que su coordinación entre sí sea cada vez más rigurosa y, sobre todo, que estén provistas de todos los medios necesarios. Sólo así se puede cortar de raíz los más graves fenómenos antisociales y criminales, con las consiguientes grandes ventajas sociales, morales e incluso económicas que de ello se desprenderían.

* * *

La prevención de la delincuencia de los menores está estrechamente relacionada con la de los comportamientos anormales y antisociales de los adultos.

Es bien sabido que la prevención de tales comportamientos abarca a individuos a los que se suele considerar socialmente peligrosos, como vagos

y maleantes dedicados a las más variadas formas de parasitismo y de explotación, a la prostitución, al uso de sustancias estupefacientes, etc., y está confiada generalmente sólo a las fuerzas de policía con finalidad casi exclusivamente represiva. Por otra parte, los expertos en esta materia han señalado muchas veces las diferentes razones por las cuales cualquier actividad preventiva relacionada con dichos sujetos debe basarse ante todo en el conocimiento de su personalidad, ya que tal actividad ha de tener también una finalidad reeducativa. Con este fin, se ha puesto de manifiesto la necesidad de crear para dichos sujetos «Centros de observación» especiales, que lleven a cabo todas aquellas investigaciones indispensables para el conocimiento de su personalidad y para la aplicación de métodos médico-psicopedagógicos adecuados. Conviene recordar a este propósito que es precisamente en el mundo de los socialmente peligrosos donde maduran con mucha frecuencia los episodios criminales más graves.

De todo ello se desprende que para que las fuerzas de policía puedan llevar a cabo con la eficacia necesaria la importante y delicada labor de prevención, que va del campo de los menores al de los adultos socialmente peligrosos y los delincuentes en general, no sólo deben estar preparadas técnicamente sino también provistas de todos los medios necesarios.

Hace falta, pues, que los Gobiernos de todos los países tomen las disposiciones del caso para que las fuerzas de policía puedan desenvolver su misión con la mayor eficacia, dando a la vez el máximo desarrollo a la «función social» de la policía. Se sabe que una asistencia social bien organizada hoy día constituye un deber propio del Estado, por estar destinada a defender a los seres humanos de todo lo que puede alterar o dañar su salud física, psíquica y moral.

Por consiguiente, siguiendo el ejemplo de lo que se ha realizado en Italia por medio de la policía femenina, es necesario crear «Secciones especiales de policía preventiva» formadas por agentes especializados en asistencia social, es decir, preparados a desplegar todas las actividades encaminadas a favorecer la readaptación social de todos los menores o adultos que puedan considerarse socialmente peligrosos.

Es de observar que tales Secciones de policía preventiva revisten gran importancia sobre todo por el hecho de que pueden favorecer la prevención de delitos graves, la mayoría de sangre, que van a menudo precedidos de formas de comportamiento anormales, que se caracterizan por una «peligrosidad pre-delincuente» más o menos grave, y que suele ser causa de viva preocupación y alarma entre quienes la conocen. Estas Secciones, cuyo cometido es más bien prevenir que reprimir, pueden ser acogidas con el mismo sentimiento de confianza, agradecimiento y admiración con que se acoge a las fuerzas de policía cada vez que intervienen con ocasión de graves desgracias, catástrofes y calamidades en general.

Otro problema, que se presenta también como de importancia fundamental para el desarrollo de una política criminal verdaderamente útil para el individuo y la sociedad, es el que refiere al tratamiento de los penados.

Es sabido que hoy se reconoce ya unánimemente que la pena tiene que ser, además, reeducativa.

Pero se sabe también que los criterios sobre las modalidades a través

de las cuales la pena es verdaderamente reeducativa son todavía muy inciertos y contradictorios.

Esto favorece el desarrollo de una reincidencia cada día más grave en todos los países.

Para algunos, la reeducación se alcanza únicamente a través de la expiación de la pena, mientras que para otros la reeducación se logra sólo a través de un tratamiento basado en una rigurosa aplicación de todas las técnicas terapéuticas que el caso requiera.

Con este fin, se han creado en varios países, entre los cuales Italia, «Centros de observación» para el estudio de la personalidad del penado, cosa que es requisito previo indispensable para el tratamiento individual; con este fin se van tomando ya laudables iniciativas encaminadas a favorecer la actuación de este tipo de tratamiento.

Por otra parte, hay que reconocer que son las leyes penales mismas que rigen en cada país las que limitan en mayor o menor grado dichas iniciativas.

Hay sin embargo, claras señales de que existe una aspiración cada vez más difundida hacia una vasta y profunda reforma de las leyes penales y penitenciarias, para que éstas correspondan mayormente a las exigencias particulares de la vida social moderna y que satisfagan lo más ampliamente posible las viejas y las nuevas doctrinas de la Defensa social.

Existe pues fundamento para considerar que en la situación actual el mejor medio para hacer que el tratamiento reeducativo del reo sea verdaderamente eficaz es obtener, por medio de disposiciones adecuadas, que el proceso penal se divida en dos fases: la primera destinada a establecer la responsabilidad y a aplicar las sanciones previstas por la legislación penal vigente; la segunda, a individualizar el tratamiento, con base en el más riguroso análisis de la personalidad del condenado.

A este propósito, es oportuno señalar que esta segunda fase, que podría ser confiada a un juez o a un tribunal ejecutivo, presenta una particular exigencia, es decir, la de que sea posible modificar la naturaleza y la duración de las sanciones fijadas con ocasión del proceso, siempre que los expertos encargados del tratamiento lo declaren necesario para una *efectiva* readaptación social del reo.

En realidad, ocurre más a menudo de lo que se cree que la readaptación efectiva del reo se hace difícil y a veces imposible precisamente a causa de la inmutabilidad de la pena.

Se trata de un problema que encuentra todavía una fuerte oposición entre los penalistas. Pero no se puede continuar ignorando que *la defensa de la sociedad no puede quedar casi exclusivamente subordinada a la defensa de principios jurídicos abstractos*. Es, por consiguiente, un deber buscar la manera de conciliar las exigencias ético-jurídicas de las leyes penales con las de un tratamiento que pueda favorecer la efectiva recuperación social del reo.

* * *

Conviene tener en cuenta que tal vez sea posible encontrar mejores soluciones al problema del tratamiento a través de nuevas experiencias, que

podrán ser sumamente facilitadas gracias a la mencionada «Cooperación internacional».

A través de dicha «Cooperación internacional» podrá especialmente evitarse la persistencia de formas de tratamiento demasiado contradictorias.

Bien sabido es que existen todavía países en que los culpables de robo, incluso pequeños, se les corta la mano o incluso el brazo, en otros, en cambio, al mismo tipo de delincuentes se les aplican formas de tratamiento no sólo originales sino que además poseen un profundo contenido humano y moral.

En la cárcel de Hertedvester (Dinamarca) se ha iniciado un interesante experimento destinado a conceder la libertad, junto con una particular asistencia, a los delincuentes habituales por delitos contra la propiedad, por considerárseles como anormales crónicos, y más concretamente como inválidos. A través de este experimento realizado sobre una masa de 63 delincuentes habituales, se ha logrado obtener que el porcentaje de reincidencia bajase del 60 al 21 por 100, y ello gracias a que los ladrones, viéndose asistidos por la sociedad, tienden a dejar de robar.

Permítaseme afirmar que, sobre la base de una larga experiencia, esta forma de tratamiento, aunque poco ortodoxa, corresponde mejor que la otra a los progresos de la ciencia y de la moral moderna. Desde hace muchos años he tenido ocasión de señalar que, más a menudo de lo que se cree, los ladrones reincidentes son de *hecho* «inválidos» para el trabajo, en el sentido de que carecen de las aptitudes fisiopsíquicas indispensables para un trabajo ejercido en forma regular. Lo que es más, se trata de personas cuya invalidez se revela muy a menudo en el período de la infancia durante la actividad escolar, favoreciendo aquellas formas precoces de inadaptación, precursoras de un comportamiento antisocial y criminoso.

Todo ello confirma que el tratamiento reeducativo de los penados constituye hoy todavía un problema que presenta graves dificultades e incertidumbres. Por este motivo, dicho tratamiento se va aplicando a los diferentes países a través de formas más adecuadas a sus particulares condiciones sociales y culturales que a los principios abstractos de las tradiciones jurídico-formalistas.

Sea como sea, es fácil comprender que el tratamiento de dichos ladrones habituales no puede resumirse únicamente ni en el corte de la mano ni en la concesión de la libertad acompañada de una forma de asistencia cualquiera. Es evidente que incluso en el segundo caso es necesario preocuparse de dispensarles un tratamiento capaz ante todo de atenuar o eliminar su estado de «invalidez», especialmente por medio de una rigurosa ergoterapia y una eficaz psicoterapia individual y en grupo.

Cierto es que se van imponiendo cada vez más claramente dos formas de tratamiento, la primera basada sobre todas aquellas técnicas terapéuticas que los estudios criminológicos señalan como las más eficaces para una recuperación social efectiva de los sujetos más peligrosos, y la segunda basada sobre la más vasta aplicación de aquellas varias formas de tratamiento de los individuos en libertad que se vayan revelando particularmente eficaces entre los considerados poco peligrosos.

Naturalmente, cualquier forma de tratamiento debe iniciarse siempre con el más riguroso conocimiento de la personalidad de cada individuo y de las

particulares condiciones ambientales de que provienen y a las cuales están destinados a volver.

Es necesario, pues, que los Gobiernos de todos los países creen, dentro del más breve tiempo posible, las instituciones necesarias para poder llevar a cabo un tratamiento rigurosamente individualizado, con el principal objetivo de favorecer experimentos cada vez más amplios. Dichas experiencias deben considerarse indispensables no sólo para hacer más eficaz el tratamiento de los comportamientos antisociales y criminales, sino también, para adquirir un mayor conocimiento de aquellas técnicas terapéuticas médico-psico-pedagógicas que, con el tiempo, se pueden revelar de gran importancia incluso para un progresivo mejoramiento de la persona humana. Cosa de la que no se puede sentir una cada vez más viva necesidad en nuestra época, caracterizada, como bien se sabe, por una civilización de tipo predominantemente tecnológico-hedonístico.

* * *

Por consiguiente, ha llegado el momento de que los Gobiernos de todos los países reconozcan la necesidad de poner los problemas relativos a la prevención de la criminalidad y al tratamiento de los penados en el orden del día de su política criminal y social. Sólo así se podrá responder adecuadamente al llamamiento que se les dirigió con ocasión del «IV Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención de la criminalidad y el tratamiento de los delincuentes», celebrado en Kyoto en agosto de 1970, y que condujo a la creación en Roma de un «Centro Criminológico Internacional» para el asesoramiento de los países interesados y la formación de expertos en prevención y tratamiento de los comportamientos antisociales y criminales.

Es decir, que es preciso que los gobiernos de todos los países estén dispuestos a fomentar *una nueva política criminal* si se quiere evitar que el fenómeno de la criminalidad asuma aspectos, cuantitativos, cada vez más perjudiciales para el progreso social, civil y moral de todos los países; y que pueda llegar a realizarse la trágica profecía según la cual «si la criminalidad continúa aumentando en la misma proporción que en estos últimos diez años, la humanidad correrá el peligro de ir hacia una catástrofe cuya gravedad nuestra generación no puede ni tan solo concebir (1).

BENIGNO DI TULLIO

Presidente de la Sociedad Italiana
de Criminología.

Presidente Honorario de la Sociedad
Internacional de Criminología.

(1) Baddeley Fred - L'Institut de Criminologie de l'Université de Cambridge. *Revue Internationale de Police Criminelle*, Novembre 1972.

SEMINARIO SOBRE «EVOLUCION SOCIAL Y JUSTICIA PENAL»**APERTURA**

2 mayo 1973

Doctor Pérez-Vitoria: «El Derecho Penal se encuentra en contradicción con las exigencias sociales y humanas»

Una transformación radical de la Justicia Penal fue el deseo que expresaron ayer los cuatro profesores que intervinieron en el acto de apertura del Seminario que, sobre «Evolución social y justicia penal», comenzó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y en el marco del Instituto de Criminología de dicho centro superior. El acto inaugural, al que asistieron participantes españoles y extranjeros, se desarrolló en el Aula Magna de la Facultad de Derecho.

Una revolución jurídica

Intervino en primer lugar el doctor Pérez Vitoria, catedrático de Derecho Penal y director del Instituto de Criminología, para señalar ya en su comienzo que «el Derecho Penal ha sufrido hasta ahora una evidente evolución, pero no al compás de los tiempos y de las necesidades sociales. La transformación ha sido inadecuada. El Derecho Penal actual se encuentra en contradicción con las exigencias sociales y humanas». Se preguntó después si el Derecho Penal respondía a las necesidades de la sociedad presente. Evidentemente, no; según se desprendió de sus palabras. «El Derecho Penal está en crisis. El Derecho Penal no satisface las necesidades. Se impone una verdadera revolución jurídica. El mundo cambia, el mundo se transforma y, sin embargo, mantenemos este Derecho Penal».

Deseó que el Seminario que comenzaba pudiese contribuir a transformar el Derecho Penal pero, indicó no renovándolo como ya se venía haciendo, sino cambiándolo básicamente. Hizo, por último, un breve homenaje a los funcionarios judiciales españoles, porque «deben resolver complicadas cuestiones» y se lamentó de que el delincuente que se sienta en el banquillo sea «un ser olvidado». Y antes de dar fin a su parlamento señaló una vez más que «seguimos anclados a conciencia, porque el actual Derecho Penal no responde a las necesidades y a la Justicia del momento actual. Existe un inmovilismo que da sensación de indiferencia».

Función del Centro Internacional de Criminología

Seguidamente, y después que interviniese el profesor portugués Eduardo Correia, presidente de la sección que tratará sobre «Los efectos jurídicos del delito», quien deseó también que este Seminario colaborase en la reforma básica del Derecho Penal, tomó la palabra don José María Rico, representando a este Seminario de Barcelona, del Centro Internacional de Criminología Comparada, organismo consultivo de las Naciones Unidas con sede en la Universidad de Montreal. Informó que el Centro, fundado en 1969, tenía como fin el desarrollo de una política científica moderna compatible con los derechos fundamentales de ser humano. Se refirió a este Seminario de Bar-

celona y la importancia de aunar esfuerzos para buscar remedios a situaciones criminológicas preocupantes.

Un desequilibrio notorio

Señaló que el tema que iba a tratarse ya había sido abordado en abril de 1971, en Versalles, bajo el título de «La crisis de la Justicia penal». «Los trabajos de Versalles —dijo— mostraron que la crisis existe. Y son sus principales causas, un desequilibrio notorio entre las necesidades de protección social de las colectividades modernas y un sistema legal cuyas estructuras y contenido fundamentales, determinados hace más de un siglo, no han sufrido alteraciones esenciales, pese a las múltiples reformas efectuadas desde entonces».

Indicó, seguidamente, que frente a las sociedades contemporáneas que se vuelven cada vez más complejas, pluralistas, técnicas y despersonalizadas, «la administración de la justicia penal sigue perpetuando su quietismo tradicional: los códigos penales continúan presentando abstracciones metafísicas, los tribunales, inundados de casos, no pueden estudiar a fondo todas las causas; la mayoría de los jueces apenas pueden considerar, sobre todo en el mundo complejo de hoy, las implicaciones económicas, sociales, criminológicas del delito, del delincuente y de la sanción que eventualmente pronunciarán; las penas clásicas no parecen haber probado la eficacia que de ellas esperaba el legislador; el tratamiento dispensado en los establecimientos penitenciarios sólo ha dado hasta ahora resultados mediocres».

La imagen de la Administración de Justicia

Pasó luego a considerar la imagen pública de la administración de la justicia penal y señaló al respecto que «el destinatario de dicho servicio no es el juez ni el abogado, sino el justiciable». Los recientes trabajos de investigación indican como frecuentes reproches su lentitud, de carácter abstracto y vetusto, vestimentas inadecuadas, lenguaje arcaico, lleno de expresiones misteriosas; su desigualdad, sobre todo respecto a las clases más bajas, su inconsecuencia y demasiada severidad o excesiva indulgencia».

Terminó, señalando una vez más, que la justicia penal parecía atravesar un período de crisis en todo el mundo y que urgía encontrar respuestas satisfactorias.

Alcance de lo delictivo en el mundo de hoy

Por último, intervino el profesor Córdoba Roda, quien se encarga de la coordinación general del simposio. Y también se preguntó si la «Justicia Penal guarda relación con las exigencias del momento histórico en que vivimos». Evidentemente, se contestó, no. Resumió después los objetivos de las cuatro secciones que estudiarán «El delito en la sociedad española», «Los efectos jurídicos del delito», «Delitos patrimoniales» y «Drogas».

Sobre todos ellos hizo un acertado resumen. Así, indicó, que «la solución al problema de la delincuencia no puede sólo venir por unos medios que lleven a la reinserción social. Y es también imprescindible que sepamos el alcance de lo que es delictivo en el mundo de hoy. La Sociedad tiene sus propias valoraciones de las conductas».

Finalmente, señaló que en este Seminario, que empezó ayer por la tarde y finalizará mañana miércoles, no buscará conclusiones, sino tan sólo «pistas de investigación».

Por la tarde, comenzaron sus tareas las cuatro mesas redondas sobre los temas apuntados.

DESARROLLO DE LAS CUATRO MESAS DE TRABAJO

«El delito en la sociedad española»: faltan estadísticas

La sección primera del Seminario que ha tratado sobre «El delito en la sociedad española», presidida por el profesor Belderman de Buenos Aires, ha proyectado las tres horas largas de discusión sobre la estructura de la criminalidad en la España actual y, especialmente, sobre la imperiosa necesidad de contar con unas estadísticas criminales elaboradas a partir del delito mismo, sin pasar por el tamiz judicial que, y aún incompleto, es la base, como en otros países rezagados en las ciencias sociales, de que en nuestro país se puede disponer. Por ello los asistentes consideraron, a propuesta del presidente, la necesidad de que ya desde el nivel policial se confeccionasen y publicasen las estadísticas del delito con el fin de obviar el inconveniente que supone el desconocimiento cuantitativo y cualitativo, especialmente grave en algunos delitos, de la producción de infracciones, es decir, lo que los criminólogos han venido a llamar «la cifra oscura de criminalidad». De otra parte, el desconocimiento de la criminalidad real del país produce que la política criminal no pueda proyectarse y desplegarse con la profundidad y eficacia que cabría esperar.

«Los efectos jurídicos del delito»:

La sección segunda —«Los efectos jurídicos del delito»— bajo la presidencia del profesor Correa, se ocupó fundamentalmente del tema de las sanciones de orden no penal, analizando la problemática que plantea la potestad sancionadora de la Administración en relación con la doctrina de la división de poderes y examinado el concepto ilícito administrativo, su estructuración y los criterios de diferenciación respecto al ilícito penal. Concretamente se atendió al problema de las sanciones aplicables y las sanciones privativas de libertad; se debatió la conveniencia de restringir la facultad sancionadora administrativa respecto a estas últimas, bien impuestas con carácter principal o como sustitutorias por impago de multas.

«Delitos patrimoniales»: nivel de vida-criminalidad

Las cuestiones tratadas por la sección terminará en torno a los «Delitos patrimoniales» han sido los siguientes: «Estructura de la protección penal al patrimonio» y «Crisis de las nociones tradicionales de sujeto activo o pasivo». En cuanto al primer tema se ha hecho un estudio estadístico de la evolución de los mismos en la sociedad española durante el decenio de los sesenta. Se suscitó la discusión acerca de la relación entre nivel de vida y criminalidad patrimonial, y si la disminución aparente de ésta obedece a un aumento proporcional de la cifra oscura de persecución, derivada de cau-

sas sociales y de organización entre sociedad y la administración de justicia. Asimismo existe el problema del criterio de valoración económica de tales delitos y la necesidad de que el mismo sea combinado con una evaluación de otros perjuicios más acordes con la política criminal. Por último quedó esbozada una clasificación entre formas tradicionales, formas mutantes y formas nuevas de criminalidad. En cuanto al segundo tema, la exposición versó sobre el papel de las personas jurídicas en los ataques patrimoniales y las posibilidades de su punición.

«Drogas»: el consumidor

La sección cuarta, sobre «Drogas», presidida por el fiscal de Sao Paulo, doctor Pizzotti, estudió si toda droga poseía aspectos tanto medicamentosos como nocivos, desechándose que la «cannabiss» deba incluirse entre las sustancias también beneficiosas y que aún siendo mínima su aptitud deteriorante, el mayor riesgo reside en la común tendencia a ser combinada con otros productos. Se destacó la vinculación del reproche jurídico a presupuestos morales y, sobre todo, a criterios de daño social. La masa, en su conjunto, entendió oportuno no pronunciarse sobre la condena estrictamente moral del consumo. Laboriosas discusiones se produjeron sobre la etiología de la ruptura de valores que implica la droga, así como sobre lo comprensible, o totalmente repudiable, que tal ruptura representa. Se debatió también la utilidad de liberalizar el consumo no peligroso sometiendo al adicto a control eficaz. Finalmente, con cuatro votos en contra, la mesa aceptó que el sometimiento del consumidor a medidas de seguridad no solamente clínicas procederá siempre que el adicto suponga un concreto peligro social que sea directo resultado del consumo.

CLAUSURA

JUEVES, 10 DE MAYO DE 1973

CONCLUSIONES DE LAS CUATRO MESAS DE TRABAJO

«En este país se han sentado a discutir sobre temas candentes, sectores que en la vida diaria no están de la mano. Se ha demostrado que podían estar cerca, se han formulado criterios coherentes y accesibles». Con estas palabras optimistas y esperanzadoras, cerró el acto de clausura del Seminario sobre «Evolución Social y Justicia Penal» el doctor argentino Bernardo Beiderman, quien habló en nombre de todos los participantes extranjeros. El acto se desarrolló en el aula magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona; en la organización del seminario han colaborado la Cátedra de Derecho Penal y el Instituto de Criminología.

Pero antes de que, de esa forma, se diesen por terminadas estas jornadas, se leyeron las conclusiones generales de cada una de las mesas de trabajo: «El delito en la sociedad española», «Los efectos jurídicos del delito», «Delitos patrimoniales» y «Drogas».

«El delito en la sociedad española»

Se abordó, dice la conclusión, la situación de la criminalidad en nuestro país. Son evidentes las deficiencias de las estadísticas sobre ese tema: sin embargo, en el transcurso de las sesiones de trabajo se destacó «el predominio de ciertos delitos, sobre todo los que atentan contra la propiedad y los relacionados con el tránsito». «En lo que se refiere a estas últimas infracciones, se ve incrementado el volumen de imprudencias punibles».

Se propuso el acceso a fuentes directas no judiciales para mantener una estadística y se formuló la propuesta de creación de un centro de investigación criminológica. «Las estadísticas, son un instrumento necesario para la formulación de una coherente política criminal».

También se sometió a discusión en las reuniones de trabajo, la situación de organización y funcionamiento de la Administración de Justicia y como problemas más sobresalientes se apuntaron los siguientes: el de la atribución al juez o al ministerio fiscal, de las funciones de instrucción del sumario y se destacó la necesidad de que sea el juez quien conserve la facultad de proceder o no; la falta de racionalización del trabajo; la falta de medios personales y materiales con que cuenta la Administración de Justicia, siendo de resaltar la urgente necesidad de ampliar el número de integrantes de la carrera judicial y fiscal.

Igualmente se trató sobre la actuación policial y se debatió en las sesiones la desigualdad con que son tratadas ciertas conductas presuntamente criminales respecto de otras. También fue analizado el comportamiento de las personas llamadas a colaborar por la Sociedad en la Administración de la Justicia. Se apuntó la posible influencia del medio urbano en ciertas conductas no solidarias y el posible papel que puede jugar el miedo en determinados sectores o grupos sociales.

«Los efectos jurídicos del delito»

No se llegó a conclusiones concretas, sino a una indicación de soluciones que pudieran considerarse factibles. Con respecto a las sanciones de orden no penal, se señaló que se imponían sanciones superiores en intensidad a las penas. Conviene reconducir al ámbito penal muchas de las sanciones aplicadas por la Administración. Se indica la creación de un Derecho no penal ni administrativo que comprendiera en un Código de Policía las contravenciones y algunas actuales infracciones penales de pequeña importancia; convendría precisar la diferencia cualitativa entre ilícito penal y administrativo. Se subrayó que la pena podría tener fines readaptadores.

Con respecto a la duración de las penas se indicó que la justicia penal debía atender a la efectiva reinserción social de los delincuentes y se apuntó la necesidad de acortar hasta los quince años, aproximadamente, la duración máxima de las penas de privación de libertad, en evitación de que produzcan deterioros de personalidad y de cambios bruscos de situación. En relación a los beneficios penales de remisión condicional y libertad condicional, se propuso la utilización más amplia de la pena de multa y se acentuó la necesidad de sustituir las penas de multa de cuantía fija por los sistemas de días-multa, variando el importe de la misma en relación a los ingresos:

económicos diarios del condenado, para evitar desigualdades sociales. Se observó que en el sistema español, referido a la libertad condicional, existían excesivas exigencias legales para su concesión.

Por último, se admitió la posibilidad de tipificar como delitos ciertas formas de vida hoy estimadas como peligrosas.

«Delitos patrimoniales»

No se facilitó conclusión alguna, aunque quien resumió en el acto los puntos a los que se llegó, indicó que se habían estudiado temas tales como la especulación de terrenos e inmuebles con fines contrarios a la ley y el fraude en los materiales que se emplean en las construcciones en cuanto a su cantidad y calidad que, se señaló, «han dado origen a desgraciados sucesos no sólo en España, sino también en todo el mundo».

«Drogas»

Por último, se pasó revista a las conclusiones con respecto a las drogas. «La defensa social —se dijo— es legítima para reprimir los estados peligrosos del toxicómano. Tales medidas se aplicarán tan sólo en las siguientes condiciones: 1.^a Que el toxicómano represente un riesgo concreto para la sociedad. 2.^a Que el riesgo sea directa y comprobada consecuencia del hábito. 3.^a Que las medidas tan sólo se ejecuten si existen realmente establecimientos de rehabilitación.» «La mesa entiende, por unanimidad, que los actuales controles se hallan casi generalmente en situación de desajuste con la verdadera entidad del consumo de drogas».

También se analizó la actual Ley Penal española y se estimó que debe crearse tanto una tipología como unas sanciones a nivel mundial, por lo que sería aconsejable «proceder a la instauración de una competencia internacional del tráfico de estupefacientes».

Finalmente, y una vez expuesta las conclusiones, cerró el acto el doctor PÉREZ-VITORIA, quien asistió a la clausura junto con el doctor CÓRDOBA, coordinador general de este seminario, y otras personalidades.

(«DE LA VANGUARDIA», 10-5-1973.)

PRIMER COLOQUIO CRIMINOLOGICO DEL CONSEJO DE EUROPA

En Estrasburgo se reunirán del 28 al 30 de noviembre de 1973 medio centenar de participantes y entre ellos unos veinte criminólogos de los Estados miembros del Consejo de Europa, con el Bureau del Comité europeo, para los problemas criminales y los miembros del Consejo Científico Criminológico del Consejo de Europa, que ha convocado esta reunión con el nombre de I COLOQUIO CRIMINOLOGICO.

Sus trabajos parecen seriamente preparados, como lo indica la antelación con que están ya elaborados y difundidos dos básicos documentos de trabajo sobre los temas generales del Coloquio: la ponencia sobre los *métodos de evaluación y de planificación de las actividades de la policía* (obra

de M. B. ALPSTEN, del Ministerio de Justicia de Suecia) y la segunda ponencia sobre un *tratamiento más eficaz de los delincuentes*, presentada por los señores R. V. G. CLARKE e I. SINCLAIR (Gran Bretaña).

La primera ponencia examina los sistemas modernos de elaboración del presupuesto y de planificación de las actividades de la policía, con el fin de asegurar la utilización más racional que en el pasado de los recursos disponibles, mediante un análisis profundo de los medios empleados y de los resultados así obtenidos, con especial estudio de la planificación de la policía en Suecia. Especial interés ofrece lo referente a la estructura de las autoridades u organismos que en Suecia se ocupan de los problemas criminales y de la policía en particular, así como el uso de los ordenadores electrónicos.

La segunda ponencia, sobre la eficaz evaluación del tratamiento de los delincuentes, llega a la conclusión de que ésta es bien decepcionante, a juzgar por su mejor índice: el porcentaje de reincidencia, sensiblemente el mismo con el trato de los delincuentes hasta hoy generalmente dispensado.

Subrayan los autores que según importantes y recientes estudios criminológicos, el medio social ejerce una influencia cada vez más decisiva sobre la comisión de actos delictivos, así como sobre la reincidencia. Teniéndolos en cuenta, proponen como criterios de eficacia segura no solo una auténtica rehabilitación del delincuente, sino también la protección del público, exigencias de justicia y humanidad. Llaman también la atención de los criminólogos sobre un método que debe atraer más aún la atención de los investigadores: la comparación del funcionamiento y de los resultados de varios establecimientos que apliquen el mismo tratamiento a los delincuentes. Proponen también se creen unidades de planificación en los servicios gubernamentales para una mejor política criminal.

Diversas organizaciones internacionales especializadas, no gubernamentales, han asegurado su presencia en el coloquio (Asociaciones Internacionales de Defensa Social y de Derecho Penal, Sociedad Internacional de Criminología, Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, etc.).

PASCUAL MENEU

XI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

El grupo nacional húngaro de la veterana ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, han editado el programa de su undécimo congreso a celebrar en Budapest del 9 al 15 de septiembre de 1974, continuando la serie de los por aquélla celebrados, jalonando el progreso de las ciencias penales.

Actualmente preside la A. I. D. P. el profesor PIERRE BOUZAT, Decano honorario de Rennes (Francia), siendo sus presidentes honorarios los profesores PAUL CONILL (Bruselas) y JEAN GRAVEN, ex Rector de la Universidad de Ginebra y Director de la Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique.

Preside el Comité Organizador el profesor LASZLO VISKI, vicepresidente

del grupo nacional húngaro de la A. I. D. P. (P. O. BOX 31 H1250 BUDAPEST).

El congreso se dividirá en cuatro secciones: la primera dedicada a la *evolución de los métodos y de los medios de derecho penal*, con la ponencia general del profesor TIBOR KIRALY (Budapest). La presidirá el Presidente de la Sala primera del Tribunal de Casación francés, M. ANCAL, con las presidencias de los profesores KUDRJAVCEV (Moscú) y GODONY (Budapest).

La sección II abordará tema tan actual como PREVENCIÓN Y REPRESENTACIÓN DEL ABUSO Y TRAFICO DE DROGAS, presidida por el Decano ANDREJEW (Varsovia) con dos vicepresidencias a cargo del profesor HULSMAN (Rotterdam) y del fiscal SANDOR FARKAS (Budapest). Ponente general el profesor MUELLER, de la Universidad de New York.

INDEMNIZACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE LA INFRACCIÓN PENAL es el tema general de la sección III de la que es ponente general el venerable profesor honorario de la Universidad de Leyden y bondadoso Maestro y amigo el Dr. HAKOB VAN BEMMELEN. La presidirá el profesor H. H. JESCHECK, el eco de cuyos magníficos cursos en la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Luxemburgo, aún recuedan gratamente sus alumnos. Y serán vicepresidentes el famoso magistrado de la casación italiana y dilecto amigo CARLO ERRA, hoy Presidente de Sala, y el profesor G. KALMAN (Budapest).

La sección cuarta se ocupará de un tema que no podía faltar en estos tiempos: LA REPRESIÓN DE LA CAPTURA ILÍCITA DE AERONAVES. Su ponente el profesor SUNDBERG (Estocolmo), bajo la presidencia del profesor H. C. FRAGOSO (Brasil) y vicepresidencias del profesor L. LAZAREVIC (Novi Sad) y del coronel KERTESZ, de la policía de Budapest.

Las sesiones se celebrarán en los regios locales de la Academia de Ciencias de Hungría, cuya hospitalidad tuvimos ocasión de apreciar. (9 place Roosevelt).

Serán lenguas oficiales el húngaro, el francés, el ruso y el inglés, con servicio de interpretación simultánea, permitiéndose intervenciones en cualquier otra lengua si se asegura la traducción a las oficiales del congreso.

La Presidencia, vicepresidencias y secretario general serán libremente elegidos por el congreso, a propuesta del Consejo de dirección de la AIDP.

Los trabajos preparatorios y del congreso se publican en la REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL (París). Los congresistas podrán visitar tribunales, prisiones, instituto técnico de la policía judicial, etc. y en su honor se organizan varias recepciones y actos.

P. MENEU

V CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS. PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE

Cuatro han sido ya los congresos internacionales celebrados por las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente: Ginebra (1955) Londres (1960) Estocolmo (1965) y Kioto (1970).

Ocioso sería destacar aquí su importancia, a que nos hemos referido

en anteriores publicaciones, y que nos fue dado apreciar por nuestra participación en el de Londres, a invitaciones de la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas, y por sus actas y publicaciones así como por la Revista Internacional sobre la materia, que edita la propia Organización.

El quinto congreso se celebrará en TORONTO (CANADA) del 1 al 15 de septiembre de 1975. Siendo huésped del Congreso el Gobierno canadiense ya ha sido designado un coordinador para la preparación del congreso, y actúa un Comité Nacional asesor, convocado por el Procurador o Fiscal General del Canadá.

Cual en anteriores congresos tres serán las categorías de participantes:

a) «Miembros designados especialmente por los gobiernos y que son expertos en defensa social o intervienen directamente en la política y en los programas de prevención del delito y lucha contra la delincuencia... y tienen conocimientos especiales sobre los temas del programa o experiencia en ellos».

b) Representantes de los organismos especializados de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales, reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social, que se interesen por las cuestiones de defensa social o de ellas se ocupen.

c) Participantes a título personal.

Se llegó a la decisión, con el Gobierno del Canadá, de que no sería posible ni conveniente que el número de participantes pasara de 2.000, decisión ratificada por el Comité de Prevención del delito y lucha contra la delincuencia. Ello puede llevar a modificar la composición del congreso o limitar la participación a título personal, según fórmulas que nos constase estudian actualmente.

De la importancia de su preparación dará idea el hecho de la organización de reuniones regionales, la celebrada en Tokio (Japón) en julio de 1973, y las previstas en Brasilia y en una ciudad africana por designar. También el gobierno de Dinamarca invitó a los gobiernos europeos a enviar sus representantes a una reunión preparatoria sobre el programa del congreso, celebrada el 17 de agosto, y en Copenhague se reunió también un seminario interregional sobre el uso de la investigación como base para la política y la planificación de la defensa social, convocado para aportar al Congreso el fruto de su trabajo.

Idiomas oficiales del congreso serán, el chino, el español, el francés, el inglés y el ruso. En ellos serán redactados los documentos de trabajo, y la secretaría de las Naciones Unidas prepara uno sobre cada uno de los temas del programa, que son los cinco que detallamos, bajo el general del congreso así enunciado: LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA; el reto del último cuarto de siglo:

1. Cambios en las formas y dimensiones de la delincuencia trasnacional y nacional.

2. Mejoras en la legislación penal, observancia de la ley, la administración judicial y los sistemas correccionales con miras a la prevención del delito y el tratamiento del delincuente en la comunidad.

3. Las crecientes funciones de la policía y otros organismos de cumplimiento de la Ley.

4. El tratamiento del delincuente bajo custodia, con especial referencia a la aplicación de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos, aprobadas por las Naciones Unidas.

5. Consecuencias económicas y sociales del delito: nuevos estímulos para la investigación y planificación.

Esperemos que el congreso alcance sus fines sobre las importantes materias que le dan título. La inscripción no comenzará hasta septiembre de 1974, pero están muy avanzados los preparativos de tan laboriosa organización.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

Abogado del I. Colegio de Madrid.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXVI

FASCICULO III

Septiembre - diciembre MCMXXLIII

	<u>Páginas</u>
JUAN DEL ROSAL: <i>In memoriam</i> , por José M. ^a Navarrete	485
Sección Doctrinal	
<i>Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto</i> , por Marino Barbero Santos	487
<i>El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo	499
<i>El contenido de injusto en el delito de quiebra. Observaciones sobre una reciente corriente jurisprudencial</i> , por Miguel Bajo Fernández	533
Sección Legislativa	
<i>Ley 29/73, de 19 de diciembre de 1973, sobre la negativa a la prestación del servicio militar</i>	565
<i>Orden de 1 de noviembre de 1973 por la que se desarrolla el decreto 2.160/1973, de 21 de agosto, que atribuye a juzgados distintos las jurisdicciones civil y penal en determinadas capitales</i>	568
<i>Instrumento de ratificación del convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal, el 23 de septiembre de 1973</i>	573
<i>Orden de 17 de enero de 1974 por la que se desarrolla el decreto 1.890/1973, de 26 de julio, que modifica determinados artículos del Código de la Circulación</i>	579
<i>Ley 6/1974, de 13 de febrero, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>	581
Sección de Jurisprudencia	
<i>Jurisprudencia Penal 1973</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	585

Revista de Libros

ORTEGO COSTALES, José: <i>La justicia penal y el penalista</i> , por José Antón Oneca	623
VON BAUMANN, J. UND DÄHN, G.: <i>Studien zum Wirtschaftsstrafrecht Herausgegeben</i> (Estudios de Derecho penal económico, recopilados por J. Baumann y G. Dähn).	
DAUBLER, W.: <i>Sin und Unsinn der Insolvenzdelikte, zugleich ein Beitrag zur Reform des Vermögensstrafrechts</i> (sentido y sin sentido de los delitos de insolvencia. Contribución a la reforma del Derecho penal patrimonial).	
BOLENTUS, M.: <i>Wirtschaftsstrafrechtliche normen in wettbeverbs- und Kartellrecht</i> (normas de Derecho penal económico en materia de libertad de competencia).	
DAHN, G.: <i>Das Wirtschaftsstrafgesetz und das Preisstrafrecht</i> (la ley penal económica de 1949 y las normas jurídico penales sobre precios).	
MAIER, K., DAHN G.: <i>Kartellstrafecht und sein Verhältnis zum Preisstrafrecht</i> (relación entre las normas penales sobre limitación de la competencia en el mercado y las normas penales sobre precios).	
DAUBLER, W.: <i>Strafbaret von Arbeitskämpfen?</i> (¿Punibilidad de los conflictos de trabajo?).	
DAHN, G.: <i>Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Handels-, Urheber- und Erfinderrecht</i> (el Derecho penal económico y los Derechos mercantil y de propiedad intelectual e industria), por Miguel Bajo Fernández	624
NOTICIARIO	629

Sección Legislativa

<i>Ley 29/73, de 19 de diciembre de 1973, sobre la negativa a la prestación del servicio militar</i>	565
<i>Orden de 1 de noviembre de 1973 por la que se desarrolla el decreto 2.160/1973, de 21 de agosto, que atribuye a juzgados distintos las jurisdicciones civil y penal en determinadas capitales</i>	568
<i>Instrumento de ratificación del convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1973</i>	573
<i>Orden de 17 de enero de 1974 por la que se desarrolla el decreto 1.890/1973, de 26 de julio, que modifica determinados artículos del Código de la Circulación</i>	579
<i>Ley 6/1974 de 13 de febrero, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>	581

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1973, por Pedro Luis Yáñez Román</i>	585
---	-----

Revista de Libros

ORTEGO COSTALES, José: <i>La justicia penal y el penalista</i> , por José Antón Oneca.	623
VON BAUMANN, J. UND DÄHN, G.: <i>Studien zum Wirtschaftsstrafrecht Herausgegeben</i> (Estudios de Derecho penal económico, recopilados por J. Baumann y G. Dähn).	
DAUBLER, W.: <i>Sin und Unsinn der Insolvenzdelikte, zugleich ein Beitrag zur Reform des Vermögensstrafrechts</i> (sentido y sin sentido de los delitos de insolvencia. Contribución a la reforma del Derecho penal patrimonial).	
BOLENTUS, M.: <i>Wirtschaftsstrafrechtliche normen in wettbewerbs- und Kartellrecht</i> (normas de Derecho penal económico en materia de libertad de competencia).	
DAHN, G.: <i>Das Wirtschaftsstrafgesetz und das Preisstrafrecht</i> (la ley penal económica de 1949 y las normas jurídico penales sobre precios).	
MAIER, K., DAHN, G.: <i>Kartellstrafrecht und sein Verhältnis zum Preisstrafrecht</i> (relación entre las normas penales sobre limitación de la competencia en el mercado y las normas penales sobre precios).	
DAUBLER, W.: <i>Strafbarker von Arbeitskämpfen?</i> (¿Punibilidad de los conflictos de trabajo?).	
DAHN, G.: <i>Wirtschaftsstrafrechtliche Normen in Handels-, Urheber- und Erfinderrecht</i> (el Derecho penal económico y los Derechos mercantil y de propiedad intelectual e industria), por Miguel Bajo Fernández	624

Noticario	629
-------------------------	-----

Suscripción anual: España, 450,— pesetas
Extranjero, 575,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas