

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXVII  
FASCICULO III



SEPTBRE. - DICBRE.  
MCMLXXIV

# 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 GARCÍ-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

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de La Laguna

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

## INDICE

### Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>La fundamentación doctrinal y la orientación politico-criminal del Código penal chileno en el panorama actual del Derecho penal</i> , por Marino Barbero Santos ... ..	427
<i>Matrimonios ilegales en el Código penal</i> , por Santiago Mir Puig ... ..	433
<i>Comentarios al Código penal y dogmática juridicopenal</i> ... ..	481

# 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, 800 ptas. Extranjero, 950.

Precio del fascículo suelto: España, 350 ptas. Extranjero, 450 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 1974.

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

## CORRESPONDENCIA

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

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS.

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

**ANUARIO  
DE DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXVII  
FASCICULO III**



**SEPTBRE.-DICBRE.  
MCMLXXXIV**

---

---

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

---

---

Depósito Legal, M. 126.—1958

## La fundamentación doctrinal y la orientación político-criminal del Código penal chileno en el panorama actual del Derecho penal

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

### I

Por diversos factores, que no viene al caso exponer, no he redactado la relación general que se había tenido la atención de proponerme, ni he estado presente en Valparaíso en las Jornadas Internacionales de Derecho penal conmemorativas del Centenario de la promulgación del Código penal chileno. No puedo negarme, sin embargo, a prestar una colaboración científica —aunque sin pretensiones, por las razones aludidas— a esta celebración jubilar de carácter universitario, la cual se va a concretar en unas breves observaciones sobre el tema que se me sugirió, con el simple fin de que puedan servir de base a una posible discusión durante las Jornadas citadas.

El venerable Código chileno es un Código antiguo, y no sólo por la fecha de su promulgación. Ortiz Muñoz lo calificaba ya en 1937 de “antiquísimo” (*Nociones generales de Derecho penal*, II, Santiago de Chile, 1937, pág. 15). Su superficial modelo fue —como nos relata Novoa Monreal (*Curso de Derecho penal chileno*, I, Santiago de Chile, 1960, págs. 105 y sigs.)— el Código penal español de 1848, reformado en 1850, del que acogió numerosas disposiciones incluso en su tenor literal. También el Código belga de 1867, entonces recién promulgado, fue tenido en cuenta —atendiendo sugerencias del gobierno— por la Comisión redactora, y en mucha menor medida otros Códigos coetaneos (Román Vidal: *El delito militar en el Código de Justicia Militar chileno*, en “Revista Española de Derecho Militar”. 1960 (9), pág. 186 (nota) y determinadas leyes especiales, como la de hurtos y robos de 7 de agosto de 1849, la de ferrocarriles de 6 de agosto de 1862, y la de telégrafos de 10 de noviembre de 1852 (Lababut: *Derecho penal*, Parte General, 6.<sup>a</sup> edición (Zenteno), Santiago de Chile, 1972, pág. 60).

El Código penal español de 1848, por influjo de Rossi, era ecléctico: pretendía armonizar postulados retributivos y utilitarios, o, con otras palabras, concepciones de Kant y Hegel con las sostenidas por Beccaria o Bentham.

El Código belga de 1867 no puede considerarse más moderno que el español de 1850, aunque se promulgó tres lustros después. El Código de Napoleón de 1810 había regido en Bélgica durante cincuenta y seis años y los legisladores de este país pretendieron principalmente realizar una obra que evitase las manifestaciones más severas del Código francés. Prins pudo afirmar que el *Code pénal* de 1810 era sobre todo una obra de despotismo y de reacción, mientras el Código belga de 1867 es una obra de optimismo y humanidad, de esperanza y de fe en la perfectibilidad del hombre. Pero añadía: ha aparecido en una época, sin embargo, en que no podía tomar en consideración la enorme corriente reformadora que desde entonces ha hecho penetrar el Derecho penal por vías nuevas. Hay un desequilibrio entre los principios antiguos inmovilizados en la ley positiva y la ciencia penal contemporánea que va muy por delante de ellos (*Science pénale et droit positif*, Bruselas-París, 1899, pág. 33). Lo mismo puede afirmarse del Código español, incluso en su redacción de 1870. Desde el plano político-criminal, ni el Código hispano, ni el belga pudieron tener en cuenta, por razones cronológicas, los resultados de la controversia de las escuelas, es decir, acoger instituciones propugnadas por la denominada dirección moderna. Mientras desde el puro plano político ambos respondían a la ideología del Estado liberal de Derecho, pronto superada por el Estado social de Derecho y, más tarde, por el Estado democrático de Derecho.

Esta fundamentación doctrinal y político-criminal se concreta, por un lado, en una serie de instituciones que hoy pueden estimarse superadas, o, con otras palabras, que no se acomodan al pensamiento en la actualidad vigente, y, por otro lado, en la ausencia de otras, que sólo posteriormente y de forma no por entero satisfactoria, se han ido acogiendo por el ordenamiento punitivo chileno.

## II

Unas y otras pertenecen tanto a la parte general como a la especial. Por obvias razones tenemos que hacer una selección, limitando la referencia a algunas de las que en el panorama actual del Derecho penal legislado o científico gozan de menor o ningún favor:

1. La reforma de 10 de junio de 1953 (Ley núm. 11.183) acude todavía al anticuado sistema del discernimiento para declarar la responsabilidad del mayor de 16 años y menos de 18 años (de acuerdo con la ley de 23 de octubre de 1928 la determinación del discernimiento se extendía desde los 16 hasta los 20 años). Con palabras de Labatut (*ob. cit.*, pág. 265), aunque inspirada en los modernos

principios, la Ley sobre protección de menores no rompió del todo el sistema tradicional y mantuvo el discernimiento ante la ley penal. Fue, sin duda —de acuerdo con el mismo autor—, una concesión que hizo a la conciencia popular, en que arraigan fuertemente todavía los conceptos clásicos de la expiación del delito por medio de la pena y de la responsabilidad moral del hombre. Concesión a la conciencia popular, añadiríamos, que se opone a las concepciones hoy imperantes.

2. Pena de muerte. Por la Ley número 17.266, de 6 de enero de 1970, se suprimió la aplicación de la pena de muerte como pena única (aunque el serlo no impedía en la legislación anterior el que por la concurrencia de ciertas circunstancias atenuantes (art. 65) se pudiera llegar a su no imposición). La pena capital está desapareciendo en nuestros días del catálogo punitivo común de la generalidad, al menos, de los países de Europa Occidental, e incluso se ha iniciado su cancelación en la propia jurisdicción militar y en los estados de excepción (Barbero Santos, *La pena de muerte, problema actual*, en "Estudios de Criminología y Derecho Penal", Valladolid, 1972, pág. 169). El problema más grave, a mi entender, que presenta la pena capital en Chile (en la actualidad puede ser pena alternativa o grado superior de pena) no es que se introdujese sin merecer mayores discusiones en el seno de la Comisión Redactora del Código nacional, sino que la doctrina hoy día pase de largo sobre una institución que concede un marchamo sangriento y macabro a las legislaciones que la admiten. Etcheverry, alega, por ejemplo, que no la discute en "una obra como la presente" (*Derecho penal*, II, Parte General, Santiago de Chile, 1964, pág. 147) por tratarse de un punto propio de la filosofía del Derecho. No estamos de acuerdo con nuestro colega chileno. Es un problema político-criminal y que, por tanto, el dogmático no puede eludir. Novoa es quizá el penalista del país hermano que se ocupa del tema con mayor amplitud en su excelente *Curso de Derecho penal chileno* (Santiago de Chile, 1966, II, págs. 328 y sigs.) admitiendo la máxima pena en "ciertos casos excepcionales de crímenes que pueden socavar las bases fundamentales de convivencia entre los hombres" (*ob. cit.*, pág. 338). Esta admisión, aun con las limitaciones a que el autor la somete, está en abierta contradicción, a nuestro juicio, con su exigencia (*obra citada*, pág. 316) de que uno de los caracteres de la pena en general es la humanidad, "en el sentido de que deben excluirse las sanciones que hieren los sentimientos normales de respeto a la persona humana". Creemos que ninguna pena hiere más vivamente los sentimientos normales de respeto a la persona humana que la pena capital.

3. No menos grave, desde el panorama actual del Derecho penal comparado y de la doctrina científica más cualificada, es la admisión de una serie de penas de carácter perpetuo, a saber: el presidio, la reclusión, la relegación y las inhabilitaciones absoluta o especial para cargos y oficios públicos, derechos políticos o profesión titular. Resulta altamente extraño que los comentaristas (Etche-

verry, Labatut, Novoa, etc.) admitan, sin el menor reparo, toda esta amplia serie de penas perpetuas que se oponen a las concepciones que hoy imperan sobre la regeneración del delincuente. En lo que afecta a las penas cortas debe considerarse excesiva, por el contrario, la ampliación de la condena condicional a las penas privativas de libertad de hasta tres años —modificación efectuada por la ley número 17.642, de 4 de mayo de 1972—, como agudamente ha expuesto Silva Peña Wasaff en su monografía *La condena condicional en Chile*, Valparaíso, 1974, *passim*.

4. El Código penal chileno prevé todavía las penas de celda solitaria y de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal. Su naturaleza no es de penas accesorias, según establece el artículo 21, sino, como con convincentes argumentos sostiene Etcheverry, de penas principales, previstas en el artículo 90 para el delito de quebrantamiento de condena y en el 91 para el supuesto de que un recluso cometa un nuevo delito durante el cumplimiento de la condena o después de haberla quebrantado (Etcheverry, *Derecho penal*, II, Parte General, Santiago de Chile, 1964, páginas 139 y 155-156). Por nuestra parte estimamos que siguiendo el ejemplo de la ley de 6 de enero de 1970 (núm. 17.266), que suprimió la pena nominativamente accesoria de cadena y grillete —de tan rancio abolengo hispánico—, igualmente se supriman éstas.

5. El sistema punitivo chileno quebranta el fundamental postulado actual de que no hay pena sin culpabilidad. Admite profusamente delitos de sospecha, delitos determinados por el resultado, delitos cualificados por el resultado, etc. No está en lo cierto, por tanto, Labatut (*ob. cit.*, pág. 156) cuando afirma, v. gr., que son escasísimos los delitos de esta última especie que el Código acoge. A los ejemplos por él citados pueden añadirse, creemos, bastantes más, por ejemplo, el artículo 360 que prevé el supuesto de raptos sin poder dar el autor razón del paradero de la persona raptada o explicaciones satisfactorias sobre su muerte o desaparición, los artículos 348, 351 y 352 que regulan los supuestos de abandono de un niño en lugar solitario o no, o de un priente enfermo o imposibilitado, con resultado de muerte, etc. Como delitos determinados por el resultado podríamos mencionar, entre otros, los de lesiones, y como delito de sospecha, el artículo 445, relativo a la fabricación, expendición o tenencia de llaves falsas o ganzúas. Todos ellos olvidados por Labatut.

6. Entre las instituciones que responden a las exigencias de la llamada dirección moderna, la más importante es, sin duda, la medida de seguridad. En la legislación chilena las medidas de seguridad se regulan desde el 4 de octubre de 1954 en una ley sobre los estados antisociales y no en el Código penal. Ley que se inspira en la de Vagos y Maleantes española de 1933, en la ley colombina sobre la materia, en un proyecto uruguayo y en los chilenos de Código penal, especialmente en el de Silva-Labatut de 1938 (Novoa, *obra citada*, II, pág. 422).

El rasgo más notable, y que constituye a la vez el defecto más grave de esta ley (la número 11.625), es el sancionar con la imposición de medidas de seguridad determinados estados de la persona, sin necesidad de que esa persona haya cometido ningún delito (Etcheverry, *ob. cit.*, II, Parte General, pág. 241), es decir, admite el recriminable sistema de la peligrosidad pre-delictual (Barbero Santos: *Consideraciones sobre el estado peligroso en las medidas de seguridad*, en "Estudios de Criminología y Derecho penal", Valladolid, 1972, págs. 52 y sigs.), lo que indudablemente viola los indeclinables postulados de certeza y de seguridad jurídicas (*Conclusiones de las Segundas Jornadas de profesores numerarios españoles de Derecho penal, celebradas en Barcelona durante los días 29 y 30 de mayo de 1974*, núm. 1), con el agravamiento de que la privación de libertad del sujeto — por obra de un juicio de pronóstico de delinquir que realiza el mismo legislador— puede en algún caso ser perpetua (de acuerdo con los términos del art. 3.º, núm. 2. "por tiempo absolutamente indeterminado"). Pero quizá aún más lamentable que lo expuesto sea la regulación procesal de la propia ley, porque contribuye a aumentar la falta ya grave de tutela de los derechos individuales, que es el denominador común de toda ella. Con palabras de Etcheverry (*ob. cit.*, II, pág. 245) el procedimiento es brevísimo, exclusivamente inquisitorial y sin fase contradictoria: el afectado nunca es formalmente enfrentado con los cargos que se le formulan, ni tiene posibilidad de contravertirlos formalmente: no tiene más oportunidad de defenderse que las declaraciones indagatorias que preste, sin posibilidad de tachar o contrainterrogar testigos o peritos u objetar documentos; por último, contra la decisión no cabe más recurso que el de apelación al solo efecto devolutivo. Con este drástico y sumarísimo procedimiento —y continuamos citando a Etcheverry— un ciudadano puede ser eventualmente internado durante toda su vida.

En lo que a la parte especial afecta, no deja de resultar sorprendente que incluso en un libro de la alta calidad científica del *Derecho penal chileno*, Parte Especial, *Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* (Santiago de Chile, 1971, pág. 48), de Grisolia-Bustos-Polittoff, se manifieste que los "aspectos históricos, criminológicos y de política-criminal son raramente abordados y, cuando se tocan, sólo es para fines muy circunscritos". Por fortuna, en alguna ocasión los autores hacen uso de esa excepción, v. gr., cuando critican la anómala regulación del infanticidio en el Código penal chileno, delito que merece únicamente más leve pena por estimarse de menor disvalor el hecho cuando el sujeto pasivo es un recién parido que no ha alcanzado cuarenta y ocho horas de vida, que cuando es mayor. Conclusión sustancialmente absurda, pero inevitable, de acuerdo con la propia expresión de los autores. ¡Lástima que las consideraciones de *lege ferenda*, que en esta ocasión exponen (pág. 442), no las hayan manifestado también respecto a otros delitos que estudian en su Manual, por ejemplo, el aborto! La misma crítica podría

extenderse a otros autores que no se han planteado, desde un plano político-criminal, la conveniencia o no de que sigan siendo delictivas, la sodomía (art. 365, inciso 1.º), el adulterio (art. 375), el amancebamiento (art. 381), y tantas otras conductas hoy previstas como tales.

### III

Si se me preguntase si, como resultado de lo expuesto, estimo necesaria una reforma profunda del Código penal chileno, mi respuesta sería afirmativa. Habría de responder negativamente, en cambio, a la pregunta de si estimo oportuno llevar a cabo ahora. El Código penal chileno debe ponerse al día —son palabras de Ortiz Muñoz escritas en 1937 (*Nociones generales de Derecho penal*, II, Santiago de Chile, pág. 80)—, ajustándose a los progresos de la Ciencia del Derecho Penal, y tiene que mejorar mucho su técnica para quedar a la altura de esos progresos. Debe, asimismo, tener en cuenta los postulados político-criminales hoy imperantes. ¿Es hacer eso ahora? Refiriéndome al sistema punitivo español, contestaba a este interrogante que yo mismo me hacía con ocasión de las II Jornadas de Profesores Numerarios de Derecho penal, celebradas en Barcelona los días 29 y 30 de mayo de 1974, de forma negativa, en cuanto la reforma que nuestro sistema punitivo necesita —si es que realmente pretende acompañarlo a los requerimientos de nuestra época— exige unos condicionamientos socio-políticos que, hoy, en nuestro país, no se dan. Y añadía: creo que constituye un deber primario de todo científico preocupado por la renovación del Derecho penal patrio tener conciencia de esta palmaria verdad. Estimo que idénticos razonamientos son aplicables por entero a Chile. Además, como en las Jornadas españolas citadas manifestaba, a una reforma penal a fondo del sistema punitivo sólo se le da cima merced a una amplia convocatoria de todos los estamentos interesados, en particular de los más cualificados especialistas, como deben ser los profesores de Derecho penal. Y hoy, no pocos de los más eminentes, se encuentran fuera de Chile.

# Matrimonios ilegales en el Código penal

SANTIAGO MIR PUIG

Profesor Agregado interino de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

## I. ESENCIA Y BIEN JURIDICO COMUNES

1. A) El elemento aglutinante de los delitos del Capítulo II del Título XI del Código penal es la *celebración de un matrimonio prohibido por la ley*. En este sentido, como se ha dicho (1) para la bigamia, podría afirmarse que la ley penal sanciona los preceptos civiles o canónicos constitutivos de la prohibición de contraer matrimonio (arts. 51, 83,5, Código civil —C. c.— y can. 1.069 *Codex iuris canonici* —CJC—, para la bigamia, y arts. 45, 83, 84 y 85 C. c. y Cap. IV, Tít. VII, Libro III, CJC, para los demás casos). A condición de que ello no se entendiese en el sentido absoluto de renuncia de la ley penal a la configuración del presupuesto (*Vid. infra*, II, 1). Esto no quiere decir que *todos* los matrimonios prohibidos por la ley constituyan delito, pero sí que todos ellos pueden dar lugar a un delito: el artículo 478 no requiere que el impedimento sea dirimente ni dispensable.

B) No *contradice* este planteamiento el hecho de que el Código haya incluido el Capítulo sobre matrimonios ilegales en el Título destinado a los “delitos contra el estado civil de las personas”. El modo específico de afectar al estado civil los matrimonios ilegales es sólo su *celebración misma*, en cuanto ésta es la fuente del estado civil matrimonial. Esencia común a los delitos del Capítulo II del Título XI es, según esto, la *utilización prohibida de la fuente jurídica del estado civil matrimonial*.

Esto no supone que el *concreto* matrimonio celebrado sea apto para originar el legítimo estado civil matrimonial. Así, el segundo

---

(1) Para la bigamia, R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., Karlsruhe, 1965, pág. 410; A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 17 ed., München, 1974, pág. 1010 (§ 171, núm. 1); HEIMANN-TROISIEN, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1970, § 171, núm. 1; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 4.<sup>a</sup> ed., de P. NUVOLONE y G. D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1935, pág. 462; S. RICCIO, *La bigami*, Napoli, 1934, págs. 97 y sig., niega sólo el entendimiento *absoluto* del carácter sancionador de la ley penal, como excluyente de su capacidad de configuración de los concretos tipos legales.

o ulterior matrimonio del artículo 471, además de ser inválido, no produce tampoco los *efectos civiles* propios del matrimonio putativo que atribuye el artículo 69 del Código civil (2). La única vinculación de los matrimonios ilegales y el estado civil consiste en que todo matrimonio reconocido *de hecho* por el Derecho —“existente”—, aunque encierre vicios de nulidad, constituye la *fuerza aparente legal* del estado civil matrimonial.

2. Del planteamiento anterior se deduce que el estado civil es sólo bien jurídico *mediato* de los artículos 471 y siguientes del Código penal. Pero, además, no sólo los matrimonios ilegales definidos en dichos preceptos poseen la indicada relación con el estado civil, sino que la misma es común a todo matrimonio (3). La razón de que aquéllos se penen es que contravienen la *prohibición absoluta* —no dispensable— de su celebración. El estado civil no es, pues, tampoco la única componente inspiradora de la regulación jurídica.

Lo dicho muestra que la sistemática legal no es acertada. Por las razones expresadas, la vinculación de los matrimonios ilegales con el efectivo estado civil es excesivamente débil y lejana. Y, en cambio, la actual técnica desconoce la íntima relación existente entre el más importante de los matrimonios ilegales —la bigamia— y otros delitos contra el *matrimonio*, como el adulterio y el amancebamiento —incluidos entre los delitos contra la *honestidad*— y el abandono de familia —incluido entre los delitos contra la *libertad y seguridad* (!)—. Por encima del contacto superficial e indirecto de cada uno de estos delitos con los bienes jurídicos designados en las rúbricas de los títulos a que pertenecen (4), aparece como nota común a los mismos la lesión, en distintos sentidos, de la institución del matrimonio. Más acertadas resultan, por ello, las sistemáticas de los Códigos penales italiano y alemán, que reúnen estos delitos en apartado destinado a la protección de la familia y, dentro de él, entre los que afectan al matrimonio (5).

(2) Ni siquiera respecto de los posibles hijos (*arg. ex*, art. 51 del C. c.). Confróntese J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, pág. 60.

(3) Es demasiado amplia, por ello la formulación de F. PUIG PEÑA, *Derecho penal, Parte Especial*, IV, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1969, pág. 169.

(4) Decir que el adulterio atenta contra el bien jurídico de la honestidad no aclara el sentido último de este delito, que ha de verse, ante todo, en la vulneración del derecho de *fidelidad* del cónyuge ofendido —de ahí que sea delito privado—. Este derecho nace del matrimonio. Luego el adulterio ataca al matrimonio, aunque *materialmente* sea, también, “deshonesto”. Este planteamiento concuerda con la interpretación de la rúbrica del Título IX del Libro II del Código penal, “Delitos contra la honestidad”, propuesta por E. GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1969, página 507, según la cual, la *honestidad* no es cualidad requerida a la víctima, sino cualidad que falta a la acción típica. No hace falta destacar la desacertada situación sistemática del abandono de familia.

(5) Vid. Título XI del Libro II, *Codice Penale* italiano, 1930 (“Delitti contro la famiglia”) y, dentro de él, el cap. I (“Delitti contro il matrimonio”); y el cap. 12 de la Segunda Parte del StGB alemán, 1871 (“Straftaten

Que el Código español no haya seguido esta orientación no impide, sin embargo, que pueda efectuarse para nuestro derecho un planteamiento parecido (6). Sin desconocer la relación existente entre matrimonio y estado civil —el estado civil es el bien jurídico *mediato*—, cabe señalar que, como el adulterio y el abandono de familia, los matrimonios ilegales atacan de forma *inmediata* el bien jurídico del matrimonio. Se distinguen de aquellos delitos en que ello tienen lugar a través de su *celebración prohibida*. En conclusión, los artículos 471 y siguientes protegen un *sector* del régimen legal del matrimonio en cuanto acto jurídico (*in fieri*) (7): El estado civil se protege *sólo* por medio de la punición de la celebración de matrimonios prohibidos por ese régimen legal, como fuente de adquisición de aquél.

## II. LA BIGAMIA

### 1. ESENCIA Y DENOMINACIÓN

La esencia del tipo contenido en el artículo 471 es la celebración de un matrimonio por quien se halla vinculado por otro anterior no disuelto. La pena señalada es *prisión menor*. Habida cuenta de que, por una parte, el canon 1.096, 1, para el matrimonio canónico y el artículo 83, 5 del Código civil para el civil, consideran el ligamen preexistente como impedimento indispensable para determinar la nulidad de un nuevo matrimonio y de que, por otra parte, la pena coincide con la impuesta en el artículo 472, podría pensarse que el artículo 471 es inútil. Pero, según BERNÁRDEZ CANTÓN, el impedi-

---

gegen der Personenstand, die Ehe und die Familie"). Coherentemente se manifiestan en este sentido las doctrinas italiana y alemana: vid. F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Speciale*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. III, Lucca, 1875, § 1940, mucho antes de la vigente legalidad; A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica*, Torino, 1913, pág. 495; S. RICCIO, *La bigamia*, cit., págs. 107 y sig.; M. A. COLACCI, *Il delitto di bigamia*, Napoli, 1958, págs. 29 y sigs.; G. D. PISAPIA, *op. cit.*, pág. 459; FRISOLI, *L'oggetto della tutela penale nei reati contro il matrimonio*, Pola, 1942, páginas 18 y sigs., y 25 y sigs.; A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, IV, Torino, 1958, pág. 117; MAURACH, *op. cit.*, págs. 407 y sig.; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., Berlin, 1969, pág. 424; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *obra citada*, pág. 995; E. NIETHAMMER, *Lehrbuch des besonderen Teils*, Tübingen, 1950, pág. 94.

(6) Así, en la actualidad, A. FERRER SAMA, *Noción y características del delito de bigamia*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1948, págs. 23 y 25 y sigs.; F. PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 160.

(7) En sentido parecido, JASO, en J. ANTÓN ONECA y J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, II, Madrid, 1949, pág. 288. Pero la fórmula "ataques a la fundamentación legal del matrimonio" que utiliza, es excesivamente amplia para la actual regulación: yo me refiero sólo a los casos de *prohibición* legal, no a todo defecto del matrimonio, como da a entender aquella fórmula. La idea de prohibición se desprende de la esencia de los impedimentos matrimoniales. No se trata, según lo dicho, de entender protegido por los arts. 471 y sigs. el "orden familiar". Tiene razón QUINTANO cuando señala que la bigamia puede no afectar a ese orden: *La bigamia en lo penal*, en "Información jurídica", núm. 101, 1951, pág. 1009.

mento de ligamen requiere la *validez* del matrimonio (8) y, como se verá, el tipo del artículo 471 no la exige. Esto no significa que sea lícito según el Derecho canónico el nuevo matrimonio contraído tras matrimonio nulo declarado tal (canon 1.096, 2, CJC). Más relevante es, por ello, la posibilidad de contraer matrimonio canónico pese a la presencia de un matrimonio anterior no sólo sin que concurra impedimento de vínculo, sino incluso sin que esté *prohibido* por el Derecho canónico ni por el civil (Vid. *infra*, II, 1 Aa', b' y c').

Es usual para este delito la denominación de "bigamia" (9). Tienen razón JASO y RODRÍGUEZ DEVESA al señalar que esta denominación no se ajusta bien al concepto legal, que alcanza a la poligamia (10). No obstante, hecha esta salvedad, emplearemos por razones de utilidad dicho término.

## 2. EL BIEN JURÍDICO ESPECÍFICAMENTE PROTEGIDO

Es común a todos los delitos del Capítulo II del Título XI del Código penal afectar a la regulación legal del matrimonio a través de su celebración prohibida, en cuanto ésta supone el uso ilegal de la fuente del estado civil matrimonial. Importa examinar qué bien jurídico *específico* vulnera, dentro de ese marco, el delito de bigamia. Este planteamiento del problema permitirá excluir previamente alguna solución propuesta por la doctrina (A).

A) Ello es indudable respecto de la consideración histórica del delito de bigamia como *delictum carnis*, generalmente como especie de adulterio. Tal concepción inspiró el derecho romano (11), el germánico (12) y el medieval, llegando hasta fechas no muy lejanas (13). Hace tiempo, sin embargo, que se halla completamente abandonada (14). Nadie pone en duda que, como es regla en el derecho comparado actual, en nuestro Código penal no hace falta la consumación material del matrimonio para la presencia de la bigamia. Como en todos los matrimonios ilegales, la conducta punible se agota en

(8) A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Madrid, 1966, págs. 116 y sigs.

(9) En España, FERRER SAMA, *op. cit.*, y QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, los trabajos más importantes sobre el tema. Además, y pese a su crítica, JASO, *obra citada*, pág. 294; J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1973, pág. 235; también E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, 12 ed., Barcelona, 1967, pág. 672.

(10) Vid. JASO, *op. cit.*, pág. 294; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 235.

(11) Vid. C. FERRINI, *Sposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en la *Enciclopedia del diritto penale italiano*, dirigida por E. PESINA, T. I, Milano, 1905, págs. 190 y sig.; RICCIO, *op. cit.*, págs. 11 y siguientes; QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1007; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 24; MANZINI, *op. cit.*, pág. 676.

(12) Vid. P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto alla Italia*, en la *Enciclopedia*, cit., T. I, pág. 588; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 24.

(13) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1008; COLACCI, *op. cit.*, pág. 26, en relación a los Prácticos. El Código penal bávaro incluía todavía la bigamia junto al adulterio: cfr. RICCIO, *op. cit.*, pág. 32.

(14) Ya CARRARA, *op. cit.*, §§ 1.936, 1.940.

el acto de su *celebración*. Ello indica que objeto inmediato de la prohibición legal de la bigamia no es la evitación del adulterio (15). De lo contrario, debería condicionarse la punibilidad a la efectiva consumación del matrimonio. Confirman esta conclusión: 1) La diferencia de naturaleza de ambos delitos en la regulación jurídico-positiva, *privada* en el adulterio —es precisa querrela del cónyuge-ofendido para su persecución (art. 450), el consentimiento del mismo impide la pena (art. 450) y el perdón la extingue (art. 457)— y *pública* en la bigamia —perseguido de oficio, es irrelevante el consentimiento del cónyuge anterior o actual; 2) La no necesidad de la bigamia para la punición del adulterio, al que el Código penal señala penas iguales o parecidas (arts. 449 a 452).

B) Más discutibles son otras soluciones doctrinales que centran su atención en el *estado civil*, desde distintas perspectivas. En cuanto respetuosas con la sistemática del Código, se aproximan mucho más a la identificación del bien jurídico específicamente protegido por el artículo 471 del Código penal. Pero la referencia al estado-civil no es inequívoca. Lo demuestra el hecho de que en torno a esta idea se hayan formulado construcciones divergentes. Por otra parte, ya se ha señalado más arriba la superficial vinculación existente entre el estado civil y los delitos de matrimonios ilegales. Esta es la razón por la que ninguna de las respuestas propuestas por la doctrina apelando en *primer término* al estado civil, explica de modo satisfactorio la regulación del artículo 471 del Código penal.

a) No cabe entender que es la *fe pública relativa al estado civil* el objeto de protección de la bigamia, como parece derivarse de las afirmaciones de QUINTANO de que este delito “presupone una *falsedad* de la condición de soltería o viudez” constituye “una *suplantación* de estado civil” y el “falseamiento del estado civil” (16). En primer lugar, la idea de falsedad no es esencial a la bigamia. Aparte de las posibles falsedades *concomitantes*, el solo hecho de contraer matrimonio bigamo no constituye *falseamiento de la verdad*. Tampoco constituye falsedad la apariencia *jurídica* —la social es irrelevante (*Cfr. supra*, I, 1B)— subsiguiente de estado matrimonial. No debe confundirse estado civil *falso* y estado civil *ilegal*. No es lo mismo afirmar un estado *que no se posee* que afirmar la posesión de un estado *ilegal* o, como dice RODRÍGUEZ DEVESA, “al que no se tiene derecho”. Y más abajo se verá que, en tanto no se declare su nulidad, el matrimonio del bigamo, así como el estado civil que deriva de él se halla reconocido por el Derecho.

En segundo lugar, aun supuesto que la bigamia tuviese como fundamento de la *fe pública*, debería probarse que en el Código penal encierra mayor *gravedad* que las falsedades genéricas; *además* de

(15) Por ello rechaza COLACCI, *op. cit.*, pág. 27, la posición de algún autor que considera objeto jurídico específico de la bigamia la fidelidad conyugal entendida en referencia al ejercicio de la *función sexual*.

(16) QUINTANO, *op. cit.*, págs. 1007, 1007 y 1010, respect.; S. 30 marzo 1906 (Arj/1.147).

Los elementos de éstas, la bigamia supondría la lesión, a través de las mismas, del estado civil matrimonial. La observación de las penalidades asignadas a las falsedades, por una parte, y a la bigamia, otra, demuestra que no es eso lo que sucede. Por el contrario, el artículo 303 señala la pena de *presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas* a la falsedad en documento público cometida por particular, y el artículo 306 castiga con *presidio menor* la falsedad en documento privado con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo. Frente a esto, el artículo 471 del Código penal señala a la bigamia la pena de *prisión menor*, no mayor que aquéllas. No convence, pues, la consideración de la bigamia como forma de falsedad, salvo que se admita que en ella no se castiga *nada más* que la falsedad. Pero entonces el artículo 471 sería inútil. Y, sobre todo, ello se opondría a la propia sistemática del Código penal, cuyo respeto pretende ser la principal ventaja de la solución criticada; la bigamia no se halla incluida en el título destinado a las falsedades, sino en el de contra el estado civil de las personas.

b) No puede aceptarse, tampoco, la ingeniosa posición de quienes consideran bien jurídico protegido del delito de bigamia el *status* de cónyuge, sea el del anterior matrimonio (17), sea el del nuevo matrimonio (18), sea el de ambos (19). Ciertamente que estas formulaciones no contradicen la rúbrica general del título a que pertenece el artículo 471 del Código penal. El *estado civil* del Código penal podría entenderse representado en la bigamia por el *status* de cónyuge, esto es, por el *contenido* de aquel estado. Pero la comparación de regulaciones de bigamia, por una parte, y adulterio, amancebamiento y abandono de familia, inequívocamente lesivos del contenido del estado de cónyuge, por otra, impide la admisión de tales soluciones.

En efecto. Cuando el legislador ha querido destacar como bien jurídico protegido de un delito contra el matrimonio *derechos* propios del *status* conyugal del ofendido, ha concedido a éste la facultad de *decidir* la persecución penal del autor, requiriendo su denuncia previa (abandono de familia, art. 487 del C. p.), o incluso configurándolo como delito totalmente *privado* (adulterio y amancebamiento, arts. 449 a 452 del C. p.). En cambio, el artículo 471 excluye toda posibilidad decisoria tanto del cónyuge anterior como del actual. El consentimiento de cualquiera de ambos, lejos de excluir o disminuir la punibilidad del autor principal, puede constituir participación calificable de autoría, según el artículo 14 del Código penal. Tal conclusión sería intolerable si el bien jurídico protegido por el artículo 471 fuese el *status* de cónyuge *perteneciente* al cónyuge anterior o actual. Aunque se admitiese el carácter *indisponible* del *status* de cónyuge, se chocaría con la objeción insalvable de

(17) PISAPIA, *op. cit.*, págs. 461 y sigs.

(18) FRISOLI, *op. cit.*, págs. 18 y sigs.

(19) CARRARA, *op. cit.*, § 1.945, aunque respecto del cónyuge actual, condicionado a que actúe dolosamente. En los §§ 1.941, 1.942 y 1.943 insiste en la lesión de los derechos del primer cónyuge.

que incluso en los bienes más claramente “indispensables”, la *vida* y la *integridad física*, la lesión por parte del titular es impune, según una importante dirección doctrinal, el consentimiento del mismo excluye la responsabilidad penal caso de ser otro el autor (*arg. ex*, artículos 409, 418, 419 y 425 del C. p.) (20). Pero es que, además, no parece fácil justificar el carácter de indisponibilidad que se atribuye al *status* conyugal entendido como *derecho*. Si se quiere explicar tal indisponibilidad ha de darse entrada a una idea distinta a la de derecho: el interés del Estado —público— en proteger el sistema monogámico de matrimonio.

C) a) La puesta en relación de la conclusión acabada de enunciar y la esencia común en todos los delitos de matrimonios ilegales conduce a considerar como bien jurídico específicamente protegido por el artículo 471 del Código penal el carácter *monogámico* del matrimonio. Esencia de los delitos previstos en el Capítulo II del Título XI del Código penal es la celebración *prohibida* de matrimonio. Se protege así de forma *genérica* al matrimonio como acto (*in fieri*), fuente del estado civil matrimonial. La averiguación del bien jurídico específico de la bigamia supone la respuesta a la pregunta del *por qué* —en el sentido de *qué protege*— de la prohibición de la bigamia. La crítica efectuada en las letras A) y B) anteriores ha llevado, además, a la necesidad de *excluir* ciertas respuestas a esta cuestión, a la conclusión *positiva* de que la prohibición de contraer nuevo matrimonio existiendo otro anterior no disueltó sólo cabe explicarse lógicamente a partir de la premisa del interés estatal *público* en el mantenimiento exclusivo de la monogamia. Bien jurídico específicamente protegido por el artículo 471 del Código penal es, pues, el *carácter monogámico* del matrimonio como interés público.

Esta es, probablemente, la opinión dominante en Italia y Alemania, cuyos Códigos consideran la bigamia delito contra el matrimonio (21). No existe ningún obstáculo para mantener esta solución

(20) Vid. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas de Derecho Español al Tratado de Derecho Penal*, de E. MEZGER, I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1946, págs. 409 y siguiente; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Buenos Aires, 1952, págs. 572 y sigs.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed. a cargo de E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1972, págs. 759 y sigs.; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, págs. 119 y sigs.; E. GIMBERNAT ORDEIG, en la cit. ed. del *Tratado de QUINTANO*, t. I, 1, páginas 794 y sigs. En contra: F. SUÁREZ MONTES, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, 1959, págs. 104 y sigs.; M. COBO, *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones*, en “ADPCP”, 1964, páginas 249 y sigs.

(21) MANZINI, *op. cit.*, pág. 674 y 680, en coincidencia la la *Relazione del Presidente della Commissione ministeriale per il Progetto del Codice Penale y la Relazione ministeriale sul Progetto del Codice penale* (relat. al Código Rocco); RICCIO, *op. cit.*, págs. 103 y sigs., en especial 107; COLACCI, *obra citada*, págs. 16 y sigs., y 29 y sigs.; E. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, I, 6.<sup>a</sup> ed., Milano, 1972, pág. 335; SANTORO, *obra citada*, pág. 131; MAURACH, *op. cit.*, págs. 408 y 410; WELZEL, *op. cit.*, página 424; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43 ed., Berlin, 1961, página 411 (§ 171/1); SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, pág. 1010 (§ 171/1).

en el Derecho penal español, pues no contradice la rúbrica del Título XI, que alude al estado civil. Todo delito de matrimonio ilegal ataca al matrimonio como acto, vulnerando la prohibición de su celebración, y no deja por ello de tener relación con el estado civil matrimonial: Toda celebración prohibida de matrimonio supone el uso prohibido de la fuente del estado civil matrimonial. Por la misma razón, si el artículo 471 protege el matrimonio como acto, por medio de la protección del principio monogámico, ha de tutelar al mismo tiempo la fuente del estado civil matrimonial y, con ello, *mediatamente*, el estado civil mismo. Adviértase, sin embargo, que, igual como el matrimonio es protegido en cuanto institución *jurídico-pública* —se protege su régimen legal—, el estado civil se tutela no como *derecho* —o conjunto de derechos— de los cónyuges, sino como institución jurídico-pública.

Ahora bien, si desde la perspectiva del derecho el matrimonio del bigamo es *nulo* de pleno derecho y no disfruta ni siquiera de los efectos civiles del matrimonio putativo (art. 51 C. c.), ¿cómo puede atacar al principio jurídico monogámico? Esto es: si a través de aquel tratamiento civil el Derecho proclama la *no concurrencia jurídica* de los dos vínculos, ¿por qué ha de verse afectado el principio *jurídico* de la monogamia? Al pertenecer al mundo de lo jurídico, el principio monogámico no puede, en efecto, entenderse *lesionado* más que por el reconocimiento simultáneo *por parte del Derecho* de más de un matrimonio. Pero la negación de efectos civiles al matrimonio del bigamo no excluye la posibilidad de doble reconocimiento. Por el contrario, todo matrimonio bigamo supone, por el sólo hecho de su celebración conforme a las formalidades jurídicas, un matrimonio jurídicamente reconocido hasta tanto no se descubra el vínculo anterior. Por mucho que, descubierto, éste, se declare la nulidad del bigamo desde su celebración misma, *ex ante* (art. 51 del C. p.). Ello significa que todo matrimonio bigamo *efectivamente* celebrado *lesiona*, por una parte, el principio jurídico de la monogamia en cuanto es reconocido durante más o menos tiempo por el Derecho junto al matrimonio anterior y encierra, por otra parte, el *peligro* de que, caso de no ser descubierto, su reconocimiento temporal se convierta en definitivo.

D) Desde la perspectiva *político-criminal* nada hay que objetar a que el Estado quiera proteger el principio monogámico que inspira las bases de la regulación jurídica del matrimonio que estima preferible. Pueden, sin embargo, criticarse los *medios* utilizados para esa protección, si no resultan totalmente *necesarios* para la misma. El examen de la cuestión del concurso de la bigamia con falsedades, adulterio y abandono de familia mostrará que si no se acepta en la práctica, ni es admisible, la aplicación cumulativa de todos estos delitos, ello demuestra no sólo que a la conciencia jurídica repele la gravedad de la pena resultante, sino también que la punición especial de la bigamia, al menos en su gravedad actual (prisión menor), *no es precisa* de hecho para la protección de la monogamia.

Para quien esté dispuesto a reconocer la necesidad de trazar una frontera precisa entre Moral y Derecho, y hacer abstracción, por tanto, de las connotaciones religiosas y morales que acompañan a la bigamia a la hora de su valoración político-criminal, estas consideraciones han de bastar para pedir la *despenalización* de la bigamia o, como mínimo, una notable atenuación de su rigor actual (22). Importa mucho subrayar que esa decisión, de economía político-criminal, no supone la negación del valor representado por la monogamia. Se basa en la convicción de que se halla suficientemente, primero y sobre todo por el ordenamiento *civil* —la acción de nulidad es pública (art. 102 del C. c.)—, pero también por los preceptos del Código penal que castigan las falsedades, el abandono de familia y, según el criterio discutible del Código penal español, el adulterio y el amancebamiento.

### 3. ANÁLISIS DEL TIPO LEGAL DE INJUSTO DEL ARTÍCULO 471 DEL CÓDIGO PENAL

El análisis que sigue responde formalmente a una doble consideración sistemática. Por una parte, entendemos que los *tipos legales* del Código penal contenidos, si son consumados y del autor material —ontológico— en los Libros II y III, encierran el *tipo total de injusto* (*Unrechtsgesamttatbestand*). Es decir, describen expresamente los elementos *positivos* del injusto y presuponen tácitamente la ausencia de los elementos negativos del injusto (causas de justificación). Corresponden a la acción típica y antijurídica. Por otra parte el *dolo* y la *imprudencia* forman parte esencial, a nuestro juicio, del tipo legal y, por ello, del injusto. Antijuricidad y culpabilidad se distinguen, según esto, como relativas al *hecho* desvalorado y su atribuibilidad al *autor*, respectivamente (23). En este esquema, que pretende ante todo responder al sistema del Código penal, la problemática de Parte Especial se centra, lógicamente, en el tipo legal de injusto.

El estudio del tipo legal de injusto se llevará a cabo distinguiendo, en primer lugar, tipo legal *positivo* y tipo legal *negativo* de injusto. Esto no significa que se desconozca el diferente significado de ambas partes, que se refieren a la *lesión* definitiva del bien jurídico protegido y a la *permisión* de dicha lesión —que subsiste—, respectivamente (24). Dentro del tipo legal positivo se distinguirá la parte *objetiva* de la parte *subjetiva*.

(22) En Alemania la 4.<sup>a</sup> Ley de Reforma del Derecho Penal, de 23 de noviembre de 1973, ha atenuado la pena de la bigamia, reduciendo la anterior penalidad de uno a cinco años a una pena de hasta tres años (§ 171).

(23) Vid. mi trabajo *Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal*, en "ADPCP", 1973, págs. 324 y sigs.

(24) Así, sobre todo, E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, Tübingen, 1970, págs. 224 y sigs. También, H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1972, pág. 185.

A) *El tipo legal positivo de injusto*a) *La parte objetiva del tipo legal de injusto.*

El tipo legal del artículo 471 contiene tres elementos *normativos jurídicos* (25), en cuanto constituyen conceptos definidos por normas jurídicas: un matrimonio anterior, su no disolución legítima y segundo o ulterior matrimonio, en cuanto acto jurídico. La conducta en que consiste la celebración del matrimonio actual pertenece a la *base fáctica* del elemento normativo representado por el segundo o ulterior matrimonio.

a') *El matrimonio anterior*

Primer presupuesto del delito de bigamia es la concurrencia de un matrimonio anterior. Al examinarse el elemento normativo de la no disolución de dicho matrimonio al tiempo de la celebración del nuevo, se verá que no es precisa la *validez* del matrimonio anterior. Pero ello no significa que no sean precisos ciertos requisitos mínimos para que pueda afirmarse la presencia de un matrimonio anterior. No obsta a ello que la letra del artículo 471 del Código penal no lo exprese: ante un texto paralelo la doctrina alemana coincide en exigir no la *validez* material, pero sí la *validez formal* del matrimonio (*eine formell gültige Ehe*) (26). Un sector de la doctrina española exige que dicho matrimonio pueda calificarse de "existente" (27).

RODRÍGUEZ DEVESA se aparta de esta orientación. Considera consecuencia necesaria de su posición en relación a la esencia de la bigamia —apariencia de estado civil— la suficiencia de una *apariencia* de matrimonio, aun cuando pueda considerarse "inexistente". Aunque al mismo tiempo afirma que "lo decisivo es la subsistencia de efectos civiles del primer matrimonio en lo que hay que atenerse en todo a la legislación española (28).

La solución no puede fundarse en nuestro derecho en la exigen-

(25) Sobre esta clase de elementos normativos, vid. E. MEZGER, *Von Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, en TRAEGER-Festschrift, Berlin, 1926, página 225; K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente*, en MEZGER-Festschrift, Berlin, 1954, pág. 147; JESCHECK, *op. cit.*, pág. 203; KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1958, páginas 31 y sigs.

(26) Cfr. MAURACH, *op. cit.*, pág. 411; WELZEL, *op. cit.*, pág. 424; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, pág. 1010 (§ 171/2); JAGUSCH, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., II, Berlin, 1958, pág. 72; HEIMANN-TROSIEN, *LK*, 9.ª ed., cit., § 171/2, aunque limitando a los casos de invalidez formal a la no concurrencia de funcionario estatal, identidad de sexo de los contrayentes y no emisión del consentimiento matrimonial; LACKER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 8.ª ed., München, 1974, pág. 441 (§ 171/2); DREHER, *Strafgesetzbuch*, 34 ed., Berlin, 1974, pág. 737 (§171/2); KOHLRAUSCH-LANGE, *op. cit.*, pág. 412.

(27) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1010; CUELLO, *op. cit.*, pág. 675; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 28; JASO, *op. cit.*, pág. 296; M. E. DE CARMONA, *La bigamia*, Barcelona, s. f., pág. 202.

(28) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 236.

cia expresa de la ley de *efectos civiles* en el matrimonio anterior, como requiere el artículo 556 del *Codice Penale* italiano de 1930. Por otra parte, acudir a la necesidad de apariencia *social* de estado civil no es posible si se rechaza que ello constituya la esencia del delito de bigamia. El camino correcto ha de partir del *concepto* mismo de matrimonio utilizado por el artículo 471 del Código penal. Si es éste un elemento *normativo jurídico*, su sentido ha de buscarse en el ordenamiento jurídico a que pertenece (29). “Matrimonio” será, para el artículo 471 del Código penal, sólo aquello que para el *Derecho español* puede calificarse de matrimonio. Puesto que las *normas de conflicto* españolas del Derecho internacional privado pertenecen al Derecho español, deben excluirse también, según esto, los matrimonios celebrados con arreglo a la legislación extranjera no admitida por la norma de conflicto española.

Más difícil es precisar qué elementos debe reunir un matrimonio celebrado *según el Derecho español* para que pueda considerarse “matrimonio”, según el artículo 471 del Código penal. Que no es precisa la totalidad de los elementos que condicionan su *validez*, se deduce de este mismo precepto, que se contenta con su efectiva disolución. El concepto de “matrimonio” relevante para el artículo 471 Código penal debe obtenerse a partir del Derecho civil —no puede ser un concepto “penal” de matrimonio, que no lo hay—, pero en base al significado que el mismo posee en el fundamento de este precepto. La bigamia lesiona el principio monogámico en cuanto, hasta que no se declara la nulidad del nuevo matrimonio, tiene lugar el *reconocimiento jurídico efectivo* —por el Derecho civil— de más de un matrimonio. Por la misma razón, en tanto no se declara la eventual nulidad del matrimonio anterior, la celebración de nuevo matrimonio supone hasta que no se disuelva éste el *reconocimiento jurídico efectivo* simultáneo de dos vínculos matrimoniales (30). Por consiguiente, en cuanto al matrimonio precedente, basta la presencia de los elementos que determinaron su *reconocimiento jurídico*, con independencia de su validez: Basta el concepto civil de “matrimonio contraído” a que se refiere el artículo 69 del Código civil, que lo independiza de la validez del matrimonio. La suficiencia de este concepto se halla íntimamente vinculada al sentido del artículo 69 del Código civil, que concede eficacia civil (jurídica) al matrimonio *nulo* hasta la declaración de nulidad en ciertas condiciones. Pues bien, el “matrimonio contraído” del artículo 69 del Código civil requiere sólo “una apariencia de verdadera celebración de verdaderas nupcias” (31). QUINTANO y CUELLO vienen a coincidir con este

(29) Es éste un ejemplo de lo que LARENZ llama “lenguaje especial del legislador”: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1969, páginas 302 y sigs.

(30) Escribe CARMONA: “El matrimonio goza del favor del Derecho y, por tanto, tiene a su favor la presunción de validez, produciendo por ello sus naturales efectos mientras no sea declarada su nulidad...”; *op. cit.*, página 202.

(31) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 58.

resultado, al requerir para el artículo 471 que el matrimonio tenga "las apariencias externas de legitimidad" (32).

A continuación se concretará, en referencia a supuestos problemáticos, este planteamiento. Para ello habrá que invadir la esfera del Derecho matrimonial, que es el que suministra el concepto de "matrimonio contraído". Pero ello no puede dejarse de hacer, si no se quiere abandonar al terreno de nadie la problemática práctica que presenta la interpretación del "matrimonio anterior" del artículo 471 del Código penal. La dogmática advierte cada vez con mayor claridad que no le basta con la formulación de pautas generales, abstractas, sino que está obligada a *concretizarlas* en la medida de lo posible, si es que quiere servir con eficacia a la práctica (33).

Los matrimonios celebrados con arreglo a la ley española deben sujetarse a la forma *canónica* (arts. 42 y 75 del C. c.), ordinaria (canon 1.094 CJC) o extraordinaria (cáns. 1.098, 1.043 y 1.044 CJC), si al menos uno de los contrayentes es católico. Pero no creemos que, como piensa CONDE PUMPIDO (34), el matrimonio civil de quien está sujeto a la forma canónica no sólo sea nulo, sino también inexistente: también el matrimonio civil logrado contraer por el sometido a la forma canónica se reconoce de hecho por el Derecho español. Aunque se halla prescrita bajo la presencia concomitante del Juez municipal o su representante y su inscripción en el Registro civil, la falta de estos requisitos no impide ni siquiera la existencia de matrimonio válido, pues carecen de carácter *constitutivo*, siendo sólo *condición de reconocimiento de eficacia civil* (*arg. ex. arts. 76 y 77 del C. c.*) (35), y esto sólo en el tráfico, pero no ante los Tribunales, para los que vale toda clase de pruebas (art. 53, 2.º del Código civil) (36). Es importante en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 1962 (ArJ/1.045). En sentido parecido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1956 (ArJ/116) y 5 de marzo de 1939 (ArJ/812). En cambio, es equívoca la formulación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1960 (ArJ/1.147).

Según nuestra concepción de la *ratio* de la bigamia, en la que lo importante es la concurrencia *efectiva* del simultáneo reconocimiento jurídico de un doble vínculo, la celebración ajustada a un *mínimo* de formalidades que garantice la apariencia de legalidad

(32) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1010; CUELLO, *op. cit.*, pág. 675.

(33) Vid. K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.ª ed., 1968, págs. 147 y siguientes, donde expone la evolución histórica, que arranca, sobre todo, de BAUMGARTEN, de la doctrina favorable a la concreción de las fórmulas generales. Más recientemente todavía, C. ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972, págs. 78 y siguientes.

(34) C. CONDE PUMPIDO, *Estudio crítico de la reforma de 24 de abril de 1958, en materia de matrimonios ilegales*, "ADPCP", 1959, pág. 84.

(35) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 42, y S. civiles del T. S. de 21 diciembre 1963 y 31 marzo 1964.

(36) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 49 y sig.

y, por ello, origine el reconocimiento jurídico del matrimonio, basta a los efectos del artículo 471 del Código penal, aunque concurren defectos de forma (v.gr.: incapacidad o ilegitimación de algunos de los testigos no advertida en el momento de la celebración), en tanto no sea declarada la nulidad. Nos separamos así del planteamiento de la doctrina dominante alemana, que, ante un texto paralelo al español (§ 171 StGB), requiere la validez formal del matrimonio, aunque no su validez material (37). Esta solución sería injustificable: ¿por qué razón habría de considerarse idóneo para el artículo 471 del Código penal el matrimonio celebrado con un defecto formal no advertido en cuanto a los testigos, o incluso en cuanto al Juez o Ministro, admitiéndose, en cambio, como idóneo un matrimonio con un vicio esencial de consentimiento? Lo cierto es que el artículo 101 del Código civil considera a todos estos supuestos como causas de nulidad y el artículo 471 del Código penal no requiere la validez del matrimonio, sin distinguir en cuanto a su origen. En estas condiciones, es decisivo el fundamento de la punición de la bigamia, para el cual los dos casos comparados son equivalentes.

En cuanto a la validez *material*, sea canónico o civil el matrimonio, es indudable que no la exige el artículo 471 del Código penal, que se contenta con la no anulación o disolución efectivas del matrimonio. No importa que ocurra un defecto absolutamente esencial. No sería suficiente, por ejemplo, la falta de contenido *material* de consentimiento no advertida por el Ministro o el Juez, mientras que sí lo sería la falta de manifestación *externa* del consentimiento. En el primer caso habría apariencia de legalidad que determinaría el reconocimiento efectivo del matrimonio. En el segundo, faltaría incluso esa apariencia. Aplicando estos principios, debe afirmarse la idoneidad del matrimonio *simulado* —incluso totalmente simulado— o con *reserva mental* para los efectos del artículo 417 del Código penal, contra lo que opina FERRER SAMA (38). El supuesto de simulación es, por lo demás, particularmente seguro, si se tiene en cuenta que, según la doctrina dominante, la simulación —como la reserva mental y el dolo— no afectan ni siquiera a la validez del matrimonio civil (*arg. ex*, art. 101 del C. c.) (39).

Tampoco es preciso que el matrimonio anterior tuviese *efectos civiles* como exige el artículo 556 del *Codice Penale* italiano y en España, JASO, RODRÍGUEZ DEVESA y FERRER SAMA (40), si “efectos civiles” se entiende en sentido estricto (art. 69 y 51 del C. c.), como *algo más* que el reconocimiento jurídico de existencia del matrimonio *implícito* a su sola celebración con apariencia de legalidad. Basta esta celebración para la existencia jurídica efectiva del matrimonio

(37) Vid. nota 26.

(38) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 28.

(39) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 39.

(40) JASO, *op. cit.*, pág. 295; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 236; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 26. En cambio, en el sentido del texto, QUINTANO, *obra citada*, pág. 1010.

requerido por el artículo 471 del Código penal. No hace falta que, además, este matrimonio produzca *efectos civiles* (41). Ciertamente también el matrimonio nulo posee por lo general efectos civiles (art. 69 del C. c.). Pero ello no sucede siempre: así, en general, si el matrimonio ha sido contraído de mala fe y no hay hijos (artículo 69), y, en particular, en el matrimonio del bigamo (art. 51 del Código civil). Y, sin embargo, no puede negarse que también estos son “matrimonios contraídos” según el propio artículo 69 del Código civil, si ha tenido lugar una efectiva celebración con apariencia de legalidad y su consiguiente reconocimiento jurídico (42). Para el artículo 471 del Código penal esto es suficiente.

También el matrimonio del bigamo puede constituir, pues, el matrimonio anterior requerido por el artículo 471 del Código penal. No obsta a esta conclusión el carácter delictivo y, por ello, abiertamente *contra legem* de dicho matrimonio. No cabría, en base a ello, apelar al artículo 4.º del Código civil, pretender la nulidad de pleno derecho del mismo sin necesidad de declaración de nulidad y afirmar la licitud penal de un nuevo matrimonio aun sin esta declaración —supuesto que el precedente del primero bigamo se haya disuelto entre éste y la segunda bigamia—. El artículo 471 del Código penal *no distingue* entre los distintos supuestos de nulidad. Sólo pueden excluirse los matrimonios que ni siquiera son celebrados con apariencia de legalidad. Ahora bien, el del bigamo puede reunir esta apariencia en la celebración. En ese caso no es más que un matrimonio nulo, cualquiera que sea la clase de esa nulidad. Así lo entiende el artículo 10, 1.º, en relación con el 102 del Código penal. Esta conclusión es la única que explica que el artículo 471 del Código penal califique de “matrimonio”, sin distinguir respecto del matrimonio anterior al matrimonio actual, siempre bigamo: la ley exige para el delito del 471 del Código penal la contracción de “segundo o ulterior matrimonio”, y mal podría realizarse este requisito si el del bigamo no fuese “matrimonio”.

No merece, en cambio, la clasificación de “matrimonio anterior” según el artículo 471 del Código penal, el matrimonio celebrado bajo *condición suspensiva* —la resolutoria sería irrelevante—, si ésta se cumple. Esto alcanza a los matrimonios civiles celebrados *in articulo mortis*, condicionados a la prueba posterior de la libertad anterior de los contrayentes (arts. 93, 94 y 95 del C. c.) (43).

b') *La no disolución legítima del matrimonio anterior.*

El artículo 471 del Código penal requiere que el matrimonio anterior no se hallase “legítimamente *disuelto*” al tiempo de la celebración del actual. Habida cuenta del carácter de elemento nor-

(41) En este sentido, distinguiendo entre “existencia jurídica del acto” y “efectos civiles”, la S. 16 noviembre 1905 (JCr/161).

(42) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 60.

(43) LACRUZ-SANCHO afirma la inexistencia de los matrimonios de los artículos 93, 94 y 95 cuando la condición no se cumple: *op. cit.*, pág. 60.

mativo de este requisito jurídico, una interpretación *literal* debería entenderlo referido a los conceptos *jurídicos positivos de disolución* del matrimonio. Pero causas de *disolución admitidas* por el Derecho español son sólo la muerte de uno de los cónyuges (art. 52 del Código civil y can. 1.118 CJC) y otras excepcionales. Esto es, las causas de disolución no incluyen las de nulidad. ¿Significa esto que la "legítima disolución" del artículo 471 del Código penal no alcanza a las causas de nulidad? (44). Si así fuese, cabría extraer la consecuencia de que el matrimonio anterior debe ser *válido*, caso de entenderse ello aconsejado por la esencia del delito de bigamia (45), ya que la letra del artículo 471 del Código penal no se refería al nuevo matrimonio tras matrimonio anterior que no se hallase *anulado* —aunque fuese anulable—, sino sólo que no se hallase *disuelto*. Podría pensarse que la ley sobreentiende que el matrimonio anterior no disuelto ha de ser válido. Sin embargo, todo ello presupone, por una parte, que la esencia de la bigamia exige la validez del matrimonio anterior y, por otra parte, que el artículo 471 del Código penal permite suponer el requisito tácito de dicha validez. Nuestro planteamiento niega lo primero: si basta el matrimonio *nulo* del bigamo para lesionar el principio monogámico, en cuanto supone el reconocimiento jurídico *efectivo* hasta su descubrimiento, no hay razón para excluir el matrimonio anterior nulo, pero no anulado, que no sólo se ha reconocido jurídicamente, sino que además posee normalmente efectos civiles hasta su anulación (art. 69 del C. c.) (46). Por otra parte, no sería fácil justificar por qué en la letra del artículo 471 del Código penal el matrimonio bigamo (el "segundo o ulterior matrimonio") no necesita la validez para ser tal y, en cambio, el matrimonio anterior no disuelto ha de ser válido.

Ahora bien, si se niega, como nosotros, que la bigamia exija la validez del matrimonio anterior y que la letra del artículo 471 conduzca a la necesidad tácita de su validez, la interpretación estricta de la "disolución" en ese precepto poseería una consecuencia intolerable: el artículo 471 del Código penal se referiría a todo matrimonio anterior no *disuelto*, aunque se haya *anulado*. Según esto, el artículo 471 del Código penal impediría bajo pena contraer nuevo matrimonio a quién se le declaró nulo otro anterior. Tal conclusión contradecía la regulación del impedimento de vínculo, que deja de concurrir cuando el matrimonio anterior es declarado nulo: así, inequívocamente, el canon 1.069, 2, *a contrario*. Y no puede pensarse que el artículo 471 del Código penal castigue un matrimonio *permitido* por la ley canónica o civil cuando no concurre la duplicidad de vínculos, siquiera efectiva, esencial a la bigamia. Por ello,

(44) En sentido afirmativo la S. 30 marzo 1960 (Arj/1.147).

(45) Así, CARRARA, *op. cit.*, § 1.937. La jurisprudencia francesa mantiene la misma posición: QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1011; CARMONA, *op. cit.*, página 202.

(46) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 27, en sentido parecido, en base al artículo 101 del C. c., en relación con el 102 del C. c.

pese a que el artículo 471 del Código penal no se refiere a disolución y nulidad como el párrafo 171 del StGB alemán, sino sólo a disolución, este término debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo también la declaración de nulidad (47). Con ello no se sobrepasa el “sentido literal posible” del término “disolución”, único límite máximo de la interpretación (48). Tampoco se perjudica al reo. Es éste un ejemplo de elemento normativo jurídico que, por el sentido del contexto en que se encuentra, no puede conectarse *sin más* con el significado estrictamente definido por el derecho (49).

La letra del artículo 471 del Código penal es inequívoca en cuanto al *tiempo* en que ha de producirse la disolución. Tiene que preceder a la nueva celebración de matrimonio, pues el delito consiste en *contraer* segundo o ulterior matrimonio *sin hallarse* legítimamente disuelto el anterior (50). Ello permite considerar la disolución como algo más que condición objetiva de punibilidad de carácter negativo. En nuestro planteamiento, el fundamento de la punición de la bigamia descansa en la *efectiva* concurrencia simultánea de dos vínculos, por lo que, hasta tanto no se declara la nulidad o se disuelve el matrimonio anterior, la celebración de un nuevo matrimonio lesiona el principio monogámico. La disolución requerida por el artículo 471 del Código penal excluye, pues, el tipo *positivo de injusto* —no es sólo causa de justificación— del nuevo matrimonio: sin ella faltaría la *lesión* al bien jurídico de la monogamia. Esta conclusión no sería posible si la disolución posterior al nuevo matrimonio excluyese la punibilidad (51).

Consecuencia *procesal* de que la ley exija sólo la no disolución anterior del matrimonio precedente, y no su validez, es, para FERRER SAMA (52), la no aplicabilidad del artículo 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en caso de proceso por bigamia. Al determinar este precepto que “las cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión del estado civil se diferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal”, no cabe apelar a él para decidir la *validez* del matrimonio anterior, no necesaria ni, por tanto, *prejudicial*. Entendemos, sin embargo, que sí cabe acudir a dicho precepto para decidir la presencia del concepto de “matrimonio anterior” requerido por el artículo 471 del Código penal, lo que, particularmente en materia de Derecho inter-

(47) FERRER SAMA, *op. cit.*, págs. 26 y sigs.; CUELLO, *op. cit.*, pág. 673; JASO, *op. cit.*, pág. 295; S. del T. S. 5 enero 1898 (JCr/4), 16 febrero 1954 (ArJ/481), 3 diciembre 1957 (ArJ/3.482). En lo sucesivo emplearemos a menudo el término “disolución” en sentido amplio.

(48) LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. E. GIMBERNAT ORDEIG, Barcelona, 1966, pág. 256.

(49) LARENZ, *op. cit.*, págs. 255 y sig.

(50) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 26.

(51) Es lo que sucede en el art. 556, 3 del *Codice penale* italiano: PISAPIA, *op. cit.*, págs. 47 y sigs.

(52) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 27.

nacional privado, puede no ser de obvia solución. Lo mismo ha de suceder en relación a la *legitimidad* de la disolución (53).

El artículo 471 del Código penal exige, en efecto, que la disolución sea legítima. Por legítima debe entenderse la disolución ajustada al Derecho español. A efectos de Derecho Internacional privado, esto no significa que deba excluirse toda disolución producida con arreglo al Derecho extranjero: dentro del Derecho español se incluye también la *norma de conflicto*. Tratándose de materia relativa no a la forma de celebración, sino al contenido de la relación matrimonial, en cuanto al Derecho *material* deberá acudir, en principio, al artículo 9.º del Código civil, que remite a la *ley personal* y, en su caso, del marido. Pero ello tropezará con la excepción de orden público (art. 12, 1, del C. c.) cuando la disolución que corresponde según la ley personal, sea el divorcio vincular. Tanto si los cónyuges son españoles como si son extranjeros, no es admisible, por tanto, por el Derecho español el divorcio vincular (54). La declaración de esta clase de divorcios no sería, pues, “disolución legítima” para el artículo 471 del Código penal, y la nueva celebración del matrimonio constituiría el tipo legal de bigamia. Una solución distinta ofreció la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1915 (JCr/131) (55).

La *competencia* procesal para declarar la disolución corresponde exclusivamente a los Tribunales españoles en cuanto a los matrimonios españoles celebrados en el extranjero (56). En relación al matrimonio *canónico*, reconoce el Derecho español la competencia exclusiva de los Tribunales de la Iglesia. El artículo 80 del Código civil declara: “El conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos, sobre dispensa del matrimonio

---

(53) Es acertado, por ello, que la S. del T. S. 3 diciembre 1957 (ArJ/3.482) diga sólo que “en la *generalidad* de los casos, y entre ellos se comprende el actual —estaba en juego la anulación del matrimonio anterior—, basta la existencia en el registro civil de dos asientos vigentes relativos a dos matrimonios del mismo contrayente, y para que la jurisdicción criminal pueda pronunciarse, sin necesidad de otros elementos que pudieran ser exigidos en vía distinta de la punitiva”. El subrayado es mío.

(54) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil Español Común y Foral*, 10 edición, I, 1, Madrid, 1962, pág. 494; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 345. En contra CUELLO, *op. cit.*, pág. 674.

(55) El procesado, protestante y súbdito alemán, había contraído anterior matrimonio canónico con española, que fué disuelto por los Tribunales alemanes; a continuación se casa con una alemana. Aunque el T. S. denegó la ejecución de la sentencia de disolución, la S. absuelve: “Aun discutida la eficacia y efectos de la sentencia de disolución del primer matrimonio, pronunciada por los Tribunales alemanes, no puede hacerse depender el nacimiento de una responsabilidad criminal y la generación de un delito de su cumplimiento y aceptación por parte del querellado, amparándose en procedimientos, leyes y resoluciones de su propio país, pues sólo en el caso de que un español adoptara las leyes extranjeras para eludir la aplicación de las suyas naturales, habría potestad en España para exigirle responsabilidad criminal”. En el sentido de la sentencia, QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1012, y CUELLO, *op. cit.*, pág. 674.

(56) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 344.

rato y no consumado y sobre uso y aplicación del privilegio Paulino, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil, a tenor del artículo 82." Completan este precepto los artículos 81 y 82 del Código civil. No hace falta señalar que en estos casos los Tribunales eclesiásticos aplicarán el Derecho canónico. La coordinación del mismo con el Derecho civil suscita la difícil cuestión de la clasificación penal del nuevo matrimonio contraído tras la disolución canónica del anterior no reconocido como tal por el Derecho civil. Tal sucede en los privilegios Paulino (can. 1.120 CJC) y Petrino, en cuanto suponen la disolución canónica de un matrimonio civil. RODRÍGUEZ DEVESA distingue según haya precedido declaración hecha por los Tribunales eclesiásticos o no. En el primer caso, en base al artículo 243 del Concordato, considera legítima la anterior disolución a efectos penales. En el segundo, el nuevo matrimonio constituirá delito de bigamia (57). El problema es de difícil solución. Por una parte, no parece lógico exigir una declaración de los Tribunales eclesiásticos para la legitimación de la disolución, pues no es declaración alguna de esta clase lo que determina la disolución, sino *únicamente* el matrimonio posterior. Por otra parte, sin embargo, el artículo 471 del Código penal se contenta con la celebración de nuevo matrimonio *sin hallarse* legítimamente disuelto el anterior al tiempo de dicha celebración y, en cuanto al privilegio Paulino, no puede decirse que el matrimonio anterior *se halle* disuelto *ya* al celebrarse el segundo, sino que se disuelve sólo con la celebración de éste.

La solución de los casos de privilegio Petrino, en cuanto supone la disolución *previa* del matrimonio anterior, ha de excluir la presencia del delito de bigamia, sin declaración jurisdiccional eclesiástica alguna. Ningún precepto obliga a tal declaración. El artículo 82 del Código civil se refiere sólo al caso de que, de hecho, tengan lugar sentencias y resoluciones firmes de la jurisdicción eclesiástica, pero no exige que éstas tengan lugar (58). Y el artículo 51 del Código civil excluye sólo los *efectos civiles* del matrimonio canónico posterior al civil, efectos civiles no necesarios para la existencia de matrimonio (Cfr. *supra*, II, 3 A a a'). Por el contrario, el espíritu de los artículos 80 a 82 y, sobre todo, la lógica del sistema de remisión en bloque al Derecho canónico para la regulación del matrimonio canónico impuesto por el artículo 75 del Código civil (59), conducen a la licitud del matrimonio canónico permitido por el privilegio Petrino. Todo matrimonio canónico ajustado al Derecho canónico ha de ser lícito, según el artículo 75 del Código civil. Y la unidad del ordenamiento jurídico no permite entender *punible* lo que es civil-

(57) RODRÍGUEZ-DEVESA, *op. cit.*, págs. 236 y sig.

(58) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 53.

(59) Este precepto dice: "El matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia Católica".

mente *lícito*. Tal principio se halla sancionado de modo general en el artículo 8, 11.<sup>a</sup> del Código penal. En el artículo 471 del Código penal la licitud civil no sólo justifica la conducta, sino que excluye la *tipicidad positiva* a través del requisito de la legitimidad de la disolución anterior.

Más difícil es la solución del problema que plantea la celebración de nuevo matrimonio canónico permitido por el privilegio Paulino. La literalidad del artículo 471 del Código penal incluye este supuesto en el tipo legal, al exigir la *anterioridad* de la disolución legítima. No cabe duda, sin embargo, de que el nuevo matrimonio es *lícito* según el Derecho canónico y, por ello, también para el Derecho civil (*arg. ex, art. 75 del C. c.*). La previsión expresa del privilegio Paulino por parte de los artículos 80 y 82 del Código civil confirma esta interpretación. Ahora bien, si lo lícito civil no puede suponer sanción penal, resultaría inadmisibles entender responsable penalmente al que se acoge al privilegio Paulino. El artículo 8, 11. del Código penal impide tal resultado, pues obra en el ejercicio legítimo de un derecho quien celebra matrimonio lícito, con o sin declaración de la jurisdicción eclesiástica. Pese a que el supuesto examinado realiza el tipo *positivo* descrito en el artículo 471 del Código penal, se halla, pues, *justificado* según el artículo 8, 11 del Código penal y no origina el tipo de injusto de aquel precepto por faltar su parte *negativa*. Esta conclusión resulta insatisfactoria, aunque suponga la admisión del tipo positivo —tipo en sentido estricto—. Si al tipo positivo corresponde describir las conductas que *lesionan* el bien jurídico protegido y las causas de justificación se limitan a *permitir* (*Erlaubnissatz*) tal lesión en ciertos supuestos, puede decirse que el matrimonio contraído con arreglo al privilegio Paulino *lesiona el principio monogámico* pese a su *licitud*. En efecto: que el matrimonio en cuestión sea *permitido* por el Derecho canónico y, por ello, por el Derecho civil, no significa que para el Derecho civil deje de existir válidamente el matrimonio anterior, pues el Derecho canónico no podría afectar a un matrimonio *civil*; luego el nuevo matrimonio canónico —reconocido civilmente— coexiste con el matrimonio civil anterior, lesionando inevitablemente el carácter monogámico del matrimonio civil.

Consideración especial merece también la *declaración de fallecimiento*. El Derecho canónico permite el nuevo matrimonio si, efectuadas las diligencias previstas en la Instrucción del Santo Oficio de 1868, consta la certeza moral de la muerte de uno de los cónyuges (60). Frente a esto, el artículo 93, 3 del Código civil dispone que “la declaración de fallecimiento no basta por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio”. QUINTANO deduce de esto último que la declaración no es “legítima disolución” (61) y que, por tanto, el nuevo matrimonio constituye el delito de bigamia del artículo 471 del Código penal. Es cierto que la *sola*

(60) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, págs. 427 y sigs.

(61) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1011; JASO, *op. cit.*, pág. 296.

declaración de fallecimiento no basta para la disolución del matrimonio. Ahora bien, en relación al matrimonio canónico, ello no excluye la virtualidad de la declaración de fallecimiento que origina la certeza moral que permite el matrimonio. No refiriéndose el artículo 195, 3 del Código civil expresamente al matrimonio canónico, ha de entenderse referida sólo al matrimonio civil, pues el canónico se regula exclusivamente, salvo disposición en contra, por el Derecho canónico (art. 75 del C. c.). Por otra parte, tampoco en el matrimonio civil resulta indiscutible la no posibilidad *legítima* de nuevo matrimonio. Como observan LACRUZ-SANCHO, la disposición del artículo 195, 3 del Código civil no excluye totalmente la licitud del nuevo matrimonio: *a sensu contrario*, si “la sola declaración de fallecimiento *no basta por sí sola*” para ulterior matrimonio, se admite que *acompañada* de otros elementos permita nuevo matrimonio. Tal elemento podría ser la concurrencia de pruebas que *objetivamente*, esto es, no sólo frente al cónyuge, sino para un observador imparcial situado mentalmente en el momento de contracción del nuevo matrimonio, llevasen a la certeza *moral* de la muerte. Tanto en el matrimonio canónico como en el civil, caso de demostrarse posteriormente al nuevo matrimonio la falsedad de tal creencia, no podría negarse la lesión objetiva del principio monogámico y la realización de la parte *objetiva* del tipo legal *positivo* descrito por el artículo 471 del Código penal. Pero la conducta se hallaría *justificada* por la *debida diligencia* con que se llevó a cabo, constitutiva de caso fortuito (art. 8.º, 8 del C. p.), y faltaría la *parte negativa* del tipo legal de bigamia. Quien actúa dentro del cuidado objetivamente exigible en el tráfico no puede incurrir en responsabilidad penal (62). En cambio, si el error fuese imprudente, la solución —impunidad o aplicación del art. 565 del C. p.— dependería de la admisión o no del tipo imprudente de bigamia. Nosotros respondemos negativamente a esta cuestión (Cfr. *infra*, II, 4).

c') *El segundo o ulterior matrimonio.*

El artículo 471 del Código penal no exige requisitos distintos al matrimonio anterior y al actual. De éste, como de aquél, requiere sólo que sea “matrimonio”. Vale, pues, para el matrimonio bigamo el mismo planteamiento efectuado para el matrimonio anterior. Baste aquí recordar que en el centro mismo se halla la necesidad y suficiencia de la celebración con apariencia de legalidad, según el Derecho español, incluyendo en éste la norma de conflicto de Derecho internacional privado. Que al nuevo matrimonio no le reconozca la ley “efectos civiles” (art. 51 del C. c.) no constituye, como se vio (cfr. *supra*, II, 3 A a a’) elemento diferencial alguno respecto del matrimonio anterior, que tampoco precisa estos efectos (63). Por

(62) CUELLO, *op. cit.*, pág. 673, y QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1011, proponen también la impunidad en los casos de buena fe, pero sin justificar esta solución.

(63) No compartimos, por ello, la formulación de FERRER SAMA: “Lo que constituye la característica esencial de este delito es la celebración de

otra parte, no tiene tampoco relevancia diferencial que respecto del matrimonio bígamo no quepa fundar su no necesidad de *validez* la en la ley exija sólo su no disolución legítima. No cabría pedir la exclusión del delito de bigamia para los nuevos matrimonios nulos: la lesión del principio monogámico no requiere la *validez* de los matrimonios en juego, sino sólo su reconocimiento jurídico *efectivo*, que en el nulo tiene lugar *hasta* su anulación; esto es evidente en el nuevo matrimonio, que *en todo caso* es nulo y no por ello deja de originar el delito de bigamia. Que el segundo o ulterior matrimonio, pese a ser siempre nulo, “es matrimonio” existente, se deduce sin más del mismo artículo 471 del Código penal no sólo porque éste quedaría de lo contrario sin ninguna posibilidad de aplicación, sino también porque califica expresamente de “matrimonio” al segundo o ulterior. No hace falta, pues, acudir a la artificiosa argumentación de OPPE, quien, tras señalar que en Derecho español el matrimonio bígamo carece, según el artículo 51 del Código civil, de todo efecto civil y por ello podría parecer *inexistente*, alega los artículos 75 y 83 del Código civil y la necesidad de la declaración de un Tribunal civil o eclesiástico para que proceda su anulación, como prueba de que en tanto no se produzca esta declaración el matrimonio bígamo es existente (64). Pero el planteamiento de OPPE viene a confirmar nuestro punto de partida: la relevancia jurídica de todo “matrimonio contraído” en cuanto no se declare su anulación.

Ni siquiera la provocación *intencional* de la nulidad del nuevo matrimonio modifica esta conclusión. Es viciada la argumentación de CARRARA de que “si la simulación recae en el segundo matrimonio no ocurre siquiera tentativa de bigamia, porque el culpable no tuvo nunca la intención de contraer un segundo matrimonio válido” (65): se trata de que el artículo 471 del Código penal no exige “la intención de contraer un matrimonio válido”, sino sólo la de “contraer segundo o ulterior matrimonio” (válido o no).

El nuevo matrimonio coincide también con el anterior en requerir una *base fáctica* constituida, entre otros hechos, por la conducta de los contrayentes. Pero el artículo 471 del Código penal concede carácter *típico* sólo a la base fáctica del segundo o ulterior matrimonio. La acción típica es en el artículo 471 del Código penal el contraer matrimonio por parte de quien ha contraído otro anterior no disuelto. En cuanto base fáctica se materializa en la *manifestación del consentimiento matrimonial* por parte del ya casado con arreglo a una apariencia de legalidad y produciendo como *resulta-*

---

un matrimonio que, si no subsistiese el vínculo anteriormente contraído, sería válido, c, al menos, podría producir efectos jurídicos” (pág. 30); tampoco la de JASO: “Un segundo o ulterior matrimonio que produciría efectos civiles caso de no existir el matrimonio anterior” (op. cit., pág. 296).

(64) Cfr. W. OPPE, *Deutsch-spanische Doppelhehe in Mexico*, en “Monatschrift für deutsches Recht”, año 25, 1971, págs. 23 y sig.

(65) CARRARA, *op. cit.*, § 1.938.

do (66) el efectivo *matrimonio*, siquiera nulo (67). La precisión de estos extremos tiene importancia para la distinción de delito consumado y tentativa o frustración (cfr. *infra*, II, 5) y para la delimitación de autoría y participación (cfr. *infra*, II, 6).

Consideración especial merece también en este apartado ciertos problemas suscitados en relación al nuevo matrimonio. El más importante es el planteado por la celebración de matrimonio canónico tras matrimonio civil anterior. El Derecho canónico no considera matrimonio, ni siquiera aparente (68), el civil contraído por personas bautizadas, esto es, obligadas al matrimonio canónico. Por ello, no concurre en el nuevo matrimonio, según el Derecho canónico, el impedimento de vínculo, pudiéndose celebrar lícitamente (69). El problema consiste en que, si bien el matrimonio canónico debe celebrarse con arreglo al Derecho canónico, éste no puede afectar al matrimonio civil anterior. Por esta razón entiende RODRÍGUEZ DEVESA que el derecho estatal no reconoce el nuevo estado matrimonial que, al ser aparentado por medio del nuevo matrimonio, constituye el delito de bigamia (70). Sin embargo, no es indudable que el matrimonio canónico sea ilícito para el Derecho civil. Al contrario, la remisión *en bloque* al Derecho canónico que efectúa el artículo 75 del Código civil ha de conducir, si ningún precepto civil lo contradice, a la admisión del segundo matrimonio canónico. Como se vio en relación al problema del privilegio Paulino, el artículo 51 del Código civil no contradice esta conclusión, sino que priva de "efectos civiles" al matrimonio canónico, y ya se dijo más arriba que tales efectos no son necesarios para la *existencia* del matrimonio a los ojos del Derecho estatal (cfr. *supra*, II, 3 A aa). Por otra parte, el Derecho canónico no puede modificar el hecho del matrimonio civil anterior (71).

(66) En contra, FERRER SAMA considera la bigamia "delito de mera conducta", *op. cit.*, pág. 31.

(67) QUINTANO exige "la formalidad concluida del segundo vínculo", *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, II, pág. 380; MAURACH propone la fórmula siguiente: "La acción consiste en la "construcción" del nuevo matrimonio, es decir, en la ejecución de todos los actos que deben llevar a cabo los contrayentes y las personas que participan en la documentación para la producción (*Zustandekommen*) formal del matrimonio": obra citada, pág. 411. La doctrina alemana es unánime en requerir la producción formal del nuevo matrimonio (*Abschluss*): WELZEL, *op. cit.*, pág. 424; KOHLRAUSCH-LANGE, *op. cit.*, pág. 412; DREHER, *op. cit.*, pág. 738 (§ 171/2); SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, pág. 1011 (§ 171/6); HEIMANN-TROSIEN, LK, 9.<sup>a</sup> ed., cit., § 171/12. Todos esos autores señalan, además, que, aunque la bigamia crea un estado (*Zustandsverbrechen*), no es un "delito permanente" (*Dauerverbrechen*). Ello es importante para la *prescripción*, cuyo plazo empieza a correr a partir de la celebración, *no del cese* del nuevo matrimonio. Así, CUELLO, *op. cit.*, pág. 677. En contra, S. 15 junio 1953 (ArJ/1.514); a favor, S. 16 noviembre 1959 (ArJ/3.357) y 10 junio 1970 (ArJ/2.774).

(68) BERNÁNDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 55.

(69) BERNÁNDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 117.

(70) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 237.

(71) Esto permite admitir la posición de LACRUZ-SANCHO, según la cual la situación de ineficacia civil del matrimonio canónico cesa cuando desapa-

Penalmente, este planteamiento ha de conducir a la misma solución propuesta más arriba para el matrimonio acogido al privilegio Paulino. La letra del artículo 471 del Código penal comprende el supuesto examinado que, por tanto, realiza el tipo *positivo* de injusto; pero la licitud civil del nuevo matrimonio impide su anti-juricidad penal —siempre un plus—, por lo que su celebración ha de considerarse *justificada* en base al artículo 8.º, 8 del Código penal —ejercicio legítimo de un derecho.

Esta formulación dogmática se aparta de la acogida por la Jurisprudencia, que traslada el plano al plano *subjetivo* del conocimiento de la anti-juricidad. En las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1944 (ArJ/1.261) (72), 22 de marzo de 1945 (ArJ/401), de 6 de junio de 1945 (ArJ/779), de 24 de febrero de 1962 (ArJ/832) se considera inexistente el dolo (como *dolus malus*) por error invencible de prohibición. Pero esto supone que, cuando el error es vencible o no se produce en absoluto, debería, según el Tribunal Supremo, castigarse por imprudencia (73) o por el tipo doloso (74). Y es inadmisibles que una conducta *lícita civilmente*, porque lo es canónicamente, (art. 75 del C. c.) pueda originar responsabilidad *penal*.

Problema interesante es también el suscitado por el nuevo matrimonio celebrado *sub condicione*, bajo condición suspensiva —la resolutoria se tendría por no puesta o afectaría sólo a la validez, por simulación— (75). Sea convencional o legal (arts. 93, 94 y 95 del C. c.), el no cumplimiento de la condición obliga a considerar *inexistente* el matrimonio, que sólo hubiese llegado a ser tal caso de cumplirse la condición (76). No puede decirse entonces que se haya *contraído* nuevo matrimonio y no se realiza el tipo legal del artículo 471 del Código penal. Subsiste, sin embargo, la cuestión de si ello origina el tipo de tentativa o frustración, que se examinará más adelante (cfr. *infra*, II, 5).

FERRER SAMA entiende que “no constituiría delito de bigamia el matrimonio contraído con nombre supuesto, aunque sí otras figuras del delito” (77). Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1942 (ArJ/679) ha considerado irrelevante tal

---

rece el obstáculo del matrimonio civil, “en cuyo momento el canónico comienza a surtir efectos como si se hubiera celebrado entonces, *pero no más*: op. cit., pág. 62. Esta solución es, sin duda, satisfactoria: vid. páginas 63 y 64, nota 4.

(72) “... tal dolo específico falta, y con ello desaparece toda responsabilidad criminal, cuando, como aparece de hecho probado, los procesados manifiestan la existencia de un matrimonio civil anterior del contrayente al cura párroco que había de autorizar el sacramento, y éste no sólo expresó su creencia de que podían casarse los procesados, sino que posteriormente procedió a la celebración del matrimonio.”

(73) Así parece sugerirlo de modo indirecto la S. 19 abril 1913 (JCr/195).

(74) Así, S. 3 diciembre 1957 (ArJ/3.482).

(75) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 276.

(76) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 44 y 60.

(77) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 31.

suposición de nombre. Lo cierto es que el artículo 471 del Código penal no exige la celebración del nuevo matrimonio con el nombre verdadero. Alcanza, por tanto, a *todo* aquel que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, sea con nombre verdadero, sea bajo nombre supuesto. Ello no obsta a que esta circunstancia plantee la cuestión de la posibilidad o no del concurso con falsedad (cfr. *infra*, II, 6).

No hace falta señalar que, aunque no lo exige expresamente, el tipo legal del artículo 471 del Código penal requiere que el primer y segundo matrimonios no se hayan contraído por las mismas personas (78). La falta de lesión del bien jurídico protegido —el carácter monogámico—, obliga a entender excluida incluso la parte *positiva* del tipo legal —el tipo *stricto sensu*—, y no sólo la antijuricidad. Es este un ejemplo de la insuficiencia de la interpretación *literal* de la ley.

Ya se ha visto al examinar el elemento de la disolución del matrimonio anterior, que éste debe ser *antecedente* respecto del actual. Lo mismo se confirma por la expresión “segundo o ulterior” matrimonio. Ello permite plantear el problema, más bien teórico, que PISAPIA sugiere (79), de la *simultaneidad* de ambos matrimonios, celebrados ambos o uno de ellos mediante representante. Debe reconocerse que si la simultaneidad fuese *exacta* —cosa muy difícil—, el supuesto no sería *típico*, según el artículo 471 del Código penal, y debería, por ello, quedar impune. Esto constituye una *laguna legal* que debería corregirse por el legislador. El intérprete no puede hacerlo, porque ello constituiría clara aplicación *analógica*, en perjuicio del reo, de la ley penal, vedada por la necesidad de “interpretación rigurosa de la ley” que impone el artículo 2.º del Código penal (80).

Por último, la expresión “segundo o ulterior matrimonio” puede motivar la duda del tratamiento jurídico penal de la celebración de *más de un* matrimonio posterior al anterior disuelto. La conjunción disyuntiva “o” podría llevar a entender que la *unidad* del delito de bigamia no se desborda por la pluralidad de nuevos matrimonios. Tal conclusión no se aviene bien, sin embargo, con la propia literalidad de la expresión analizada, que no dice “segundo o ulteriores” —en plural—, sino “segundo o ulterior” —en singu-

---

(78) Por ejemplo: El extranjero que se casa con española en su país según su derecho y en España canónicamente. Ver los ejemplos, algunos reales, que recoge MANZINI, *op. cit.*, pág. 688, nota 18. Si el matrimonio anterior se anuló podría constituir el primer matrimonio a efectos de bigamia, aunque ésta cabría si los antiguos cónyuges vuelven a casarse tras haber contraído uno de ellos matrimonio con tercero. Pero entonces el matrimonio anterior relevante no sería el contraído por primera vez entre los bigamos, sino el celebrado con el tercero.

(79) PISAPIA, *op. cit.*, pág. 424, nota 3.

(80) J. CÓRDOBA RODA, en J. CÓRDOBA RODA-G. RODRÍGUEZ MOURILLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, pág. 57.

lar—. “Ulterior” alude al “tercero” o “cuarto”, etc., por sí solos —en singular—, pero no a una pluralidad de matrimonios al mismo tiempo.

b) *La parte subjetiva del tipo legal de injusto.*

a') En el esquema propuesto (cfr. *supra*, II, 3) el *dolo* o la *imprudencia* integran el tipo legal de injusto. El tipo legal del artículo 471 del Código penal es, como es regla en los delitos contenidos en el Libro II, distinto a los previstos en el artículo 565 del Código penal, de carácter doloso. El dolo ha de abarcar, como en todo tipo doloso, la totalidad de elementos objetivos del tipo legal. Para ello es necesario no sólo *conocer*, sino también *querer*. Pero *querer la acción típica* —contraer segundo o ulterior matrimonio— significa en el artículo 417 del Código penal quererla como precedida de ciertos elementos anteriores y externos a la misma. Es decir, el dolo de la acción típica del artículo 471 del Código penal implica el *conocimiento* de los elementos de este tipo legal externos a la acción, a saber: a) el matrimonio anterior, y b) su no disolución legítima (81). Tratándose de elementos *normativos*, como sucede en el artículo 471 del Código penal, han de *conocerse* no sólo los *hechos* en que se basan, sino también los elementos normativos mismos en *cuanto tales* (82). Basta, sin embargo, una comprensión de los mismos aproximada, “en la esfera del profano” —según la fórmula de MEZGERG generalmente admitida— (83). Por otra parte, la doctrina considera suficiente el dolo *eventual* (84).

El Tribunal Supremo suele subrayar la necesidad de *conocer* la no disolución ni anulación del matrimonio anterior, por ser este extremo el que presenta mayor número de problemas en la práctica. La Sentencia de 16 de febrero de 1954 (ArJ/481) declara: “...el dolo específico de este delito, que no es otro sino el que, sabiendo el culpable que el anterior matrimonio no está disuelto ni declarado nulo...”. En el mismo sentido, la Sentencia de 5 de julio de 1944 (ArJ/882): “... dicha figura delictiva —bigamia— se comete de modo consciente y voluntario por quien, unido en matrimonio con

(81) MANZINI, distingue también entre “intenzione” de contraer un nuevo matrimonio y “consapevolezza” del anterior matrimonio: *op. cit.*, página 691. Siguen la misma fórmula PISAPIA, *op. cit.*, pág. 468 y sig.; CUELLO, *obra citada*, pág. 675.

(82) JESCHECK, *op. cit.*, pág. 219. En contra, HEIMANN-TROISIEN, LK, 9.<sup>a</sup> ed., cit., § 171/11, considera el error sobre la subsistencia del matrimonio, como valoración jurídica, *error de prohibición*. Pero esto es retroceder a la distinción de error de hecho y error de derecho, hoy superada por la ciencia.

(83) J. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pág. 99; JESCHECK, *op. cit.*, pág. 219.

(84) MAURACH, *op. cit.*, pág. 411; WELZEL, *op. cit.*, pág. 242; KOHL-RÄSCH-LANGE, *op. cit.*, pág. 412; DREHER, *op. cit.*, pág. 738 (§ 171/3); SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, pág. 1011 (§ 171/5); JAGUSCH, LK, 8.<sup>a</sup> ed., página 73; LACKNER-MAASSEN, *op. cit.*, pág. 441 (§ 171/5); JASO, *op. cit.*, página 296; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 237.

una mujer..., se case con otra sabiendo que no se ha disuelto ni declarado nulo el anterior...”.

En algunos casos, el Tribunal Supremo parece contentarse con el *dolo eventual*, *deducido* de no haber practicado el autor las *diligencias más elementales* para cerciorarse de la disolución o anulación del anterior vínculo. Tal concepto de dolo raya peligrosamente con la imprudencia, de la que parece una forma calificada. Así, la Sentencia de 19 de abril de 1913 (JCr/ 195): “... dejando de practicar las más elementales diligencias para averiguar si su segunda esposa vivía cuando tan fácil le era por residir en la misma provincia, todo lo cual revela la intención dolosa...”; la Sentencia de 31 de octubre de 1925 (JCr/ 265): “... sin haber practicado las más elementales diligencias para averiguar si su primera esposa vivía y fijándose de imprudente manera en las declaraciones de los testigos que presentaba el Letrado...”; análogas las Sentencias de 16 de enero de 1906 (JCr/27) y 23 de abril de 1926 (JCr/174). Por último, el Tribunal Supremo entiende que el dolo se halla *presumido* por la ley en base al artículo 1.º, 2 del Código penal, lo que explica que la no concurrencia de argumentos que excluyan *positivamente* el dolo, baste al Tribunal Supremo para afirmarlo. Así, la Sentencia de 2 de enero de 1957 (ArJ/35): “... la voluntad dolosa... aparece probada no solamente en virtud de la presunción que establece el párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal, según el cual las acciones y omisiones penadas por la ley se presumen siempre voluntarias, es decir, conscientes, mientras no conste lo contrario, sino también aparece acreditada dicha voluntad dolosa y muy principalmente porque la naturaleza de ambos sucesos no permitía que ninguno de los cónyuges en uno y otro caso ignorase su trascendencia en todos los órdenes”; la Sentencia de 23 de octubre de 1957 (ArJ/2.919): “Es infundada la alegación que consigna el recurso, de no concurrir dolo... al sostener que el reo estimaba nulo el primer matrimonio que realizó, dada la época roja en la que contrajo y por su anormalidad, cuando la presunción general de voluntariedad de las acciones punibles, establecida por el artículo 1.º del Código penal no ha sido destruida...” Véase también la Sentencia de 22 de marzo de 1945 (ArJ/401).

b) El *error* esencial en cualquiera de los elementos típicos, sea en la acción típica, sea en sus presupuestos normativos, excluye el dolo y plantea la cuestión de la estimabilidad subsidiaria del tipo imprudente. Las sentencias citadas más arriba vienen a admitir que el creer legítimamente disuelto el matrimonio anterior ha de determinar la exclusión de responsabilidad penal.

c) El Tribunal Supremo, coherentemente con su concepción dogmática de dolo como *dolo malo*, entiende también excluido el dolo en los supuestos de error de prohibición por desconocimiento de la antijuricidad del segundo matrimonio. Es lo que sucede en los casos de matrimonio canónico autorizado por la Iglesia tras matrimonio civil no disuelto: el Tribunal Supremo no exige la creencia

en la disolución legítima, sino que considera suficiente la creencia en la licitud del nuevo matrimonio o, a lo sumo, la convicción de la *nulidad* —no disolución— del matrimonio civil. Tal error no afecta a la *voluntad natural* del hecho típico, sino al conocimiento de la antijuricidad.

Han estimado el error de prohibición como excluyente de toda responsabilidad penal las Sentencias de 29 de noviembre de 1944 (ArJ/1.261), 22 de marzo de 1945 (ArJ/401, 6 de junio de 1945 (ArJ/779) y 24 de febrero de 1962 (ArJ/832). Las dos últimas tienen especial importancia, por cuanto proporcionan un *criterio general*, aplicable no sólo a la bigamia, de delimitación de error de prohibición eximente y no eximente. La Sentencia de 6 de junio de 1945 declara que el delito de bigamia “nunca puede cometerse, al igual que cualquier otra infracción penada por la ley, sin la voluntariedad exigida en el artículo 1.º del Código sancionador, como elemento subjetivo equivalente a la intención dolosa de la persona responsable que, para serlo, *ha de tener conciencia de la ilicitud* de sus acciones y omisiones y que ya no lo es si obra al impulso de legítimos propósitos y en la *creencia racionalmente fundada*, bien sea cierta o errónea, *de ejercitar el propio derecho sin lesión de ningún otro que en el orden penal se halle protegido*”. De los fragmentos que he subrayado cabe deducir: primero, el Tribunal Supremo requiere la *actualidad* —no sólo *potencialidad*— del conocimiento del injusto. Ello es coherente con la *teoría del dolo* que sustenta. Segundo, el contenido del error de prohibición es la conciencia de *no lesionar ningún bien jurídico* que se halle protegido penalmente. Tercero, el criterio de distinción de error eximente y error no eximente es que se halle o no racionalmente fundado el mismo, que debe interpretarse con un sentido de *relatividad*, en referencia a la racionalidad del hombre *medio* colocado en la situación *concreta del agente*. La Sentencia de 24 de febrero de 1962 se expresa en cuanto a la distinción de error eximente y no eximente en el mismo sentido, si bien refiriéndose sólo a la “creencia fundada”. Aunque denegatoria del error eximente, la Sentencia de 22 de abril de 1969 (ArJ/2.317) apeló al mismo criterio de la Sentencia 6 de junio de 1945.

Tan importante como el principio de distinción señalado es el contenido *concreto* que el Tribunal Supremo da al mismo: en todas las sentencias citadas se consideran casos en que el imputado había sido autorizado por un ministro de la Iglesia, pese a haberle manifestado abiertamente la concurrencia del anterior matrimonio o, incluso, a haber consultado a distintas personas que le dieron opinión positiva. No cabe duda de que influye en el Tribunal Supremo la conciencia de que no cabe castigar un matrimonio *lícito* con arreglo al Derecho canónico. Hemos dicho más arriba que esta licitud supone también la licitud civil, por virtud de la remisión en bloque al Derecho canónico del artículo 75 del Código civil. Por ello, la

solución correcta no es la exención de responsabilidad por *error*, que pudiera faltar, sino por ejercicio legítimo de un derecho (artículo 8.º, 11 del C. p.).

#### B) *El tipo legal negativo de injusto*

Las únicas causas de justificación que poseen interés *específico* para el tipo legal del delito de bigamia son el *ejercicio legítimo de un derecho* (art. 8.º, 11 del C. p.) y el *caso fortuito* (art. 8.º, 8 del Código penal). Al estudiar los elementos normativos de no disolución de matrimonio anterior y matrimonio actual, se dijo que el artículo 8.º, 11, ha de operar en los casos de privilegio Paulino y matrimonio canónico permitido por la Iglesia tras matrimonio civil no disuelto, y que la certeza moral de la muerte permite la aplicación del artículo 8.º, 8 del Código penal. Nos remitimos a lo dicho.

Queríamos señalar, además, que el delito del artículo 471 del Código penal confirma el punto de partida sistemático que sirve de base a este trabajo, a saber, que el tipo legal es tipo *total* de injusto y supone, por ello, tácitamente la ausencia de causas de justificación. Adviértase que en los casos señalados de justificación de la bigamia con arreglo al artículo 8.º, 11 del Código penal no cabría decir que el segundo matrimonio es *ilegal*. Por el contrario, dicho matrimonio es *licito*, pese a realizar el tipo legal positivo. Ahora bien, la rúbrica del Capítulo en que se encuentra el artículo 471 del Código penal se refiere a los "matrimonios ilegales". Luego, el matrimonio *justificado* por el artículo 8.º, 11 del Código penal no realiza el tipo legal del artículo 471 por no ser un *matrimonio ilegal*, o lo que es lo mismo, porque falta la parte *negativa* del tipo.

No hace falta señalar, por lo demás, que el adverbio "legítimamente" del artículo 471 del Código penal no se refiere al tipo legal negativo (no es un "elemento especial de antijuricidad"), sino al positivo. La legitimidad no se predica, en efecto, del hecho descrito por el tipo, sino de la disolución del matrimonio anterior.

#### 4. *Posibilidad o no del tipo imprudente de bigamia.*

En los derechos en que los tipos imprudentes se incriminan de forma especial, cuando se estima necesario castigarlos, en sistema de *numerus clausus*, la punibilidad de la bigamia culposa depende de su previsión expresa por el legislador. Lo normal es entonces que ello no tenga lugar. Este es el caso de los Códigos penales de la República Federal Alemana y de Italia. Es evidente en estos países que sólo la bigamia dolosa es punible (81). El problema es más difícil de resolver en el sistema español de incriminación *abierto* de la imprudencia, en las fórmulas generales de los artículos 565; 586, 3.º, y 600 del Código penal.

(85) Ver nota anterior. En Italia, PISAPIA, *op. cit.*, pág. 468; RICCIO, *obra citada*, pág. 238; COLACCI, *op. cit.*, pág. 154; MANZINI, *op. cit.*, página 691.

La doctrina española se halla dividida en este punto. CUELLO CALÓN y RODRÍGUEZ DEVESA niegan la punibilidad del tipo imprudente de bigamia (86). Por el contrario, FERRER SAMA, CONDE PUMPIDO y, menos claramente, JASO y PUIG PEÑA la admiten (87). GIMBERNAT no se decide por una u otra solución, pero pone abiertamente en duda la posibilidad de la imprudencia (88). El Tribunal Supremo no ha negado nunca la posibilidad del tipo imprudente de bigamia. Por el contrario, en alguna sentencia, como la de 19 de abril de 1913 (JCr/195), se sugiere claramente la posibilidad de la imprudencia: "Si la imprudencia temeraria se caracteriza por la carencia absoluta de toda malicia y de falta de intención en la ejecución de un hecho punible, no puede en modo alguno aplicarse a los realizados por el recurrente, pues aparece claramente que al contraer ulterior tercer matrimonio sin estar disuelto el segundo, ocultó este último...". Sin embargo, no deja de ser significativo que, aparte de la Sentencia de 1 de abril de 1882, citada por QUINTANO, PUIG PEÑA, CONDE PUMPIDO y CUELLO CALÓN (89), sólo en la muy reciente de 4 de julio de 1974 ha estimado el Tribunal Supremo la bigamia por imprudencia, y ello no por haberse preferido la impunidad en casos de imprudencia, sino más bien por una ampliación de lo doloso. Ya se ha dicho más arriba que el Tribunal Supremo entiende concurrente el dolo en este delito en casos *excesivamente próximos* a la imprudencia y que apela para ello con frecuencia a la presunción de voluntariedad del artículo 1.º, 2 del Código penal. Piénsese, por ejemplo, en la Sentencia de 31 de octubre de 1925 (JCr/265).

La solución de la cuestión planteada no ha de depender de consideraciones político-criminales del intérprete. Estas corresponden al legislador, que, según la interpretación dominante, cuando quiere cerrar el paso a la incriminación imprudente, introduce en la descripción típica referencias subjetivos incompatibles con la imprudencia (90). El artículo 565, 1, permite sólo excluir de la imprudencia a los tipos que contienen elementos subjetivos que *suponen el dolo*: puede interpretarse que exige que el hecho objetivo constituyera ya "delito" (doloso) "si mediare malicia", y los tipos portadores de elementos subjetivos que suponen el dolo no realizarían —no

(86) CUELLO, *op. cit.*, pág. 676, pero su argumentación no es admisible; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 237.

(87) FERRER SAMA, *op. cit.*, págs. 36 y sig.; QUINTANO, *op. cit.*, páginas 1015 y sig.; CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 96; JASO, *op. cit.*, pág. 296, a *sensu contrario* de su afirmación de que "la comisión culposa no es posible respecto al que contrae matrimonio con el cónyuge"; PUIG PEÑA, se limita a referirse a la admisión de la imprudencia por la S. 1 abril 1882.

(88) E. GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema de Derecho Penal en la actualidad*, en "Anuario de Ciencia Jurídica", I, 1972, pág. 278.

(89) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1016; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 171; CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 96; CUELLO, *op. cit.*, pág. 676.

(90) J. CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Derecho Penal*, de R. MAURACH, Barcelona, 1962, págs. 216 y sigs.; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, pág. 224.

constituirían *todavía* “delito”—añadiendo sólo al hecho objetivo la malicia. En otras palabras: el artículo 565 supone un hecho no doloso que, de añadirsele el dolo —la malicia—, constituiría “delito”: y un hecho no doloso no puede, con la sola adición del dolo, dar lugar a un tipo de portador de elementos subjetivos que suponen el dolo, porque antes de la adición del dolo *no podían* concurrir en él esos elementos y la sola adición mental de aquél no implica la de éstos. No es posible, en cambio, deducir del artículo 565 la no incriminación culposa de los tipos en que se expresa sólo el dolo, ya que en ellos el hecho objetivo constituye delito con sólo mediar malicia. La incriminación de la bigamia culposa depende, en primer lugar, de la ausencia de elementos subjetivos adicionales al dolo en el tipo del artículo 471 del Código penal, si es que se demuestra la posibilidad de producción real del tipo de bigamia imprudente.

Es indudable que es imaginable la realización imprudente de la bigamia. Piénsese en quien cree infundadamente que su matrimonio anterior está disuelto legítimamente. Por otra parte, en el tipo legal del artículo 471 del Código penal no se exigen elementos subjetivos adicionales al dolo. No puede considerarse como tal la necesidad de *conocimiento* del matrimonio anterior y de su no disolución, porque este conocimiento es requerido por el mismo dolo: la bigamia dolosa lo requiere necesariamente. De esto cabría deducir que si falta dicho conocimiento falta sólo el dolo y, caso de mediar imprudencia, es aplicable el artículo 565 —no el 586, 3., ni el 600, referidos a mal a las personas o daño a las cosas, respectivamente—, porque se ejecuta un hecho que *con sólo mediar el dolo* —“si mediar malicia”— constituiría el “delito” de bigamia. Pero esta cuestión no sería acertada. El artículo 479 del Código penal no contradice ciertamente el razonamiento formulado (91). Este precepto no requiere necesariamente la concurrencia de dolo, sino sólo que, *caso de darse*, el contrayente doloso ha de dotar a la mujer que contraiga matrimonio de buena fe. El artículo 478 del Código penal sí se opone, en cambio, a la posibilidad de estimación de la bigamia imprudente. Según la interpretación que corresponde a la expresión “conocido o denunciado en el expediente”, el artículo 478 del Código penal no castiga la participación dolosa, sino una *imprudencia cualificada*. La cualificación descansa, por una parte, en el carácter de *funcionario público* del Juez y, por otra, en los datos de la *notoriedad* objetiva o *denuncia* en el expediente del impedimento. Ambos extremos caracterizan a la imprudencia como *especialmente grave*. Ahora bien, si se admitiese la incriminación culposa para el bigamo, debería admitirse la inadmisibles consecuencia de que la imprudencia *no cualificada* —menos grave— de éste se castigaría *más gravemente* que la del artículo 478 del Código penal: la pena de la bigamia imprudente podría ser arresto mayor (*arg. ex*, art. 565, último párrafo), mientras que la conducta impru-

(91) En contra, RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 237.

dente del Juez se castiga sólo en el artículo 478 con las penas de suspensión y multa, pese a que el Juez sería, si no fuese por este precepto, autor (asimilado: art. 14, 3, del C. p.) (92) de la bigamia imprudente. Ello supondría que el artículo 478 concede significado *atenuatorio* a una imprudencia *más grave*, lo cual es intolerable. La punición especial de la participación del Juez no puede tener, pues, otro sentido que el de castigar un comportamiento *de otro modo impune*. Es decir, el artículo 478 del Código penal castiga especialmente al Juez porque presupone que, de no hacerlo, su conducta imprudente sería impune, *por serlo toda forma de bigamia imprudente*. Según este razonamiento, puede considerarse atípica la bigamia imprudente.

Por su propia naturaleza, el planteamiento anterior alcanza también a la imprudencia de derecho. No se trata, en efecto, de que la estructura típica de la bigamia haga *imposible* la imprudencia de hecho, subsistiendo como posible la de derecho (como sucede en los tipos portadores de elementos subjetivos que implican el dolo), sino que la ley no quiere castigar la imprudencia, sin distinguir. Sería injusto, porque no hay ninguna razón para ello, exceptuar de la impunidad a la imprudencia *iuris*.

##### 5. *Los tipos legales de imperfecta ejecución y de los actos preparatorios punibles.*

A) *a)* En Italia se entendió durante un tiempo que la bigamia era incompatible con su ejecución imperfecta (93). Pero ello no es compartido ya por la doctrina italiana actual dominante (94), que admite la tentativa no sólo en base a que el Derecho italiano requiera “efectos civiles” por la inscripción en el Registro estatal (95). En Alemania, hasta la reforma de 23 de noviembre de 1973 (4. *Strafrechtsreformgesetz*), ante un texto paralelo al nuestro, se admitía generalmente la tentativa (96). La doctrina española admite

(92) Recientemente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, cit., página 881, admite con el apoyo de una dirección jurisprudencial la cooperación necesaria en delitos imprudentes.

(93) MANZINI, *op. cit.*, pág. 689, la única expresión que prevé —no inscripción en el Registro— no valdría para nuestro Derecho. Igual RICCIO, *obra citada*, págs. 220 y sig.

(94) PISAPIA, *op. cit.*, pág. 453; COLACCI, *op. cit.*, págs. 145 y siguiente; S. RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, III, 2.<sup>a</sup> ed., Padova, 1967, pág. 168; ANTOLISEI, *op. cit.*, pág. 342.

(95) Vid., por ejemplo, SANTORO, *op. cit.*, págs. 144 y sigs., que precisamente no admite la tentativa sólo para el caso de faltar la inscripción en el matrimonio canónico y, en cambio, la admite para el civil. Funda lo primero en que la inscripción no pertenece a la acción típica, sino que es sólo condición objetivo de punibilidad. Ya hemos visto que la polémica sobre este punto no puede plantearse entre nosotros.

(96) MAURACH, BT, cit., pág. 411; WELZEL, *op. cit.*, pág. 424; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 16 ed., pág. 1006; LACKNER-MAASEN, *op. cit.*, 7.<sup>a</sup> ed., página 431; DREHER, *op. cit.*, 33 ed., pág. 714; JAGUSCH, LK, 8.<sup>a</sup> ed., pág. 73; HEIMANN-TROSIEN, LK, 9.<sup>a</sup> ed., cit., § 171/10; KOHLRAUSCH-LANGE, *obra citada*, pág. 412.

también la ejecución imperfecta de la bigamia, si bien FERRER SAMA niega la posibilidad de frustración (97). Aunque la acción típica del artículo 471 del Código penal requiere la efectiva contracción de matrimonio, no cabe duda de que es posible el tipo de tentativa o frustración cuando aquélla no se produce. Todo tipo *imperfecto* supone necesariamente la no realización acabada del tipo legal de referencia.

b) Más difícil resulta precisar la distinción de tentativa y actos preparatorios, y la tentativa y frustración. FERRER SAMA entiende que ya desde la iniciación del expediente matrimonial es posible la tentativa, en cuanto que supone la realización de actos inequívocamente dirigidos a la consumación del delito (98). En cambio, RODRÍGUEZ DEVESA y JASO, siguiendo esencialmente a la doctrina alemana (99), señalan como línea de distinción de actos preparatorios y ejecutorios el comienzo de la ceremonia. La decisión de la cuestión es difícil, como lo es la totalidad de la problemática general de la distinción de ambos momentos. En nuestro Derecho, el artículo 3.º del Código penal exige, para la tentativa, “dar comienzo a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”. Que no basta la referencia a la acción típica descrita en la parte especial, se desprende *a sensu contrario* de la adición legal de la expresión “directamente por hechos exteriores”, que muestra que la “ejecución del delito” no se reduce a la sola acción descrita por el tipo legal consumado. Si así fuera, no sería necesario que el artículo 3.º del Código penal exigiese el carácter *directo* y la *exterioridad* de los actos de ejecución. La teoría *objetivo-formal* es, pues, insuficiente para nuestro derecho. Deberá buscarse una solución que amplíe el momento de la ejecución a la *esfera previa* (*Vorfeld*) inmediatamente anterior a la consumación.

Para explicar en qué consiste esta *esfera previa*, se han formulado distintas teorías. La opinión dominante en la doctrina alemana actual acoge soluciones encuadrables como teorías *objetivo-materiales* (100). Un grupo de autores acude a la idea de *peligro inmediato*, en atención al plan del autor, como criterio de distinción de

(97) QUINTANO, *op. cit.*, pág. 1013; FERRER SAMA, *op. cit.*, págs. 31 y siguientes; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 238; CUELLO, *op. cit.*, páginas 676 y siguiente.

(98) FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 31. En Alemania, de modo análogo, fijaban el comienzo de la ejecución en la *Bestellung des Angebots*; DREHER, *obra citada*, 33 ed., pág. 714, y HEIMANN-TROISIEN, LK, 9.ª ed., cit., § 171/10.

(99) Así, MAURACH, *BT cit.*, pág. 411; WELZEL, *op. cit.*, pág. 424; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 16 ed., pág. 1006; JAGUSCH, LK, 8.ª ed., citada, página 73.

(100) JESCHECK, *op. cit.*, pág. 391. Las teorías subjetivas *puras* se hallan hoy ampliamente abandonadas: loc. cit., págs. 390 y sig. Pero, como se ve en el texto, existe en la actualidad acuerdo en la necesidad de *combinar* los puntos de vista subjetivos y objetivos, de modo que la designación de JESCHECK de “teoría objetivo-materiales” sólo con esta advertencia puede ser admitida.

preparación y ejecución (101). Otro sector considera preferible, por más segura y estricta, la *inmediatez temporal*, respecto de la consumación, teniendo en cuenta el plan del autor (102). La teoría del peligro no resuelve de forma inequívoca la cuestión aquí planteada. Presupuesto de dicha teoría es la *evidencia* de la inmediatez del peligro, y en la bigamia no es evidente ni que aquélla empiece con el expediente matrimonial, ni que comience sólo con la ceremonia nupcial. La teoría de la inmediatez temporal conduce, en cambio, a negar el inicio de la ejecución de la bigamia en el expediente matrimonial, que queda excesivamente alejado del *contraer* matrimonio, para que pueda hablarse de conexión temporal de inmediatez. Esta solución es confirmada por la observación de que el expediente no es más que la *preparación*, siquiera inequívoca, del contraer matrimonio. Esta es, por otra parte, la única solución compatible con el principio *pro reo*, habida cuenta de la imposibilidad de decidir con seguridad, según ninguna otra teoría, el comienzo de la ejecución (103).

Según esto, el principio de ejecución gira en la bigamia en torno al comienzo de la ceremonia (104). Sólo esta constituye el campo *inmediatamente* previo a la consumación típica. Sólo ella se halla unida naturalmente a la consumación hasta el punto de que ninguna otra etapa la separe de ésta.

c) Al analizarse la acción típica del artículo 471 del Código penal se dijo que consistía en el efectivo *contraer* matrimonio apa-

---

(101) Sobre todo, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, 17 ed., págs. 318 y siguientes (§ 43/12). Mucho menos claramente, LACKNER-MAASSEN, *obra citada*, 8.ª ed., págs. 140 y sig. (§ 43/1 b), que en esta edición se aproxima mucho a la fórmula de la inmediatez temporal. En realidad, la nueva fórmula de tentativa del futuro, § 22 StGB, ha favorecido a esta otra posición. Sin embargo, ROXIN señala todavía la necesidad de completar la fórmula de la inmediatez con la de la puesta en peligro, así como con la posibilidad de anular el autor los actos emprendidos, en relación a la tentativa acabada (versión subjetiva de nuestra frustración) y a los delitos de omisión impropios: *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en "Juristische Schulung", 1973, págs. 329 y siguiente. También ahora, P. BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1973, pág. 195. En España sigue la teoría de la puesta en peligro: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 117.

(102) WELZEL, *op. cit.*, pág. 190, de quien arranca esta construcción; JESCHECK, *op. cit.*, pág. 392; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Karlsruhe, 1971, págs. 498 y sig., concretando la posición así: hay tentativa cuando el autor emprende un acto al que no separa ningún otro, según su plan, de la realización típica (acto inmediatamente precedente al tipo). Viene a acoger esta fórmula RUDOLPHI, *Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch*, en "Juristische Schulung", 1973, página 23.

(103) Subraya acertadamente la importancia general del criterio *pro reo* en la distinción de actos preparatorios y ejecutivos, SCHMIDHÄUSER, *obra citada*, pág. 490.

(104) Sin embargo, la doctrina alemana dominante fija como momento decisivo el de la llegada (*Erscheinen*): ver nota 99, y CUELLO, *op. cit.*, página 677, aunque admite la tentativa una vez iniciada la ceremonia, no precisa cuando empieza la posibilidad de tentativa.

rentemente legal, entendido como *resultado*. Si, pese a haber realizado el contrayente ya casado *todos* los actos necesarios por su parte para contraer matrimonio aparentemente legal, este resultado no se produce, deberá estimarse la frustración (105). Ello podrá suceder, por ejemplo, cuando, habiendo manifestado el consentimiento matrimonial el ya casado, no se llega a extender el acta de casamiento prevista en el artículo 100 del Código civil por percatarse el Juez en este momento del impedimento de vínculo; o si, correspondiendo al otro cónyuge formular su consentimiento a continuación, no lo hace. No habrá existido entonces matrimonio alguno reconocido, ni siquiera de hecho, por el Derecho. Lo mismo vale en los casos de matrimonio condicional en que la condición no se cumple. Más interés tienen, tal vez, los supuestos de falta de producción de matrimonio aparentemente legal por celebrarse con arreglo a Derecho extranjero distinto al admitido por la norma de conflicto española. La calificación de estos casos depende del plan del autor. Si éste creía y quería contraer matrimonio reconocido por el Derecho español, incurría en tentativa *indónea* por "imposibilidad de producción del delito" (art. 52, 2 del C. p.). De lo contrario, el matrimonio será atípico por faltar el elemento esencial del dolo.

B) La punibilidad general de los actos preparatorios punibles definidos por el artículo 4.º del Código penal se halla limitada en la bigamia por su carácter de delito *especial propio*, que impide que la ejecución del tipo del artículo 471 del Código penal puede llevarse a cabo por sujeto distinto al ya casado en matrimonio no disuelto (cfr. *infra*, II, 6). No será posible, por ello, apreciar la *conspiración* ni la *proposición*.

La *conspiración* exige, como forma de ejecución imperfecta de coautoría (106), la voluntad de *autor* de los conspiradores: así se deriva de que no es suficiente el concierto para la ejecución del delito, sino que hace falta, además, que se resuelva "ejecutarlo" (art. 4.º, I del C. p.) (107). Ahora bien, el ser *uno* solo el autor posible de la ejecución del delito del artículo 471 del Código penal, no cabe pensar en concierto de varios para ejecutarlo. El acuerdo de quienes piensan contraer el matrimonio bigamo no constituye, pues, *conspiración*. Es indiferente que ambos se hallasen vinculados por anteriores matrimonios no disueltos, porque ello no podría dar lugar, caso de celebrarse el nuevo matrimonio, más que a la concurrencia de *dos* delitos de bigamia, pero nunca a que ambos fuesen coejecutores del mismo. Sería acertada, *también hoy*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1879 (JCr/238), que consideró impune el acuerdo de dos personas para contraer matrimonio bigamo.

El concepto de *proposición* del artículo 4.º, 2 del Código penal

(105). En contra, FERRER SAMA, *op. cit.*, págs. 32 y sig.

(106) MAURACH, *Tratado*, cit., II, págs. 332, y la nota de CÓRDOBA, II, página 362; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, I, pág. 150.

(107) RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, I, pág. 152.

es también incompatible con la naturaleza de delito especial propia de la bigamia. Para la existencia de proposición hace falta que el que ha resuelto "cometer un delito" invite a otra u otras personas a "ejecutarlo". Son necesarias, por lo menos, dos personas idóneas para la realización del tipo legal de referencia: el que se ha propuesto *cometerlo* y el que debe *ejecutarlo*. Y eso no es posible en el artículo 471.

Sí cabe, en cambio, la *provocación* del artículo 4.º 3 del Código penal, en cuanto no exige la ley que el provocador pueda realizar el tipo provocado.

#### 6. Los tipos legales de participación.

A) En principio, los tipos legales de la Parte Especial del Código penal describen sólo las conductas del *autor* ontológico en sentido estricto. Pero en los *delitos especiales* la ley limita a quienes reúnen ciertas cualificaciones la posibilidad de ser autores. Si los demás no pueden, subsidiariamente, ser autores de ningún otro tipo legal más genérico, se habla de *delito especial propio* (108). Este es el caso del tipo del artículo 471 del Código penal, que sólo puede ser realizado por el *casado* en matrimonio anterior no disuelto. Ello plantea, en términos particulares, la cuestión de la participación.

El autor, en sentido propio, del delito del artículo 471 del Código penal ha de actuar *dolosamente*, porque ese tipo legal es doloso. Ello sucede en la gran mayoría de los tipos del Libro II del Código penal, fuera de los previstos en el artículo 565 del Código penal. Ahora bien, al ser el delito de bigamia un delito especial propio, queda excluida la posibilidad de participación de terceros en el nuevo matrimonio de quien, pese a haber contraído anterior matrimonio no disuelto, no actúa dolosamente (v. gr., por creerlo disuelto). Se exceptúa de esto el Juez a que se refiere el artículo 478 del Código penal, porque su punibilidad se halla prevista de forma *especial* por la ley. En los demás supuestos, la solución negativa se deriva de la *accesoriedad* de la participación. En efecto, los artículos 14, 16 y 17 del Código penal exigen como presupuesto mínimo de participación la concurrencia de un "hecho" principal, que ha de interpretarse como *hecho antijurídico*. Quien, como nosotros, entienda que el tipo legal de injusto de la bigamia requiere el dolo, debe considerar ausente dicho presupuesto cuando el dolo falta.

La solución negativa alcanza al otro cónyuge del actual matrimonio, contra lo que sucedería si su conducta se hallase prevista expresamente en el artículo 471 del Código penal (109). No importa

(108) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, páginas 229 y sigs., y 252 y sigs.

(109) Así sucede en el § 171 StGB alemán (vid., p. ej., MAURACH, *obra citada*, pág. 411) y en el art. 556 del *Codice Penale* italiano (vid. por ejemplo, PISAPIA, *op. cit.*, pág. 422). Es equivocado en Derecho español decir que ambos contrayentes —también el no casado— son sujetos activos de la

que este otro cónyuge actúe dolosamente, aunque sea el causante intencional del error del ya casado: al ser delito *especial propio*, el delito del artículo 471 del Código penal no permite por parte del no casado la *autoría mediata*, cuya posibilidad no puede desbordar el principio de legalidad (110), que limita el tipo al ya casado y excluye que pueda ser realizado, ni siquiera en autoría mediata, por quien no posee esa calificación (111).

Cuando el ya casado actúa dolosamente, caben, en cambio, todas las formas generales de participación. La del otro cónyuge del actual matrimonio no podrá, sin embargo, incluirse en el número 1 del artículo 14 del Código penal, aunque se entienda el *tomar parte en la ejecución* como más amplio que ejecutar el tipo: pues, si bien el casado —o casado con matrimonio disuelto— toma parte en la *celebración* del matrimonio, no lo puede hacer en la *ejecución* de la que su condición personal le obliga a quedar fuera (112). Si no ejerce *inducción* sobre el casado (art. 14 del C. p.) deberá acudirse a la *cooperación* necesaria del artículo 14, 3 del Código penal (113).

*Subjetivamente*, los tipos de participación en la bigamia dolosa han de ser dolosos. Ello se desprende, más directamente todavía que para el autor en sentido estricto, de la punición especial de la participación del Juez en el artículo 478 del Código penal: si, como se verá, este precepto castiga una forma *cualificada* —más grave— de imprudencia, por ser *funcionario público* el Juez y ser *notorio constar* el impedimento en el expediente o haberse *denunciado* en él, no tendría sentido que señalase una pena *inferior* a la que correspondería a los demás partícipes imprudentes, como sucedería caso de admitirse la bigamia imprudente. Lógico es, pues, deducir la impunidad de las conductas imprudentes distintas a la del Juez (*Vid. supra*, II, 4).

B) a) Consideración particular merece la especial forma de participación penada en el artículo 478 del Código penal. En cuanto al tipo legal *objetivo* de este precepto, el párrafo 1.º se refiere a la autorización de “matrimonio prohibido por la ley o para el cual haya algún impedimento no dispensable”. El vínculo anterior constituye impedimento no dispensable (art. 83, 5 del C. c.). Sólo puede realizar el tipo del artículo 478 del Código penal el Juez y no el eclesiástico, que no por ello ha de quedar impune, como más abajo se verá. El tipo legal subjetivo depende de la interpretación que se

---

bigamia, como hace CUELLO, *op. cit.*, págs. 672 y 677. En el art. 471 del Código penal el problema que cabría plantear es más bien si, siendo necesaria la participación del no casado y no estando penada por la ley a pesar de ello, puede considerarse *participación necesaria* (*notwendige Teilnahme*), impune en cuanto no fuese más allá de la colaboración necesaria al tipo. Sobre este tratamiento de la participación necesaria, ver JESCHECK, *obra citada*, pág. 529; MAURACH, *Tratado*, cit., II, pág. 352 y sig.

(110) E. GIMBERNAT, *Sistema*, cit., pág. 279.

(111) *Vid.*, por todos, JESCHECK, *op. cit.*, pág. 504.

(112) E. GIMBERNAT, *Sistema*, cit., pág. 279, nota 40.

(113) Acude al 14, 3 del C. p. FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 29.

dé a la expresión “conocido o denunciado en el expediente”, introducida por la ley de 24 de abril de 1958.

Para CONDE PUMPIDO esta expresión “es una forma particular de reforzar el elemento intelectual del dolo”, y parece inclinado a entender que “con ella lo que se ha pretendido es excluir la posibilidad de que la infracción pueda cometerse por culpa, poniendo así fin a las dudas que al respecto pudiera plantear la antigua construcción de este delito” (114). Sin embargo, como el mismo autor reconoce, la expresión legal no conduce inequívocamente a tal interpretación. La ley permite el entendimiento *objetivo*, respecto del Juez, de la notoriedad, bastando que el impedimento sea conocido, estos, sea *notorio*, aunque el Juez no lo conozca, o haya sido *denunciado* en el expediente, sin exigirse que llegue a conocimiento efectivo del Juez y éste lo valore o no como tal impedimento (115). Es preferible esta interpretación, porque tiene la ventaja de que evita el considerable e intolerable privilegio del Juez (art. 478 del Código penal: suspensión y multa) respecto de los demás partícipes de la bigamia (art. 471 del C. p.: prisión menor). Si el artículo 478 del Código penal sancionase una conducta *dolosa*, que merecería normalmente la calificación de autoría, según el artículo 14, 3 del Código penal, lo lógico sería que la ley señalase a la misma *mayor* pena, porque la gravedad propia de toda autoría en la bigamia se añadiría el *abuso de la función pública* por parte del Juez. Que la ley participa de este planteamiento lo demuestra el artículo 469, que, en el mismo Título XI, castiga al funcionario público que con abuso de su cargo cooperare a la ejecución de algunos de los delitos contra el estado civil del artículo 468 del Código penal con las penas de éste y , además, con la de inhabilitación especial. El artículo 468 del Código penal señala una penalidad muy parecida a la del artículo 471: presidio menor y multa, frente a prisión menor.

Más satisfactoria es, pues, una interpretación que entienda, como la propuesta, que el artículo 478 del Código penal excluye al Juez de las reglas generales de la participación solo en los casos de imprudencia sumidos en el tipo legal del artículo 478 del Código penal, es decir, cuando el Juez autorizante de la bigamia desconoce el impedimento siendo éste conocido o denunciado en el expediente. Si el Juez actúa dolosamente, no será el artículo 478 del Código penal el realizado, sino el de auxilio necesario (artículo 14, 3 del C. p.) en la bigamia (116). Ya se ha visto más arriba que esta interpretación conduce a la impunidad de la bigamia imprudente y de la par-

---

(114) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 94; igual RODRÍGUEZ DEVESA, *obra citada*, pág. 239.

(115) CUELLO, *op. cit.*, pág. 678, entiende que es indiferente dolo o manifiesta negligencia, con lo que viene a reconocer la no necesidad del dolo.

(116) Según CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 85, ésta es la solución de QUINTANO. Pero en su Curso, II, pág. 381, éste rechaza la naturaleza culposa del art. 471 del C. p.

ticipación imprudente en la bigamia distinta a la del artículo 478 del Código penal.

La exclusión del *eclesiástico* del tenor del artículo 478 del Código penal por la ley 24 de abril de 1958 plantea la cuestión de la calificación de su conducta. Según RODRÍGUEZ DEVESA, la interpretación *histórica* del precepto, basada en la finalidad *restrictiva* de la citada ley, conduce a excluir al eclesiástico del ámbito de los partícipes responsables criminalmente (117). Lo cierto es, sin embargo, que al haber desaparecido la *especialidad* de tratamiento de la participación del eclesiástico, no es posible en base a precepto alguno excluirlo de las reglas generales de participación (118). Ello es una conclusión insatisfactoria, por suponer el trato desigual de personas que desempeñan la misma función. Pero mucho más inadmisiblemente sería la total impunidad del eclesiástico que autoriza dolosamente la bigamia. Por otra parte, según la interpretación propuesta del artículo 478 del Código penal como tipo de participación imprudente cualificado, la exclusión del mismo del eclesiástico no contradice la finalidad de benignidad de la reforma de 1958, pues la participación imprudente del eclesiástico deja de ser típica, igual que la de los demás partícipes. Ello no obsta a que el *trato de favor* del eclesiástico respecto al Juez sea injustificable.

b) El carácter de tipo legal *especialmente* penado del artículo 478 del Código penal, pese a que en los casos examinados constituye materialmente una forma de participación, permite la tentativa, la provocación y la participación. Puesto que más abajo se examinan los casos en que el artículo 478 del Código penal constituye *también materialmente* tipo principal, dejamos para entonces el examen de estas cuestiones, al que nos remitimos (Vid. *infra*, IV).

#### 7. Concurso con otros tipos legales.

El tipo legal del artículo 471 del Código penal y los tipos legales accesorios a él referidos, suelen ir acompañados de la realización de otros tipos legales. Los más frecuentes son adulterio o amancebamiento, falsedades, abandono de familia, estupro y estafa. En ninguno de estos casos cabe acudir al principio de *especialidad*, porque ninguno de los delitos mencionados es necesario *en abstracto* para cometer la bigamia, ni viceversa. Pero, respecto de adulterio y amancebamiento, falsedades y abandono de familia, cabrá plantear la cuestión de si concurre *consunción*, ya que *generalmente* acompañan a la bigamia. La consunción se diferencia, precisamente, de la especialidad, en que no presupone una relación *lógica*, sino de *acompañamiento típico* (normal), entre los delitos en juego (119).

Ahora bien, admitir o no la consunción dependerá de si se con-

(117) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 238.

(118) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 94.

(119) Así, JESCHECK, *op. cit.*, págs. 560 y 562; BOCKELMANN, *op. cit.*, página 240; J. BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 6.<sup>a</sup> ed., Bielefeld, 1974, págs. 687 y siguiente; G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, I, Köln..., 1971, pág. 309.

sidera necesaria o no una diferencia "esencial" en la gravedad de las penalidades en juego, pues la bigamia, por una parte (prisión menor), y adulterio (prisión menor), amancebamiento (prisión menor o destierro) y falsedad (vid. *supra*, II, 2, B a)), por otra parte, tienen señaladas penas parecidas. JESCHECK exige dicha diferencia de gravedades (120), y su posición podría fundarse en que no es lógico que un precepto consuma el desvalor de otro que señala la misma penalidad que él: uno de los dos quedaría prácticamente desprovisto de aplicación. Otro sector de la doctrina se contenta, en cambio, con que uno de los delitos acompañe normalmente al otro (121), añadiendo algún autor la salvedad de que el concomitante no tenga mayor pena que el acompañado (122).

Desde el punto de vista lógico-formal parece más fundada la posición de JESCHECK, pero posiblemente repela al sentido jurídico admitir el concurso de delitos. Piénsese que ello supondría a menudo la necesidad de estimar el concurso *real* de bigamia y adulterio o amancebamiento (art. 69 del C. p.). No podrá decirse que ambos delitos constituyan un solo hecho (concurso ideal). Por otra parte, no siempre podrá considerarse la bigamia medio necesario para cometer el adulterio o amancebamiento. Esta conclusión no sería satisfactoria, lo que explica que los Tribunales no la admitan. Si *normalmente* la bigamia lleva consigo los otros delitos mencionados, el legislador ha de haberlo previsto al fijar la penalidad del artículo 471 del Código penal.

No es aquí el momento de decidir el criterio general que rige el principio de consunción, pero sí he de subrayar que admitir el concurso de delitos llevaría a la insatisfactoria consecuencia de que el delito de bigamia supondría *de hecho* una pena de considerable gravedad. Ello sería especialmente intolerable para quien comparte la opinión, que mantengo (vid. *supra*, II, 2 D), de que la bigamia debiera desaparecer del Código penal. Creo, pues, preferible negar el concurso de delitos en los casos señalados. Si esta solución es correcta, confirmará una de las bases de mi crítica a la punibilidad de la bigamia: en la práctica el principio monogámico ya encuentra suficiente protección, incluso penal. En efecto, si en los casos típicos de bigamia no pueden castigarse, además de ésta, el adulterio o amancebamiento y las eventuales falsedades, la pena a aplicar será parecida a la que correspondería si la bigamia fuera atípica, pues el adulterio, el amancebamiento y las falsedades —que entonces se aplicarían— tienen señaladas penas paralelas a las del artículo 471 del Código penal. En estas circunstancias, la despenalización de la bigamia contribuiría a evitar la inconsecuencia lógica que

(120) JESCHECK, *op. cit.*, pág. 563.

(121) E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, Tübingen, 1969, pág. 589; MAURACH, AT, *cit.*, pág. 754; BOCKELMANN, *op. cit.*, pág. 240; BAUMANN, *obra citada*, págs. 687 y sig.; STRATENWERTH, *op. cit.*, pág. 309; WELZEL, *obra citada*, pág. 235.

(122) RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal Español*, PG, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1974, págs. 159 y sig.

supone el hecho de que pueda corresponder igual pena con o sin bigamia.

Presupuesto de la respuesta que se dé a la cuestión de la relación existente entre bigamia y *estupro* es la concepción que sustentante del engaño requerido por este último delito. En la interpretación jurisprudencial, que limita *cualitativamente* el engaño, admitiéndolo en la práctica sólo en los casos de promesa matrimonial incumplida, no sería lógico considerar el matrimonio del bigamo engaño válido. Pues la razón que cabe descubrir en la posición de la Jurisprudencia es que sólo cuando lo prometido sea el matrimonio, su cumplimiento hubiese evitado la deshonra de la mujer o sus consecuencias más negativas; y la mujer que yace con quien cree su legítimo esposo —porque desconoce estaba casado en matrimonio no disuelto— no queda deshonrada, por lo que el engaño no ha impedido que se ocultase deshonra alguna. De admitirse, pues, la —*discutible*— lógica de la construcción del Tribunal Supremo, no cabrá concurso de bigamia y estupro, por la razón de que no se estimará concurrente el estupro.

Cabe, en cambio, imaginar el concurso de los delitos de bigamia y *estafa*. En el caso de ignorancia del otro cónyuge, el matrimonio bigamo podrá constituir el engaño propio de la estafa, caso de haber conseguido el bigamo por medio del mismo un enriquecimiento patrimonial en perjuicio de la otra parte (123).

#### 8. *La atribuibilidad del tipo de injusto a su autor: culpabilidad.*

Interesa referirse a las causas de inculpabilidad que al mismo tiempo determinan la anulabilidad del matrimonio celebrado. Así sucede con la enajenación, edad inferior a la exigida por la ley para contraer matrimonio y coacción o miedo. Puesto que el artículo 471 del Código penal no requiere la validez del matrimonio del bigamo, ni siquiera abstracción hecha del impedimento de vínculo, tales causas no impiden la *antijuricidad* del matrimonio. Pero su concurrencia exime de responsabilidad por ausencia de *culpabilidad*. Cabe, pues, la participación.

Por otra parte, si se sigue la “teoría de la culpabilidad” en materia de error de prohibición, deberá situarse en la culpabilidad el error sobre el alcance de la prohibición legal de la bigamia. Más arriba se dijo que la Jurisprudencia, que sigue la *teoría del dolo*, excluye la responsabilidad criminal por error de prohibición en los casos de matrimonio canónico permitido por la Iglesia tras matrimonio civil subsiguiente. Se vio que no es ésta la solución que creemos correcta, que debe excluir la antijuricidad objetiva por ejercicio de un derecho. Pero es importante que el Tribunal Supremo reconozca la eficacia eximente del error de prohibición, contra la tendencia tradicional de la Jurisprudencia.

(123) Así CARRARA, *op. cit.*, § 1.942; MANZINI, *op. cit.*, pág. 690; RICCIO, *op. cit.*, págs. 270 y sigs.; RODRÍGUEZ DEVESA habla, siguiendo a JASO, de estafa matrimonial: *op. cit.*, pág. 239; JASO, *op. cit.*, pág. 392.

### III. LOS MATRIMONIOS CON IMPEDIMENTO DIRIMENTE NO DISPENSABLE

#### I. ESENCIA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A) El artículo 472 del Código penal señala la pena de prisión menor al “que con algún impedimento dirimente no dispensable contrajere matrimonio”. Dada la generalidad de esta fórmula, que alcanza a distintos supuestos, no cabe, a diferencia de la bigamia, señalar una *esencia específica* de este delito distinta a la de todo matrimonio ilegal punible. Nos remitimos, por ello, a lo dicho al principio de este trabajo (vid. *supra*, I, 1).

B) Lo mismo debe decirse del bien jurídico protegido por el artículo 472 del Código penal. Al no limitarse a un impedimento concreto, no es posible, como en la bigamia, indagar el por qué específico de la prohibición legal de los matrimonios comprendidos en el artículo 472 del Código penal. Como en todo matrimonio ilegal, el bien jurídico inmediatamente protegido por este precepto es el *matrimonio* como *acto jurídico*, a través de la protección del sector de su régimen legal que *prohíbe* en ciertos casos de forma *absoluta* (no dispensable) su celebración. El estado civil constituye sólo el bien jurídico *mediato* (cfr. *supra*, I, 2).

La no concurrencia de un bien jurídico más específico y de mayor *materialidad* que el excesivamente formal del régimen legal del matrimonio, hace especialmente necesaria la *crítica* de la punición de los matrimonios del art. 472 del C. p. Como se ha dicho, si bien este precepto protege el matrimonio lo hace sólo a través de la protección de las prohibiciones legales no dispensables de celebrarlo. Ello da lugar a que la pena parezca de forma inmediata como pura sanción de ciertas prohibiciones legales, aproximándose excesivamente a una *pena por desobediencia*, incompatible con un derecho penal limitado a tutela de los bienes jurídicos externos más importantes. Piénsese que, como señala CONDE PUMPIDO, no decide la punición el solo resultado de *nulidad* producido por el matrimonio —pues la mayor parte de matrimonios anulables no son punibles—, sino también, y en primer lugar, la infracción de una prohibición legal absoluta (124). La penalidad de prisión menor es, para esa infracción, sin duda excesiva y desproporcionada a la escala de gravedades del Código penal. La protección del matrimonio debería considerarse suficientemente garantizada por el Derecho civil (125), que no sólo prevé la nulidad de los matrimonios del artículo 472 del Código penal, sino también la acción pública o semipública, en ciertos casos, para su declaración (art. 102 del C. c.). Caso de concurrir falsedades que dificultaran el descubrimiento del impedimento, éstas serían por sí solas punibles. Que en la actual regulación matrimonial

(124) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, págs. 75 y sigs.

(125) Vid. JASO, *op. cit.*, pág. 292.

ilegal y falsedad no puedan estimarse cumulativamente, constituye otro argumento que aconseja la supresión del artículo 472 del Código penal (vid. *supra*, II, 7).

## 2. ANÁLISIS DEL TIPO LEGAL DEL ARTÍCULO 472 DEL CÓDIGO PENAL

### A) *La parte objetiva del tipo legal*

Dos elementos constituyen la parte objetiva del tipo legal del artículo 472 del Código penal: la concurrencia de algún *impedimento dirimente no dispensable* y la *contracción de matrimonio*. La contracción de matrimonio es un elemento *normativo jurídico* —definido por el Derecho—. Su base fáctica constituye la *acción típica*. Más compleja es la naturaleza del impedimento dirimente no dispensable. Es algo más que un elemento normativo del tipo, porque de él depende la total valoración del hecho como antijurídico: como se verá, impedimento significa la prohibición de contraer matrimonio, esto es, el núcleo mismo de la prohibición expresada por el artículo 472 del Código penal. Puede ser considerado, por ello, como un “elemento de valoración global del hecho” (*gesamttatbewertende Merkmale*) (126). El impedimento fundamenta la antijuricidad típica (positiva) del artículo 472 en base a la antijuricidad extrapenal, convirtiendo a aquel precepto en una ley penal *en blanco*. Como todo “elemento de valoración global”, posee dos aspectos: como *tipo* de la prohibición de contraer matrimonio (tipo de impedimento: por ejemplo, el hecho de la impotencia) y como la *prohibición misma* (por ejemplo, el significado de “impedimento” de la impotencia). El tipo del impedimento puede integrarse de elementos descriptivos (por ejemplo, la impotencia) y normativos (por ejemplo, el crimen). Sólo el tipo de impedimento, y no su significado de “impedimento” —prohibición—, pertenece al tipo del artículo 472 (127). Distinguir ambos aspectos no es una cuestión puramente constructiva, sino que tiene importancia para el tratamiento del error (véase *infra*, III, 2 B).

#### a) *Impedimento dirimente no dispensable.*

La especificidad del tipo legal del artículo 472 del Código penal descansa en el concepto de “impedimento dirimente no dispensable”. Es éste un concepto propio del Derecho canónico. A diferencia de la amplitud de la noción de impedimento en el Derecho canónico anterior al CJC, en la actualidad equivale sólo a *prohibición rela-*

(126) Cfr. JESCHECK, *op. cit.*, pág. 187, inspirándose en ROXIN. Pero éste habla de *Rechtspflichtmerkmale*; vid. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1970, pág. 135 (donde, sin embargo, emplea también secundariamente el término “*gesamttatbewertende Merkmale*”).

(127) Se sigue así la construcción de ROXIN, *Offene Tatbestände...*, citada, pág. 125. También JESCHECK, *op. cit.*, pág. 187. Toda ley penal que remita a una norma extrapenal posee algún elemento que participa de esta estructura (el elemento de remisión).

tiva a la *persona* (128). Son impedimentos dirimentes los que determinan la *nulidad del matrimonio* (cn. 1.036, CJC). No dispensables son sólo, en el matrimonio canónico, la *impotencia* antecedente y perpetua, ya absoluta, ya relativa (129), el *ligamen* anterior (130) y el parentesco de consanguinidad en cualquier grado de la línea recta o en el primero de la colateral (131).

CONDE PUMPIDO señala que en la práctica sólo posee relevancia para el artículo 472 del Código penal el impedimento de impotencia, pues el de ligamen da lugar a la bigamia y el de parentesco en los grados indicados ha de ser muy raro. Ello resulta, en su opinión, criticable, ya que la impotencia es uno de los impedimentos "más leves desde el punto de vista de la trascendencia social de la nulidad provocada": "a nadie escandaliza un matrimonio de tal naturaleza. Es más, nos atrevemos a afirmar que lo que realmente herirá la conciencia colectiva será su castigo penal..." (132). No tiene sentido, en efecto, cargar el rigor penal en el impotente, sobre todo, cuando no se distingue entre impotencia conocida o no por el otro cónyuge. En cuanto al impedimento de parentesco no dispensable, debe señalarse, además, que ya llevaría consigo normalmente la comisión del incesto del artículo 435 del Código penal. A las consideraciones críticas generales más arriba formuladas deben añadirse, pues, la de injustificación ético-social de la pena para el matrimonio celebrado con impedimento de impotencia, y la innecesariedad de protección penal frente al contraído con impedimento de parentesco no dispensable.

En el Derecho civil es mucho más precisa la delimitación del concepto de impedimento dirimente no dispensable. El Código civil no conoce la terminología de impedimentos *dirimentes* o *impedientes*. CONDE PUMPIDO, que se ha ocupado ampliamente del problema, considera necesario recurrir a la *analogía* respecto al canónico, permitida, entienda, en cuanto se refiere a la determinación de un elemento jurídico *civil* que ha de integrar el artículo 472 del Código penal. De lo contrario, debería concluirse que los matrimonios civiles no pueden motivar nunca el delito del artículo 472 del Código penal. Propone, por ello, considerar impedimentos dirimentes sólo a los que producen la *nulidad* (133).

Debe tenerse en cuenta que el ligamen no tiene relevancia, tampoco en el matrimonio civil, a los efectos del artículo 472 del Código penal, puesto que motiva el delito de bigamia del artículo 471 del

---

(128) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, págs. 64 y sig.; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, págs. 76 y sigs.

(129) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 110; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, pág. 80.

(130) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 120; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, pág. 80.

(131) BERNÁRDEZ CANTÓN, *op. cit.*, pág. 156; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, pág. 80.

(132) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, págs. 80 y sig.

(133) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, págs. 81 y sig.

Código penal, que posee preferencia en virtud del principio de especialidad. En cuanto a la menor edad y la falta de pleno ejercicio de la razón, aunque determinarán la exención de responsabilidad penal por inimputabilidad (art. 8.º, 1 y 2 del C. p.), no desplazan la *antijuricidad* de la conducta. Como se verá más abajo, el matrimonio exigido por el tipo del artículo 472 del Código penal no precisa ser válido. Esto es importante a efectos de participación. Respecto del mayor que contrae matrimonio con menor, interesa señalar que su responsabilidad no se extingue pese a la *revalidación* automática del matrimonio previsto por el artículo 83, 1 y 2 del Código civil, para el caso de que sigan haciendo vida en común un día después de haber llegado a la pubertad legal sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer —aunque no sea menor— (134) hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación. Lo mismo vale para los demás partícipes. Este resultado es evidentemente insatisfactorio. Supone una falta de coordinación de las normas civiles y la penal. El legislador penal debiera haber advertido que el supuesto de revalidación examinado produce efectos análogos a la dispensa, pues aunque no permite la celebración, concede validez retroactiva, a partir de ésta, al matrimonio (135).

En todo caso, la remisión del artículo 472 del Código penal a los conceptos de impedimento dirimente no dispensable propios del Derecho canónico y civil, conduce a la intolerable conclusión de que, mientras sólo *dos* impedimentos pueden motivar la punibilidad del matrimonio canónico, muchos más determinan la del matrimonio civil. Ello da lugar a que “matrimonios contraídos con idéntico impedimento dirimente constituirán delito o no, según sea civil o canónica la disciplina que los rige” (136). Ello es una consecuencia más del carácter de la norma del artículo 472 del Código penal, que se limita a proteger ciertas prohibiciones legales vinculadas muy imperfectamente a un bien jurídico desprovisto de mayor materialidad que el excesivamente formal del régimen jurídico del matrimonio.

#### b) *El matrimonio.*

La acción típica del artículo 472 del Código penal consiste en contraer matrimonio. No hace falta la validez del matrimonio, por la razón de que ningún matrimonio ilegal del artículo 472 del Código penal puede ser válido. Es, por ello, irrelevante que la nulidad provenga *sólo* del impedimento dirimente, o se añadan otros motivos de nulidad distintos (137). El sentido del artículo 472 del Código penal se basa en la celebración de un matrimonio *de hecho*

(134) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 30.

(135) En sentido cético, CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 87.

(136) CONDE PUMPIDO, *op. cit.*, pág. 92; QUINTANO, *Curso*, II, cit., página 382, critica también el desfavorable trato del matrimonio civil.

(137) En contra, FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 27.

reconocido por el Derecho. El Derecho castiga que se le utilice para conferir apariencia de legalidad a un matrimonio que prohíbe y no quiere dispensar. En este sentido coincide el significado del matrimonio penado por los artículos 471 y 472 del Código penal. Baste, pues, la remisión al estudio que se hizo del concepto de matrimonio requerido por el artículo 471 del Código penal (cfr. *supra*, II, 3 A a a')).

La acción de contraer matrimonio se limita en el artículo 472 del Código penal al sujeto en quien *concorre* el impedimento. Ello se desprende de la expresión "el que con algún impedimento..." habida cuenta de que los impedimentos son prohibiciones relativas a la persona, no objetivas. Iría más allá de la letra de la ley entender que también el contrayente en quien el impedimento no *concorre ejecuta* el tipo legal del artículo 472 del Código penal (138).

### B) La parte subjetiva del tipo legal

Como el tipo del artículo 471 del Código penal y la mayor parte de los descritos en el Libro II, aparte del artículo 565 del Código penal, el tipo legal del artículo 472 del Código penal requiere el *dolo*. Para que el matrimonio del artículo 472 pueda entenderse *querido* por su autor, hace falta que se conozca el impedimento. El *dolo natural* requiere sólo conocer el *hecho* en que se basa —por ejemplo, la impotencia—, porque, como se dijo más arriba (vid. III, 2 A), sólo éste integra el *tipo* del artículo 472. Cuando el tipo del impedimento conste de un elemento normativo (por ejemplo, el crimen), cabrá exigir además el conocimiento de la significación de éste "en la esfera del profano". El desconocimiento de que constituye un impedimento dirimente no dispensable no constituye *error de tipo*, sino *error de prohibición*, puesto que tal error no afecta al tipo de impedimento ni, por tanto, al tipo del artículo 471, sino al hecho de la prohibición misma del matrimonio. Su tratamiento jurídico-penal dependerá de si es *vencible* o *invencible*. En el segundo caso es obvio que excluirá la responsabilidad penal. Según la doctrina dominante, el error vencible debería tratarse como imprudencia *iuris*, pero el razonamiento seguido en este trabajo para excluir la bigamia imprudente alcanza también a esta otra forma de imprudencia (vid. *supra*, III, 4).

### 3. INCRIMINACIÓN O NO DEL TIPO IMPRUDENTE

El planteamiento efectuado en este punto en relación a la bigamia (*supra*, II, 4) es de aplicación aquí. Baste recordar que del artículo 478 del Código penal cabe deducir la voluntad de la ley de no castigar más la celebración *dolosa* de los matrimonios ilegales.

(138) En contra, JASO, *op. cit.*, pág. 293.

#### 4. LOS TIPOS LEGALES DE IMPERFECTA EJECUCIÓN Y LOS DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

Al coincidir la estructura de la acción típica del artículo 472 del Código penal con la de la bigamia, todas las conclusiones obtenidas para ésta valen para el artículo 472 del Código penal (vid. *supra*, II, 5).

#### 5. LOS TIPOS LEGALES DE PARTICIPACIÓN

El artículo 472 del Código penal encierra un delito especial propio, como la bigamia. Nos remitimos, por ello, a lo dicho (*supra*, II, 6), tanto respecto de las formas genéricas de participación como de la participación especialmente tipificada del Juez (artículo 478 del Código penal).

#### 6. CONCURSO CON OTROS TIPOS LEGALES

Los supuestos de mayor interés práctico son los matrimonios ilegales acompañados de falsedades, estupro o incesto. Aunque este precepto y el artículo 471 del Código penal protegen un bien jurídico *específico* distinto, la consideración *genérica* de ambos permite remitir al planteamiento efectuado (*supra*, II, 7). En cuanto al incesto, el concurso con matrimonios ilegales del artículo 472 del Código penal será normal si el impedimento es el de parentesco de consanguinidad en la línea recta o entre hermanos (art. 435 del C. p.).

#### 7. LA ATRIBUIBILIDAD DEL TIPO LEGAL A SU AUTOR: CULPABILIDAD

Coincidiendo con el planteamiento de este punto efectuado para la bigamia (*supra*, II, 8), debe insistirse en que en los matrimonios civiles con impedimento de menor de edad o falta de ejercicio pleno de la razón —ésta cuando baste para eximir el art. 8.º, 1 del Código penal—, la falta de *culpabilidad* no excluye la *antijuricidad* de tales matrimonios. Cabe en ellos, por tanto, la participación punible de terceros.

### IV. LA AUTORIZACION DE MATRIMONIO PROHIBIDO COMO TIPO LEGAL AUTONOMO

#### 1. ESENCIA Y BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO PROTEGIDO

A) Cuando se refiere a un matrimonio bígamo o con impedimento dirimente no dispensable, la conducta de autorización del Juez prevista en el artículo 478 del Código penal constituye, como ya se ha dicho, un tipo de participación especialmente penado por la ley. Pero el artículo 478 del Código penal contiene conductas no referidas a los tipos de los artículos 471 y 472 del Código penal.

Entonces supone la elevación a delito de formas de participación en hechos no punibles. Penalmente son, pues, tipos no sólo *formalmente* autónomos —como todos los previstos en el art. 478 del Código penal—, sino también *materialmente* autónomos. Tienen esta naturaleza la autorización de matrimonios prohibidos por la ley, con impedimento impediendo no dispensable y con impedimento dispensable. Todos estos tipos tienen en común ser autorización por parte del Juez de un matrimonio prohibido.

B) Bien jurídico *específico* de estos delitos es el *deber* del Juez, como funcionario público, de *vigilar* la legalidad de los matrimonios que autoriza, en cuanto dicha legalidad afecta a la prohibición de su celebración. Según la interpretación que mantenemos (*supra*, II, 6 B), los tipos del artículo 478 del Código penal son *imprudentes* cualificados. Ello supone que el deber del Juez se halla configurado como *deber de cuidado*. La desvinculación del *resultado* de nulidad del matrimonio es aquí completa, pues no se exige en el matrimonio autorizado. En cambio, es relevante la intensidad de la prohibición: se pena *menos* la autorización del matrimonio con impedimento *dispensable* (139).

## 2. LOS TIPOS LEGALES AUTÓNOMOS DEL ARTÍCULO 478 CÓDIGO PENAL.

### A) *La parte objetiva*

Elemento común de los tipos legales del artículo 478 del Código penal es la *autorización* del Juez. La consumación requiere el *resultado* del matrimonio, bastando la realización parcial de la ceremonia. Para el concepto de matrimonio nos remitimos a lo dicho (*supra*, II, 3 A a a')). "Matrimonios prohibidos por la ley" son los prohibidos por causas distintas a un impedimento (140). Los conceptos de impedimento impediendo no dispensable y de impedimento —dirimente o impediendo— dispensable deben buscarse en el Derecho canónico o civil.

### B) *La parte subjetiva*

Nos remitimos a lo dicho *supra*, II, 4. Recuérdese que para nosotros la expresión "conocido o denunciado en el expediente" no exige el dolo del Juez, sino que tiene sentido objetivo, fundando una *presunción de imprudencia*. En los casos ahora examinados, al ser atípico el matrimonio autorizado, aunque concurra dolo efectivo por parte del Juez, seguirá siendo de aplicación el artículo 478 del Código penal.

(139) Según la construcción de ROXIN, sería éste un ejemplo inequívoco de "delito consistente en la infracción de un deber" (*Pflichtdelikt*), tanto por ser delito de funcionario (cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.<sup>a</sup> ed., Hamburg, 1967, pág. 384), como por poseer naturaleza culpable (confróntese *Täterschaft*, *cit.*, pág. 527, y ROXIN, *Política Criminal*, *cit.*, pág. 50).

(140) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 239; CONDE PUMPIDO, *obra citada*, pág. 92.

### 3. LOS TIPOS LEGALES IMPERFECTOS Y DE LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

Cabe la *tentativa*, si es interrumpido el acto de celebración por causas ajenas al Juez. Habrá *frustración* si, pese a realizar el Juez todos los actos de autorización necesarios, el resultado del "matrimonio existente" no se produce (vid. *supra*, II, 6) (141). Es de aplicación el criterio propuesto más arriba para delimitar actos preparatorios y comienzo de ejecución: éste consistirá en el *inmediato iniciar* el Juez el acto de celebración (*supra*, II, 5 A). Al ser *delito especial propio* del Juez, la autorización no admite la *conspiración* ni la *proposición*, aunque sí la *provocación* (*supra*, II, 5 B).

### 4. LOS TIPOS LEGALES DE PARTICIPACIÓN

Como delitos especiales propios, los de autorización del artículo 478 del Código penal no admiten la coautoría en sentido estricto, pero sí todas las demás formas de participación (vid. *supra*, II, 6) (142).

---

(141) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 239, considera posibles tentativa y frustración.

(142) RODRÍGUEZ DEVESA, *ibidem*.

# Comentarios al Código penal y dogmática juridicopenal

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
Profesor Agregado

Recientemente han aparecido dos tomos dedicados al comentario de los preceptos recogidos en el Libro I del Código penal, adquiriéndose en el Prólogo a la obra el compromiso de concluir el resto. para el que se programan también dos tomos, en el plazo más breve posible (1).

En esta obra dirigida por el profesor CÓRDOBA RODA, sobre el que recae también la mayor parte del trabajo, participan, en diferente proporción, los profesores RODRÍGUEZ MOURULLO, CASABÓ RUIZ Y DEL TORO MARZAL (2).

La falta de una obra de este tipo venía notándose en la Dogmática juridicopenal española, desde hacía algún tiempo. Los Comentarios

---

(1) *Comentarios al Código penal*, T. I (arts. 1-22), JUAN CÓRDOBA RODA, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, Ediciones Ariel Barcelona, 1972, 994 página.; *Comentarios al Código penal*, T. II (arts. 23-119), JUAN CÓRDOBA RODA, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, ALEJANDRO DEL TORO MARZAL, JOSÉ-RAMÓN CASABÓ RUIZ, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, 749 págs.

(2) La distribución se ha llevado a cabo por materias con un criterio sistemático científico. A título meramente ejemplificativo señalamos las materias más importantes tratadas por cada autor: CÓRDOBA RODA se ocupa de todos los artículos relacionados con la teoría general del delito y de sus elementos tanto en su vertiente positiva como negativa, así como de la casi totalidad de las circunstancias atenuante y los cinco primeros números del artículo 10 y del artículo 11, en el primer tomo. En el segundo se ocupa de los preceptos relacionados con la problemática del concurso delictivo y con las reglas de la determinación de la pena. Igualmente comenta los preceptos relacionados con la responsabilidad civil nacida de delito repartidos entre los dos tomos; RODRÍGUEZ MOURULLO se ocupa, en el tomo I y en parte del II, de todo lo relacionado con la responsabilidad por el resultado, *iter criminis* y formas de participación, así como del comentario a los diez últimos números del artículo 10; DEL TORO MARZAL trata todo lo relacionado con la ejecución de la pena, las causas de extinción de la responsabilidad penal y de algunas instituciones concretas como las costas, la rehabilitación y el concepto de funcionario público a efectos penales, en el tomo II; CASABÓ RUIZ se ocupa del comentario al contenido de las distintas clases de pena, del fundamento y fin de la pena en el Código penal, del principio de legalidad y de la retroactividad de la ley favorable en el tomo II, así como de la eximente y atenuante de minoría de edad penal, en el tomo I.

al Código penal aparecidos en el siglo XIX (3), tan útiles por tantas razones para la comprensión de los problemas específicos de nuestro Ordenamiento jurídicopenal, han quedado inexorablemente anticuados y no responden a las exigencias y al nivel de nuestra actual Dogmática jurídicopenal. Las obras más recientes de carácter exegético, los Comentarios al Código penal de los profesores FERRER SAMA (4) y QUINTANO RIPOLLÉS (5), pese a sus muchas virtudes no han llenado este vacío, sin que eso signifique ignorar su importancia. Al lado de ellas sólo los Manuales y Tratados de los profesores CUELLO CALÓN, DEL ROSAL, ANTÓN ONECA, QUINTANO RIPOLLÉS Y RODRÍGUEZ DEVESA (6) y en lo que se refiere al Derecho penal español las magníficas aportaciones contenidas en el Tratado de JIMÉNEZ DE ASÚA (7) ofrecen la base precisa para el conocimiento de nuestro Derecho penal vigente, junto a otras obras de menor enjundia científica como las contestaciones a Programas de Judicatura de PUIG PEÑA (8), y del profesor QUINTANO RIPOLLÉS (9).

Las virtudes y excelencias de algunas de las obras citadas no suplen ni pueden suplir, sin embargo, la función de los actuales Comentarios. El conocimiento profundo del Derecho vigente supone el análisis detenido y preciso de los preceptos penales. Muchos artículos del actual Código penal español contienen problemas, hasta ahora no resueltos o, ni tan siquiera planteados, a pesar de que algunos, o quizá la mayoría de los contenidos en el Libro I tienen más de un siglo de existencia. El "manualismo", fenómeno contra el que ya previno BATTAGLINI (10), es, por desgracia, una realidad en estos casos y, en

(3) Entre los más importantes: ALVAREZ-VIZMANOS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, 2 vols.; PACHECO, *El Código penal*, 3 tomos, segunda ed., 1856; GROIZARD, *El Código penal de 1870*, 8, tomos aparecidos en distintas fechas, a partir de 1879 y que han alcanzado distintas ediciones.

(4) *Comentarios al Código penal*, T. I (1946), II (1947), III (1948) y IV (1956), han quedado incompletos hasta el momento.

(5) *Comentarios al Código penal*, 2.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Gimbernat, Madrid, 1966.

(6) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 17.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Camargo, Parte General, 2 vols., Barcelona, 1974; EL MISMO, *Derecho penal*, 13.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Camargo, Parte especial, II, 2 vols., Barcelona, 1972; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español*, Parte General, vol. I (1968), vol. II (1972); ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1949; QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, 2 vols., vol. I (Parte General), vol. II (Parte Especial), Madrid, 1963; EL MISMO, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T. I, 2.<sup>a</sup> ed., en 2 vols., anotada por Gimbernat, Madrid, 1972, T. II (1964), T. III (1965), T. IV (1967), coordinado por Gimbernat; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte General, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1974; EL MISMO, *Derecho penal español*, Parte Especial, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1973.

(7) *Tratado de Derecho penal*, T. I, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1964; T. II, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1964; T. III, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1964; T. IV (1958); T. V (1960); T. VI (1962); T. VII (1970).

(8) *Derecho penal*, Parte General, 6.<sup>a</sup> ed., 2 vols., 1969; EL MISMO, *Derecho penal*, Parte Especial, 6.<sup>a</sup> ed., 1969.

(9) *Compendio de Derecho penal*, 2 vols., Parte General y Parte Especial, Madrid, 1958.

(10) *Diritto penale, Parte Generale*, 3.<sup>a</sup> ed., Padova, 1949, pág. 113.

cierto modo, es una realidad inevitable. Sólo una obra del tipo de la que hoy comentamos puede evitarlo o atenuarlo en cierto grado.

Esta es la razón que justifica la tarea emprendida por CÓRDOBA RODA y por el equipo de especialistas que le acompaña. Y podemos decir, desde el primer momento, que ese peligro del manualismo se ha evitado por completo; el análisis detenido, minucioso y profundo de cada uno de los artículos del Código penal, punto por punto, párrafo a párrafo, es una de las cualidades que más destacan en esta obra. Pero también se ha evitado, y esto es mucho más importante de destacar, el peligro que ronda a las obras exegéticas de un texto legal. Normalmente se considera que unos Comentarios a un texto legal, por las limitaciones materiales y sistemáticas impuestas por el propio texto legal comentado, tienen que ser una obra menos científica que las del tipo del Tratado o incluso el Manual. Nada más lejos a la realidad, por lo que a estos Comentarios se refiere. Evidentemente existen ese tipo de limitaciones sistemáticas por la propia naturaleza de la obra, así por ejemplo, existen continuas referencias a la imprudencia y falta, sin embargo, una elaboración general de la imprudencia que, como es lógico, se hará oportunamente en el comentario al artículo que regula de un modo general este problema en nuestro Código penal; y algo parecido sucede con la omisión, la comisión por omisión, etc., cuya problemática se estudiará en aquellos delitos concretos en los que reviste especial importancia. Pero esto no afecta para nada al nivel científico alcanzado, que refleja perfectamente el estado actual de la Dogmática jurídicopenal, de la que puede considerarse como una excelente muestra. Igualmente se tiene en cuenta el Derecho vivo que es la Jurisprudencia con un detenimiento y exhaustividad dignas de todo elogio, consiguiéndose de este modo un equilibrio entre teoría y praxis que sólo muy pocas veces se rompe.

Como se comprenderá, no es fácil hacer un juicio crítico de conjunto, ni tan siquiera un análisis de los puntos más importantes contenidos en una obra tan ingente y ambiciosa. Pero es urgente adelantar, siquiera a modo de juicio provisional, el resultado de las primeras lecturas y de la experiencia obtenida en estos dos últimos años, con su consulta y estudio casi diario e informar de sus logros y también, desde luego, de sus defectos. Para ello procedo a una selección de las cuestiones que me han parecido más importantes, para ser expuestas o discutidas.

I. En primer lugar, me quiero referir a los problemas metodológicos y a los principios generales que informan la obra.

El respeto absoluto al texto legal no lleva, sin embargo, a los autores a excesos formalistas incompatibles con una buena Dogmática. Como ya advierte CÓRDOBA en el Prólogo, "la aplicación de la ley a la realidad es producto de un complejo proceso de concreción. En virtud de la utilización de una serie de elementos en importante medida *no resultantes de la ley*, sino introducidos por el propio juzgador, es referida la misma desde su formulación abstracta a los

particulares casos integrantes de la práctica, formándose así, progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de la doctrina y Jurisprudencia, la normativa que en constante evolución rige la conducta del hombre en sociedad" (11). Esta tesis supone, a mi juicio, una visión realista de la Dogmática jurídica que no creo incompatible con el respeto al principio de legalidad, sino todo lo contrario. La consideración de la aplicación concreta del precepto legal necesariamente abstracto es un dato que, desde luego, debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar la ley, porque, en definitiva, ésta nace para ser aplicada y no para ser objeto de elucubraciones teóricas más o menos artísticas.

Sin embargo, creo que en algunos momentos no se tiene en cuenta este punto de vista metódico. Me voy a referir a dos casos solamente.

Para CÓRDOBA el tenor literal del artículo 2.º del Código penal, de cuyo comentario él se ocupa, obliga a excluir de nuestro Ordenamiento jurídicopenal la analogía, tanto si es contraria, como a favor del reo (I, 59 y ss.). Esta postura, con indudable apoyo en el texto del artículo 2.º que habla de "rigurosa aplicación de la ley", me parece, sin embargo, poco realista e incompatible con el espíritu del principio de legalidad. Poco realista, porque la Jurisprudencia española hace un uso excesivo de la analogía y no sólo cuando ésta es favorable al reo, sino también cuando es contraria (12). Incompatible con el espíritu del principio de legalidad, porque el origen y fundamento de este principio fue y es el de limitar el excesivo poder punitivo en manos del Estado frente al ciudadano y por eso, cuando de lo que se trata es de limitar aun más ese poder, por medio de la analogía, favoreciendo al reo, creo que debe ser admitida ese tipo de analogía. Por otra parte, como el mismo CÓRDOBA reconoce, la amplitud de la definición del delito recogida en el artículo 1.º y la mención expresa de la analogía en algunos preceptos como la circunstancia 10.ª del artículo 9.º, permiten llegar, en materia de eximentes y atenuantes, a las mismas soluciones favorables al reo que con la analogía.

El otro caso se refiere a la ejecución de la pena de muerte. DEL TORO MARZAL considera ilegal la ejecución de esta pena, tras un detenido examen del artículo 83 del Código penal (II, 424 y ss.). Dicho precepto remite efectivamente a los Reglamentos, para determinar la forma de ejecutar la pena de muerte, pero estos Reglamentos, como demuestra contundentemente DEL TORO, no previenen tampoco la forma de esa ejecución. Ante esta "laguna" legal, no "corregida" por el legislador a pesar de haber sido denunciada repetidas veces, concluye DEL TORO afirmando que España es un país *abolicionista de hecho*. Esta afirmación, además de exagerada, nos parece poco realista, sobre todo si se tiene en cuenta las recientes

(11) Véase, del mismo autor, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, "Revista Jurídica de Cataluña", 1974, págs. 119 y sigs.

(12) Véase ANTÓN ONEGA, *op. cit.*, pág. 102; RODRÍGUEZ DEVESA, Parte General, cit., pág. 203, n. 9.

ejecuciones de penas de muerte a "garrote" llevadas a cabo en los últimos años. Por supuesto que estas ejecuciones se derivan de condenas pronunciadas por la Jurisdicción militar, pero la forma de ejecutarlas fue la tradicional de garrote y no el fusilamiento militar que, por lo visto, es la única forma expresamente regulada. Desde luego que hace muy bien DEL TORO en denunciar esa "laguna" legal, y ojalá que esa denuncia sirviera no para regular expresamente la forma de ejecutar la pena de muerte sino para desterrarla también expresamente y de un modo definitivo en nuestro país, pero de ahí no se pueden derivar las conclusiones que él deriva con respecto a la situación real actual en España. Igualmente poco realistas parecen las consideraciones que hace CASABÓ, en el comentario al artículo 27, sobre la decadencia de la pena de muerte en España (II, 104). Tales argumentaciones, aparte de ser ajenas a la realidad, son peligrosas porque pueden conducir a acallar "malas conciencias", cuando más falta hace que estén despiertas. La mejor manera de luchar contra la pena de muerte es denunciar su real existencia y no cerrar los ojos ante esa realidad.

También pueden parecer formalistas las consideraciones que hace CASABÓ sobre la aplicabilidad de los artículos 65 y 67, que fueron introducidos en la reforma de 1944 a pesar de que no figura en la Ley de Bases que dio lugar a dicha reforma (II, 29). Ahora bien, teniendo en cuenta que estos preceptos, o mejor dicho, la forma en que fueron introducidos en el Código penal, suponen una evidente infracción del principio de legalidad, tiene razón CASABÓ, al considerarlos ilegales, poniendo el espíritu del principio de legalidad por encima del texto. Y por las mismas razones debe aplaudirse la crítica que hace este autor de algunas prácticas jurisprudenciales *contra legem*, como la de imponer penas no previstas en la ley, por ejemplo, la privación del derecho a obtener el permiso de conducir (II, 31). Lo mismo podría decirse de algunas teorías elaboradas por nuestro Tribunal Supremo, como la del *delito masa*, tan reciente y de tanta actualidad, que suponen una agravación de la responsabilidad legal no prevista ni deducible de precepto legal alguno. CASABÓ, al ocuparse incidentalmente del "tempus commissi delicti" en la sucesión de leyes, condena la tesis del delito continuado cuando va en perjuicio del reo, lo que *mutatis-mutandi* puede aplicarse al delito masa (II, 43, CÓRDOBA, II, 325).

II. Los comentarios a los artículos relacionados directamente con la teoría del delito son, como es lógico, y dado el estado actual de la teoría general del delito, los más extensos y densos de contenido. Se echa de menos, sin embargo, un capítulo previo, por ejemplo, al artículo 1.º, en el que se expusieran las bases teóricas de las que parten los autores en el entendimiento de ciertos conceptos fundamentales de la teoría del delito. Sobre todo, teniendo en cuenta que se dedica al fundamento teórico de la pena, un estudio expreso previo al estudio de los preceptos penales realizado por CASABÓ (II, 2 y ss). La oportunidad de un tal tipo de estudio en una obra de esta clase,

es cuestionable, porque en todo caso, la aceptación de una teoría absoluta o relativa de la pena carece prácticamente de trascendencia a la hora de interpretar los preceptos legales. Por el contrario, una concepción causal o final de los tipos penales sí condiciona los resultados de esa interpretación, por lo menos, en lo que se refiere a la teoría del delito.

Sabido es que CÓRDOBA RODA es finalista y RODRÍGUEZ MOURULLO causalista y como tales se expresan en sus respectivos comentarios. Para CÓRDOBA el dolo es elemento del tipo (I, 6, nota 2 y 17 ss.), RODRÍGUEZ MOURULLO considera, por el contrario, que es una forma de la culpabilidad (I, 96 y 125). Esto, aparte de la falta de unidad, puede conducir a soluciones contradictorias en materia de error (13) y de participación y en todo caso sorprende al lector no advertido en una nota previa de tan dispares concepciones.

a) De acuerdo con los postulados finalistas, parte CÓRDOBA en el comentario al párrafo primero del artículo 1.º de la acción y de la omisión como “realidades previas a la ley penal” ontológicamente distintas. Ello le lleva a plantearse el problema, a la hora de tratar de la comisión por omisión, de cuándo puede equipararse una omisión a una acción. Según CÓRDOBA, la solución depende de la estructura de cada tipo en particular. En aquellos tipos en los que se describe un hacer positivo, “tomar”, “herir”, “golpear”, etc., no será posible la comisión por omisión; aquellos otros, en cambio, en los que sólo se prohíba un resultado determinado sin referencia a una modalidad concreta de conducta, como “matar”, “encerrar”, etc., cabrá también la comisión puramente omisiva (I, 7 a 10). De este modo sitúa a mi juicio acertadamente, el problema de la comisión por omisión, dentro de los límites que imponen el principio de legalidad; pero deja también sin responder la cuestión de cuándo puede considerarse la omisión, en los casos en que legalmente pueda equipararse a la acción, causal para un determinado resultado prohibido; no menciona, por ejemplo, teorías tan importantes al respecto como la de la “acción esperada”, “la posición de garante”, la idea de la “ingerencia”, etc. Esto no es más que una consecuencia del principio anteriormente citado de que la posibilidad de comisión por omisión es un problema a tratar en cada delito en concreto, con lo que habrá que esperar al comentario de estos delitos. Pero quizá no hubiera estado de más una referencia general a este problema en este lugar.

La relación de causalidad es tratada también en este comentario al párrafo primero del artículo 1.º (I, 10 y ss.). CÓRDOBA RODA expone y critica la jurisprudencia al respecto, sin tomar partido por una concepción causal determinada.

Especial atención dedica, en cambio, CÓRDOBA a la determina-

---

(13) En relación con la llamada imprudencia de derecho o error de prohibición vencible, las opiniones de CÓRDOBA y RODRÍGUEZ MOURULLO coinciden en cuanto ambos incluyen estos casos en el artículo 565 e interpretan en el mismo sentido las palabras “voluntarias” y “malicia”; cfr. CÓRDOBA, I, 23, n. 41, 26, n. 44.

ción del alcance del término “voluntarias” en el párrafo primero del artículo 1.º Ya es conocida, desde las primeras publicaciones de este autor, su distinción entre “intención”, “voluntariedad” y “malicia”. La primera integra la voluntad dirigida al hecho típico, la segunda la voluntad contraria o referida a la norma y la tercera, la unión de las otras dos, es decir, la voluntad dirigida al hecho típico y contraria a la norma (14). De aquí deduce unas consecuencias importantísimas para la solución de un problema jurídico-penal clave: el conocimiento de la antijuricidad.

Al ser la “voluntariedad” un proceso psicológico que supone el conocimiento, se deduce que la voluntad contraria a la norma supone el conocimiento de la norma infringida, “ya de la prohibitiva del resultado o hecho típico en las conductas dolosas... ya de la del deber de cuidado en las culposas” (I, 25). Esto significa que, en contra de la muy extendida teoría de la culpabilidad defendida fundamentalmente por los finalistas —y téngase en cuenta que CÓRDOBA es finalista—, se exige el conocimiento *actual* de la norma infringida, no bastando el mero conocimiento *potencial*. Creo que esta tesis es correcta, no sólo porque está de acuerdo con la interpretación propuesta de la palabra “voluntarias” que estimo acertada, sino también porque desde un punto de vista políticocriminal, conduce a una deseada restricción de la punibilidad a aquellos casos en los que se demuestre, por lo menos, el conocimiento actual de la norma que impone el deber de diligencia (15). La presunción de voluntariedad que se establece en el párrafo segundo del artículo 1.º, interpretado correctamente por RODRÍGUEZ MOURULLO como una presunción del conocimiento de la antijuricidad (I, 41), no constituye un obstáculo grave para la validez de esta tesis, pues sólo tiene un alcance procesal más o menos discutible.

Igualmente la interpretación de la palabra “malicia” lleva a CÓRDOBA a conclusiones contrarias a la teoría de la culpabilidad en materia de error de prohibición. De acuerdo con la teoría de la culpabilidad, el error vencible sobre la antijuricidad del hecho, da lugar a una atenuación de la culpabilidad; según la teoría del dolo, este tipo de error vencible convierte el hecho doloso en culposo, admitiendo junto a la imprudencia de hecho, una imprudencia de derecho (16).

(14) Cfr. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, págs. 64 y sigs.; EL MISMO, *Notas al Tratado de Derecho penal de Maurach*, Barcelona, 1962, T. II, págs. 11 y sigs.; EL MISMO, *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1963, págs. 87 y sigs.

(15) Cfr. CÓRDOBA, *Notas cit.*, T. II, pág. 146: “A nuestro juicio, MAURACH y, en general toda la doctrina finalista de la acción incurrir en un defecto al tratar del conocimiento del injusto: no se percatan que también en el llamado conocimiento *potencial*, se da un actual conocimiento de la antijuricidad. Lo que ocurre es que este *actual* conocimiento versará sobre una norma distinta a la prohibitiva del resultado delictivo. Se referirá a la norma de cuidado, dirigida sin duda a evitar la producción de eventos criminales, pero abstraída en su existencia e independientemente de ellos. En suma, el *potencial* conocimiento de la antijuricidad del resultado delictivo, presupone el *actual* conocimiento de la norma de cuidado.”

(16) Cfr. MAURACH, *Tratado*, cit., T. II, págs. 131 y sigs.

CÓRDOBA, a pesar de ser finalista, postula una teoría parecida a la del dolo y considera que el error vencible sobre la antijuricidad del hecho debe ser castigado como imprudencia en base al artículo 565, porque la ausencia de "malicia" exigida en dicho precepto, indica que en él se pueden incluir tanto los casos en los que el sujeto no quiere el resultado típico (imprudencia de hecho) como aquellos en los que no se representa la contradicción de su acción con la norma (imprudencia de derecho) (I, 26). Creo que este planteamiento es irreprochable, porque una cosa es aceptar que el dolo y el conocimiento de la antijuricidad ocupan lugares sistemáticos distintos, y esto lo acepta CÓRDOBA, y otra distinta es equiparar su tratamiento penal. En esta última cuestión decide la regulación legal y, por supuesto, la conveniencia políticocriminal de una tal equiparación (17) y ambos datos hablan a favor de la tesis de CÓRDOBA.

Totalmente distinto es el tratamiento que ofrece CÓRDOBA de las *eximentes putativas* (I, 260 ss., 275, 351 s., 381 ss., 402 ss.). La creencia vencible en la existencia de los presupuestos de la causas de justificación (agresión ilegítima en la legítima defensa, realidad del peligro para el bien jurídico en el estado de necesidad, etc.) fundamenta, según la teoría del dolo y la de los elementos negativos del tipo el castigo por imprudencia; según la teoría de la culpabilidad la aplicación de una circunstancia atenuante (18). Es decir, si yo creo, con un error vencible, que alguien me está apuntando con una pistola para matarme y disparo yo antes matando al presunto agresor, según la teoría del dolo y la de los elementos negativos del tipo debería castigármese por homicidio por imprudencia (artículo 565: prisión menor si la imprudencia es temeraria) y según la teoría de la culpabilidad por homicidio doloso atenuado (art. 407: reclusión menor en grado mínimo, artículo 61, 1.ª, o si la atenuación se estima como muy calificada, artículo 61, 5.ª, prisión mayor o menor) (19). La Jurisprudencia española sigue en esta materia unos derroteros totalmente distintos al de estas teorías que CÓRDOBA analiza y sistematiza hasta en sus menores detalles sobre todo al tratar de la legítima defensa putativa (I, 261 ss.). En primer lugar la Jurisprudencia equipara la *creencia racional* en la existencia de una agresión ilegítima a la *existencia real* de la misma y concede en ambas situaciones el mismo efecto eximente. Esto no supone una confusión entre antijuricidad y culpabilidad, porque, como señala CÓRDOBA, la

(17) Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción Muñoz Conde, Barcelona, 1972, pág. 69.

(18) Cfr. MAURACH, *Tratado*, cit., T. I, pág. 376, T. II, págs. 141 y sigs.

(19) La teoría del dolo es defendida en España por la doctrina dominante, véase ANTÓN ONECA, *op. cit.*, pág. 240; QUINTANO, *Curso*, cit., volumen I, pág. 313; DEL ROSAL, *Tratado*, cit., vol. II, pág. 221. La teoría de la culpabilidad es defendida por CEREZO, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1964, pág. 456; EL MISMO, *Notas a El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1964, págs. 58 y sig., y 66 y sig. Sobre esta postura, véase críticamente GIMBERNAT, *Recesión a El nuevo sistema de Welzel*, cit. en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1966.

racionalidad de la creencia “es apreciada en virtud de un *juicio objetivo de exigibilidad*” (I, 267). Caso de que esta creencia no esté racionalmente fundada, es decir, caso de que haya que afirmar la antijuricidad del hecho, deberá plantearse todavía, en el plano de la culpabilidad, el problema de la *exigibilidad subjetiva*, es decir, el problema de si el autor podía personalmente vencer su error (20). Si el sujeto no podía personalmente superar su error, deberá quedar exento de responsabilidad penal, por falta de culpabilidad, basando la absolución en la falta de voluntariedad o en la eximente de miedo insuperable. Pero si el sujeto hubiera podido, por el contrario, vencer su error, se plantea el problema de cómo hay que castigarlo. La jurisprudencia estima en este caso una circunstancia atenuante; la doctrina aplica el artículo 565. CÓRDOBA RODA, consecuentemente con la actitud metodológica adoptada de examinar los problemas tal como se dan en la realidad, se inclina por la solución jurisprudencial. Esto parece estar en contradicción con la interpretación propuesta del término “malicia” y con la inclusión de la imprudencia de derecho en el artículo 565. Pero debe tenerse en cuenta que la creencia errónea en la existencia de los presupuestos de las causas de justificación no puede equipararse sin más, al error de prohibición y que CÓRDOBA parte de la regulación jurisprudencial: “resultaría, pues, por completo incongruente —dice CÓRDOBA— con lo hasta aquí expuesto, el que resolviéramos ahora la cuestión del justo tratamiento en la jurisprudencia de la creencia infundada, en virtud de la estimación de la culpa o imprudencia. La admisión de esta última contradiría, en efecto, las características de la regulación jurisprudencial de la creencia fundada; recuráese, en efecto, que la misma no elimina el dolo, sino que origina la apreciación de la propia circunstancia de legítima defensa, en virtud de un objetivo juicio de exigibilidad” (I, 266). Obsérvese que este proceder supone un tratamiento de la creencia infundada en la existencia de los presupuestos de las causas de justificación distinto al patrocinado por la teoría del dolo y la de los elementos negativos del tipo y se aproxima a la teoría de la culpabilidad, pero a diferencia de ésta, admite la imprudencia de derecho en el error de prohibición. CÓRDOBA distingue entre error vencible de prohibición y creencia infundada en la existencia de los presupuestos de las causas de justificación (véase por ejemplo, I, 405), incluyendo el primero en el artículo 565 y estimando en el segundo una circunstancia atenuante. A este respecto destaca el proceder jurisprudencial que distingue entre la creencia equivocada en el cumplimiento de un deber y la errónea suposición en el ejercicio de un derecho, “aquella origina... la estimación de la propia circunstancia decimoprimera del artículo 8.º, mientras que la segunda motiva, según rei-

---

(20) Con muy buen criterio considera CÓRDOBA, siguiendo a HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, en *Festschrift für Mezger*, 1974, págs. 249 y sigs., que la exigibilidad de otra conducta no es un problema exclusivo de la culpabilidad, sino un principio regulativo que informa todas las categorías de la estructura del delito.

teradísima jurisprudencia y doctrina, la exclusión de la característica de *voluntariedad* del primer párrafo del artículo 1.º del Código penal" (I, 383). Desgraciadamente, no analiza CÓRDOBA las consecuencias sistemáticas que pueden derivarse de este tratamiento penal de las eximente putativas. En todo caso esta tesis parece dar la razón a aquellos que opinan que el tratamiento penal del error es un problema politicocriminal que sólo puede fundamentarse en la teoría de los fines de la pena y en los preceptos que regulan las propias causas de justificación (21).

En orden a otros problemas relacionados con las causas de justificación, merece destacarse el estudio que hace CÓRDOBA de la agresión ilegítima en la legítima defensa porque, en contra de un sector doctrinal y jurisprudencial, niega la necesidad del propósito lesivo en el agresor (I, 240 s.). Igualmente sostiene la aplicación del estado de necesidad a los delitos imprudentes, porque, en contra de una jurisprudencia constante, estima que en estos delitos también se da una voluntad dirigida a la lesión o infracción de una norma: la voluntad de infringir la norma de cuidado (I, 284). La provocación del estado de necesidad es entendida, en contra de la doctrina y la jurisprudencia dominantes y de acuerdo con el texto legal, como provocación intencional de la *situación de necesidad* y no de la *situación de peligro*, con lo que se amplía bastante el ámbito de la eximente (I, 295 ss.). El requisito de la falta de provocación suficiente en la legítima defensa produce, por el contrario, una limitación en el ámbito de aplicación de esta eximente y una aceptación de la idea del *versari in re illicita* que, según CÓRDOBA, sólo puede atenuarse con una teoría limitadora de la causalidad (I, 251 ss.). Especialmente interesantes son las consideraciones que hace CÓRDOBA en relación con el uso de la violencia por parte de la Autoridad en el estudio de la eximente del ejercicio de un cargo. La importancia de este problema se ha puesto de relieve recientemente con las reacciones desproporcionadas de las fuerzas encargadas de mantener el orden público ante alteraciones de ese orden, con ocasión de manifestaciones y reuniones de tipo político. Lo más importante de la tesis de CÓRDOBA es que, en contra de un sector jurisprudencial, no atribuye una significación decisiva a las reglamentaciones de esa función pública —la "cartilla de la Guardia civil" por ejemplo—, sino que pone por encima de ellas los principios de proporcionalidad y necesidad que "responden a un elemental imperativo de la actual ética social" (I, 374). A mi juicio, este principio juntamente con otros, como el de la exigibilidad, en su vertiente objetiva, debe informar a modo de "topoi" o punto de vista rector, todas las causas de justificación demasiado apegadas al principio formal de la prevalencia del Derecho (22). Según CÓRDOBA, el uso de la violencia por parte

(21) Cfr. ROXIN, *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, T. LXXVI, 1964, páginas 582 y sigs.

(22) Cfr. ROXIN, *Política criminal*, cit., págs. 57 y sigs.

de la Autoridad sólo está justificado, cuando sea necesario. Esta necesidad se determina en un doble plano: en primer lugar, en un plano abstracto, planteando el problema de la necesidad de la violencia *en sí*; en segundo lugar, en un plano concreto, atendiendo a la *idoneidad* del medio interpuesto que ha de ser racional y adecuado al hecho motivador de la violencia (I, 373 ss.) (23).

De las restantes eximentes debe mencionarse por su claridad el estudio que hace CÓRDOBA de la enajenación mental y trastorno mental transitorio, materia excesivamente complicada por la interferencia de conceptos clínicos poco precisos. CÓRDOBA atiende, a mi juicio acertadamente, más al efecto psicológico que a la causa determinante (I, 207 ss.). En lo que se refiere al internamiento de los enajenados que hubieran cometido un hecho calificado como delito, considera, en contra de la doctrina dominante, que es necesario la constancia de la peligrosidad del enajenado (I, 226 ss.). Respecto a la eximente de miedo insuperable, muestra la contradicción interna de la regulación legal que la configura, por una parte, de un modo objetivo como si de un estado de necesidad se tratase y, por otra, de un modo subjetivo como una causa de inimputabilidad, lo que la hace aparecer como superflua (I, 357 ss.). La obediencia debida es considerada como una eximente en los casos de órdenes antijurídicas, siempre que la antijuricidad de la orden no sea manifiesta para el subordinado; pero admite una excepción en relación con las órdenes dadas en la esfera del Ministerio fiscal, porque la regulación legal de este cuerpo obliga a la obediencia aun constando la antijuricidad de la orden dada por el superior (I, 394 ss.).

De la eximente de la minoría de edad se ocupa CASABÓ, que analiza la contradicción existente entre el número 2 del artículo 8.º que exige de responsabilidad penal al menor en todo caso y el número 2 del artículo 185 del Código de Justicia Militar, que limita la exención al menor de 16 años que obrará sin discernimiento. CASABÓ considera prevalente el precepto del Código penal común (I, 231). También se ocupa este autor de otros problemas relacionados con la minoría de edad penal: la atenuante de ser menor de 18 años (I, 430 ss.) y del correspondiente tratamiento penal en estos casos (II, 288 ss.).

b) De todos los preceptos del Libro I del Código penal relacionados con la responsabilidad por el resultado se ocupa RODRÍGUEZ MOURULLO. Hasta ahora se ha dicho casi siempre que la responsabilidad por el resultado era inevitable en nuestro Ordenamiento jurídicopenal dada la redacción del párrafo tercero del artículo 1.º y de la eximente de caso fortuito del número 8.º del artículo 8.º

---

(23) Es también importante destacar que CÓRDOBA exige en todas las causas de justificación la presencia del elemento subjetivo de justificación no sólo en aquellas en que tal exigencia se deriva ya del propio texto legal, como en la legítima defensa o en el estado de necesidad, sino también en otros donde este requisito no se deduce expresamente del texto legal, como en el ejercicio legítimo de un derecho, cumplimiento de un deber, etcétera, cfr. T. I, págs. 247 y sig., 257, 281 y sigs. y 380 y sig.

RODRÍGUEZ MOURULLO es de otra opinión. Para él el párrafo tercero del artículo 1.º no contiene más que una declaración genérica de responsabilidad en casos de desviación y producción de un delito distinto al querido que no indica, sin embargo, de qué ha de responder el sujeto ni señala la clase de responsabilidad en que incurre (I, 51 ss.). Por otra parte, la exigencia de licitud del acto inicial en el caso fortuito no es tampoco un obstáculo insalvable. RODRÍGUEZ MOURULLO estima que dicha exigencia sólo impide eximir de responsabilidad por el hecho inicial ilícito, pero no por el producido por mero accidente y que, en todo caso, la falta de la *voluntariedad* a que se refiere el párrafo primero del artículo 1.º excluye la responsabilidad por el resultado fortuitamente causado (I, 318 ss.).

RODRÍGUEZ MOURULLO no es, sin embargo, totalmente consecuente con esta interpretación. Al tratar posteriormente de la circunstancia 4.ª del artículo 9.º —llamada preterintencionalidad—, admite la imputación del resultado preterintencional fortuitamente producido con la consideración de que “*no hay base legal alguna que permita restringir esa responsabilidad dolosa, aunque atenuada, a los casos en que el resultado preterintencional está cubierto al menos por la imprudencia*” (I, 445), lo que parece contradictorio con lo dicho al tratar del caso fortuito. A esto le lleva la aceptación de una concepción determinada de la preterintencionalidad, entendida no sólo como conjunto de dolo y culpa, sino también como conjunción de dolo y caso. Pero se entienda la preterintencionalidad de un modo u otro, en todo caso, es seguro que se trata de una institución a la que, en principio, es ajena nuestro Código penal. Por eso me parece también discutible la interpretación que propone del artículo 50 en función de la preterintencionalidad (II, 207), porque este precepto no se refiere solamente a los casos en que el delito distinto es más grave que el propuesto, en los que se podría hablar de preterintencionalidad, sino también a aquellos en los que el delito ejecutado es menos grave que el propuesto, en los que difícilmente se puede hablar de preterintencionalidad.

Me parecen, en cambio, bastante acertadas las argumentaciones que RODRÍGUEZ MOURULLO expone en orden a la solución del tan discutido tema del llamado homicidio preterintencional. RODRÍGUEZ MOURULLO acepta la tesis de Silvela de aplicar en estos casos el artículo 50, pero limita esta tesis de un modo que la hace más viable. La exposición de la doctrina y jurisprudencia sobre este problema es exhaustiva y clarificadora para la solución que él propone (I, 449 ss.). Creo que, independientemente de algunas objeciones que se pueden hacer a su tesis, la visión integradora que propone de la atenuante cuarta del artículo 9.º y del artículo 50 contribuye en gran manera a desterrar el fantasma de la responsabilidad por el resultado en nuestro Código penal (24).

(24) Véase STS 30 marzo 1973, que coincide casi literalmente con la tesis de MOURULLO. Sobre esta sentencia puede verse mi comentario: *Del llamado homicidio preterintencional*, en “Revista Jurídica de Cataluña”, 1974.

c) También se ocupa RODRÍGUEZ MOURULLO de todos los artículos relacionados con el "iter criminis" y las formas de participación en el delito.

Los problemas que plantea la consumación del delito son tratados exhaustivamente. Para RODRÍGUEZ MOURULLO consumación no es sólo la realización del tipo objetivo sino también la de los demás requisitos que constituyen la figura delictiva. Pero no lleva esta opinión hasta el punto de considerar que sea preciso para la consumación el que se produzcan también las condiciones objetivas de penalidad, cuando se exija la presencia de éstas a la hora de castigar el delito (I, 73).

La distinción entre tentativa y frustración se lleva a cabo de acuerdo con un criterio objetivo, "para establecerla hay que atender a la estructura del tipo objetivo del delito consumado, y no a la representación del autor" (I, 90); en el ámbito subjetivo mantienen ambas figuras su unidad. La distribución sistemática que hace de estos elementos, objetivo y subjetivo, al tratar de la tentativa y frustración por separado, peca, a mi juicio, de un excesivo análisis. El problema de los actos ejecutivos es estudiado como un problema de tipo (I, 92, 111 ss.), el de la peligrosidad concreta de esos actos como un problema de antijuricidad (I, 93 y s., 124), pero al distinguir, por ejemplo, entre actos preparatorios y actos ejecutivos, un problema de tipicidad, se recurre a la noción de peligro (I, 117), y es que, en el fondo, la noción de peligro es inherente ya a los actos ejecutivos típicos. En el plano subjetivo distingue entre la decisión de consumir el delito, como elemento subjetivo de lo injusto (I, 95 y 124), y el dolo, como elemento de la culpabilidad (lug. u. cit.), por más que incluso los causalistas hayan aceptado que en las formas imperfectas de ejecución, decisión de cometer un delito y dolo coinciden y que este último es un elemento subjetivo de lo injusto en las formas imperfectas de ejecución (25), independientemente, por supuesto, de que después se contemple el conocimiento de la antijuricidad como un elemento de la culpabilidad. Pero lo más sorprendente es que incluso los tradicionales elementos subjetivos de lo injusto, el ánimo de lucro por ejemplo, se traten también dentro de la culpabilidad (I, 96).

Por otra parte, el apego a la definición legal de tentativa y frustración le lleva a considerar, de acuerdo con la doctrina dominante en España, que el desistimiento voluntario de consumir el delito es elemento negativo de la tipicidad de las formas imperfectas de ejecución, aceptando expresamente las consecuencias que de esta tesis se derivan en orden a la impunidad de los partícipes que no desisten (I, 98). Una consecuencia tan grave como ésta me parece que no se puede aceptar por el mero hecho de que en la definición de la tentativa se haga referencia expresa al desistimiento y, en todo caso, supone admitir algo que me parece también cuestionable: que todo

---

(25) Véase, p. ej., MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Munich, 1950, págs. 40 y sigs.

lo que se recoge en la definición legal de una figura delictiva pertenece también a la tipicidad de esta figura (26). Desde el punto de vista políticocriminal hay que decir, desde luego, que la impunidad del partícipe a consecuencia del desistimiento voluntario del autor no es tal, si su contribución al delito puede subsumirse en alguna de las conductas previstas en el artículo 4.º —conspiración, proposición y provocación—, de las que por cierto, RODRÍGUEZ MOURULLO hace un detenido estudio (I, 150 a 190); pero en todo caso, surgen con esta teoría “lagunas” de punibilidad difíciles de colmar y de justificar desde un punto de vista políticocriminal. También peca de excesivo espíritu analítico el tratamiento separado que hace de los problemas relacionados con la *voluntariedad* en el desistimiento y en el arrepentimiento (I, 99 ss., 133 ss.) y aun el tratamiento separado, incluso nominal, de estas dos figuras que obedecen a unas mismas razones políticocriminales y tienen una problemática parecida (27).

Al margen de estas objeciones de tipo formal, debe enjuiciarse, sin embargo, favorablemente el estudio material que hace de estos problemas, sobre todo de los relacionados con la distinción actos preparatorios actos ejecutivos (I, 113 s.) y con el arrepentimiento y desistimiento voluntarios (I, 97 ss., 126 ss.). Por razones de espacio me voy a referir solamente al problema del delito imposible, especialmente estudiado por RODRÍGUEZ MOURULLO.

La introducción del párrafo segundo del artículo 52, en el que se castigan con la misma pena de la tentativa, los casos “de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”, ha planteado el problema de si este precepto crea una tercera forma de imputación, distinta a la tentativa o frustración o, por el contrario, no es más que un precepto de referencia destinado únicamente a decir cómo debe castigarse la tentativa inidónea, ya de por sí, punible en base al artículo 3.º del Código penal. La respuesta a este problema depende, señala RODRÍGUEZ MOURULLO, del fundamento de la punibilidad de la tentativa y la frustración de la tentativa y frustración recogidas en el artículo 3.º (I, 81 ss.). Para RODRÍGUEZ MOURULLO este fundamento es uno objetivo: la concreta puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Por tanto, todo acto ejecutivo que no tenga esta cualidad, quedará excluido del artículo 3.º y habrá que incluirlo, en todo caso, en el párrafo segundo del artículo 52. El fundamento de este último precepto es uno subjetivo o, como RODRÍGUEZ MOURULLO dice, uno subjetivo-objetivo (II, 224) y a él habrá que recurrir para castigar todas aquellas manifestaciones de voluntad rebeldes al Ordenamiento jurídico que no pongan en peligro de un modo con-

(26) Y aunque así fuera, también debe distinguirse entre tipo de injusto y tipo de culpabilidad, y aun así pueden encontrarse en las definiciones legales elementos que no pueden integrarse en ninguna de estas dos clases: de tipo; cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg, Teil*, 2.ª ed., Berlín, 1972, pág. 186.

(27) Cfr. mi libro *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972, pág. 9 y *passim*.

creto los bienes jurídicos protegidos. La consecuencia principal de esta especial regulación es la de aplicar siempre la misma pena, la de la tentativa, al delito imposible, aun cuando se hayan realizado todos los actos de ejecución. Otra consecuencia es la de tener que fundamentar la impunidad del desistimiento con criterios autónomos no derivados del artículo 3.º En definitiva, concluye RODRÍGUEZ MOURULLO, el párrafo segundo del artículo 52 es una norma extensiva de la tipicidad a aquellos casos que no se incluyen en el artículo 3.º (II, 221 ss.). En esta extensión radica su mayor defecto. El tenor literal del párrafo segundo del artículo 52 permite castigar conductas verdaderamente alejadas del ámbito de protección al bien jurídico y por más que se quiera restringir ese ámbito, el mismo RODRÍGUEZ MOURULLO confiesa que aun los casos de inidoneidad del sujeto y de "tentativa irreal" podrían incluirse en él (II, 227 ss.).

Estos excesos en la punibilidad de conductas ciertamente de poca entidad son consecuencias inevitables de una determinada concepción políticocriminal de nuestro legislador y son también, por supuesto, criticables. Pero desgraciadamente la Jurisprudencia se ha atenido escuetamente al tenor literal del párrafo segundo del artículo 52, cuando por razones ideológicas, le ha interesado, por ejemplo, en el aborto, extender la punibilidad, castigando las prácticas abortivas en la mujer no encinta o con medios absolutamente inidóneos (28); otras veces, en cambio, se ha olvidado totalmente de la existencia de este precepto, cuando no le ha interesado extender la punibilidad. De *lege ferenda* debería suprimirse, por tanto, precepto tan perturbador y tan reñido con la seguridad jurídica. La vuelta al sistema anterior a 1944, al del artículo 3.º solamente, produciría una beneficiosa restricción de la punibilidad. No creo que fuera inconveniente, como no lo fue antes de 1944, el fundamento objetivo del artículo 3.º, para incluir en él algunos casos de tentativa inidónea que deban castigarse. La interpretación puramente objetiva que RODRÍGUEZ MOURULLO hace de este precepto tiene razón de ser en tanto exista el artículo 52.

d) Un estudio casi monográfico de los preceptos legales relativos a la autoría y participación en el Código penal hace también RODRÍGUEZ MOURULLO. La profundidad y detenimiento con que los analiza, nos obliga a detenernos brevemente, para referirnos sólo a algunos de los problemas tratados por dicho autor.

En primer lugar, el concepto de autor. RODRÍGUEZ MOURULLO, en una línea que cada vez se va extendiendo más en nuestra doctrina (29), considera que autor no es ninguno de los mencionados en el artículo 14, sino sólo aquél que realiza "por sí mismo o a través

---

(28) Véase SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1966, páginas 216 y sigs.

(29) Así, p. ej., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal, Parte General*, citada, pág. 668, y GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pág. 221.

de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la figura delictiva" (I, 802). Este concepto de autor le permite, por un lado, aceptar la figura del autor mediato, de cuya problemática hace un detenido estudio (I, 803 ss.) y, por otro, extenderlo a los delitos imprudentes, rechazando la distinción entre el concepto final de autor propio de los delitos dolosos y el concepto causal de autor válido para los delitos imprudentes (I, 812 s.). Con este concepto pueden surgir lagunas de punibilidad que RODRÍGUEZ MOURULLO remedia hasta cierto punto, extendiendo la figura de la autoría mediata también a los delitos imprudentes (I, 817). Considero que esta postura es acertada, aunque su fundamentación queda un poco en el aire. El concepto de autor que ofrece RODRÍGUEZ MOURULLO es el de la *autoría directa* y, aunque todo el mundo está de acuerdo en equiparar a ella la *autoría mediata*, es preciso fundamentar esa equiparación de algún modo. Para MOURULLO la noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial, pero el problema consiste en demostrar por qué se equipara esa realidad a la de la autoría directa. Con el concepto formal de autor mantenido por MOURULLO esa equiparación resulta difícil. Lo mismo sucede en otros casos en los que la conducta de los partícipes ni es realización directa del tipo ni encaja en ninguno de los supuestos mencionados en el artículo 14. La figura del jefe de una banda que planea y dirige el robo, pero que no lo lleva a cabo personalmente, no realiza acto ejecutivo alguno, ni induce ni coopera en él queda, según RODRÍGUEZ MOURULLO, impune (I, 828 ss.). Para evitar estas indeseables lagunas de punibilidad, el Tribunal Supremo recurre a la doctrina del acuerdo previo, justamente criticada por RODRÍGUEZ MOURULLO (I, 830 ss.) (30). Pero, a pesar de esta crítica, no cabe duda de que existe una necesidad politicocriminal evidente de castigar este tipo de conductas. Piénsese en los crímenes cometidos amparados en un poder organizado en el que el jefe se limite a dar órdenes y a planear la realización de estos hechos, así por ejemplo, en la Alemania nazi, HITLER no ejecutó personalmente la muerte de ningún judío, ni se puede decir que indujera, en el sentido técnico de la palabra, ni cooperara en ello. Según la tesis defendida por RODRÍGUEZ MOURULLO habría que dejarlo impune. Este ejemplo, un tanto forzado, pone, sin embargo, de relieve que, al igual que el concepto de autor mediato, el concepto de autor en general requiere de una fundamentación que no puede encontrarse en la ley. Hay que recurrir a criterios materiales como el del dominio del hecho si se quiere castigar estos hechos (31). Con ello no se pone en peligro el principio de legalidad. El concepto de autor, igual que el de acción, el de relación de causalidad, dolo, etc.,

---

(30) Véase GIMBERNAT, *op. u. cit.*, págs. 57 y sigs.

(31) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.<sup>a</sup> ed., Hamburgo, 1967, págs. 242 y sigs., y 275 y sigs. Muy interesantes al respecto son las consideraciones de CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, en *Festschrift für Welzel*, Berlín, 1974, págs. 649 y sigs.

es un concepto ontológico que la ley, tácita o expresamente, tiene en cuenta a la hora de crear los tipos penales, aunque después lo configure de un modo u otro. Por ello tiene razón, RODRÍGUEZ MOURULLO, cuando dice que el concepto de autor no se encuentra en el artículo 14. Pero precisamente por eso, hay que configurar y fundamentar el concepto de *realización del tipo* de tal modo, que abarque casos que desde ningún punto de vista pueden o deben quedar impunes.

En relación con la *inducción* hay que destacar la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO sobre la inducción en los delitos especiales. RODRÍGUEZ MOURULLO distingue la inducción en los delitos especiales propios de la inducción en los delitos especiales impropios. En los primeros el inductor responde siempre del delito especial, no así en los segundos, en los que la responsabilidad del inductor por el delito especial impropio viene condicionada por la estructura del respectivo tipo penal. Así por ejemplo, dice RODRÍGUEZ MOURULLO, quien induce a otro a que realice un hurto con abuso de confianza, responde también de este delito, pero si lo induce a cometer un hurto cualificado por la doble reincidencia, responde sólo de hurto común (I, 864 s.). Independientemente de la bondad de esta tesis, creo que los ejemplos aducidos no son muy afortunados, pues el hurto con abuso de confianza o el cualificado por la doble reincidencia no son delitos especiales impropios, sino meros tipos cualificados del hurto común y, por lo tanto, en la determinación del problema de si se imputan o no estas cualificaciones al inductor, o cualquier otro partícipe, hay que tener en cuenta las reglas del artículo 60 y no las de la participación. Pero, aparte de esto, tampoco convence mucho la fundamentación teórica que RODRÍGUEZ MOURULLO aduce en apoyo de su tesis. Para él, la ruptura del título de imputación en los delitos especiales impropios se deriva de que la estructura de la participación y, por tanto, de la inducción, requiere la presencia de un hecho ajeno, pero este hecho puede ser calificado de un modo distinto para el autor y para el partícipe. “Se comete la intencional sustracción de efectos públicos, no la malversación o la apropiación indebida como tales. Se comete, por causa de honor, la muerte de un niño de muy corta edad, que luego podrá ser valorada como parricidio, homicidio (asesinato) o infanticidio” (I, 867). Es evidente que con esta tesis se pone en peligro toda la teoría de la accesoriidad de la participación respecto al hecho principal del autor; aunque curiosamente RODRÍGUEZ MOURULLO la siga manteniendo en otros lugares (I, 805 s.). Ahora bien, esta tesis carece de apoyo en el texto legal y encierra, además, el peligro de conducir a la inseguridad jurídica en esta materia tan sobrecargada —por ejemplo, respecto al parricidio y al infanticidio— de elementos irracionales. El Código penal no parte de los hechos como tales, sino de los hechos tipificados en él, es decir, de una calificación en la que se tiene en cuenta al autor en sentido estricto de esos hechos y que después se extiende a los partícipes. No se puede determinar la responsabilidad de los

partícipes sin anudarla previamente al hecho tipificado cometido por el autor que ya ha sido calificado legalmente. Por otra parte, la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO no ayuda mucho a la seguridad jurídica. Trasladada esta tesis al problema de la participación de *extranei* en los delitos de parricidio e infanticidio habría que averiguar, por ejemplo, si de la estructura típica de estos dos delitos se derivan o no argumentos favorables para la aplicación de la pena que tienen asignada a los partícipes *extranei*. Podría decirse, por ejemplo, que mientras que en el parricidio la cualidad de pariente es lo fundamental en el tipo, en el infanticidio, por el contrario, lo es el ánimo de ocultar la deshonra, y mientras que en el primero el *extranei* responde por el delito común de homicidio o asesinato, en el segundo puede responder también por infanticidio si actúa con ánimo de ocultar la deshonra de la madre. A mí me parece que una tesis semejante deja al intérprete en la más absoluta inseguridad, porque las más de las veces de la redacción o configuración de los tipos penales no se puede derivar ninguna conclusión definitiva al respecto. El mismo legislador, al no regular expresamente este problema, está dando a entender que se deben aplicar los principios generales de la participación (32).

Otro problema interesante es el del error sobre la necesidad de la cooperación en el artículo 14, número 3. Según RODRÍGUEZ MOURULLO "si el cooperador desconoce que su contribución es necesaria para el ejecutor, se origina un supuesto de incongruencia entre el aspecto objetivo y subjetivo, propio de la cooperación necesaria y desaparece, con ello, la posibilidad de aplicar el número 3 del artículo 14" (I, 879). En contra de la opinión de GIMBERNAT, que considera que existe aquí una complicidad frustrada que, conforme a nuestro Derecho, es impune (33), afirma RODRÍGUEZ MOURULLO que "subsistirá siempre la posibilidad de aplicar el artículo 16" (I, 880), es decir, que considera que existe complicidad consumada. Para el caso inverso, cuando el cooperador cree que su contribución no es necesaria, pero en realidad lo es, ambos autores coinciden en afirmar que existe complicidad consumada (lug. u. cit.). Creo, sin embargo, que tanto una como otra tesis son inexactas. Con ellas se aceptan los postulados de una teoría subjetiva extrema de la participación, yendo todavía más lejos, pues no se distingue ya entre voluntad de autor y voluntad de partícipe, sino que se matiza dentro de ésta última, entre voluntad de cooperador necesario y voluntad de cómplice. Pero, igual que sucede con la distinción entre autor y partícipe, también la distinción entre cooperador necesario y cómplice, debe ser una objetiva. La mayoría de las veces el cooperador ni siquiera tiene conciencia de la necesidad de su aportación, quiere sólo participar, cooperar en la ejecución de un hecho punible y nada más. El que

(32) Sobre la participación del *extraneus* en los delitos especiales improprios, véase GIMBERNAT, *op. cit.*, págs. 252 y 255 y sigs., y QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974, págs. 31 y sig., 56 y sigs., y *passim*.

(33) GIMBERNAT, *op. cit.*, págs. 162-166.

su cooperación sea o no necesaria es un dato que debe ser valorado, a los efectos de incluirlos en el artículo 14 número 3 o en el artículo 16, con las consiguientes diferencias en la pena, pero esa valoración no depende ya de él. El elemento subjetivo de la participación dolosa es la conciencia y voluntad de participar en un hecho ajeno. Matizar posteriormente esa voluntad, según se quiera contribuir más o menos en el delito, es subjetivizar en extremo la teoría de la participación y, en todo caso, es contrario a la regulación legal que, para distinguir el cooperador necesario del cómplice, atiende exclusivamente a módulos objetivos y no a la voluntad del sujeto. Por eso considero que existe cooperación necesaria, cuando el sujeto coopera a la ejecución del hecho "con un acto sin el cual no se hubiera efectuado", aunque crea que ese acto no es necesario, y que existe complicidad, cuando el sujeto, considerando que su contribución es importantísima, coopera con un acto objetivamente de poca importancia. Esta es la solución que se deriva, a mi juicio, de la regulación legal, y creo también que es también la solución más realista y más justa.

III. El tomo segundo, siguiendo el orden legal de nuestro Código, está íntegramente dedicado al comentario de los preceptos relativos a las clases de pena, su aplicación y ejecución, a la determinación de la responsabilidad civil y a las causas de extinción de la responsabilidad penal.

a) Se inicia este volumen con un estudio dedicado al estudio del fundamento teórico de la pena y al concepto de pena en el Código penal español. De ello se encarga CASABÓ. Ya hemos dicho anteriormente que un estudio de este problema parece estar de más en una obra de este tipo. Y en efecto así es. Y además, puede ser perturbador. Adscribir nuestro Código penal a una concepción retributiva de la pena, como hace CASABÓ (II, 10 ss.), significa excluir desde un principio toda posibilidad de limitar la punibilidad o interpretar los tipos penales, según criterios preventivos, a no ser que, como el mismo CASABÓ advierte, existan preceptos que admitan esos criterios en casos muy concretos. Pero aun así, dice CASABÓ, "si en un supuesto concreto entrasen en conflicto el principio preventivo y el retributivo, debería sacrificarse el primero en aras del último, por ser el básico" (II, 16). En definitiva, CASABÓ opina que el fundamento de la pena es la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro del marco retributivo y por vía de excepción admite que con el castigo se busquen fines preventivos (34). Esta concepción parece, sin embargo, discutible, tanto desde un punto de vista teórico-doctrinal como jurídico-positivo.

Las teorías de la unión o "completivas", con las que en el fondo coincide CASABÓ, aparecen en la historia del Derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de Escuelas que dividió durante décadas a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios

---

(34) Cfr. MAURACH, *Tratado*, cit., T. I, págs. 79 y sigs.

rios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial. Pero como toda solución de compromiso desembocó en un eclecticismo que queriendo contentar a todos no satisface a nadie. Retribución y prevención se comportan como dos polos opuestos de una misma realidad que, en principio, se excluyen mutuamente, a no ser que se busque una solución en la que uno y otro principio puedan coexistir sin estorbarse. Esta última vía es la elegida por los autores que más recientemente se han ocupado de este problema en Alemania: SCHMIDÄUSER y ROXIN (35). Aunque con diversidad de matices y aun discrepancias de fondo, llegan estos autores a la conclusión de que hay que distinguir los distintos estadios en los que la pena aparece: cuando se amenaza con ella, cuando se impone y cuando se ejecuta. Cada uno de estos estadios cumple funciones y finalidades distintas. En el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta con la amenaza de una pena, es decisiva la idea de prevención general, es decir, la intimidación de los miembros de la comunidad para que se abstengan de cometer la conducta prohibida; en el momento de la imposición de la pena por el juez como castigo por el hecho cometido predomina la idea de retribución y en el momento de la ejecución de la pena, sobre todo si ésta es privativa de libertad, prevalece la prevención especial sobre todos los demás principios, intentándose la reeducación o resocialización del delincuente. La retribución ocupa, como se ve, en estos sistemas un lugar determinado, no el único, y permite el juego de los demás principios.

Tampoco creo obligatorio admitir las teorías de la unión, fundamentalmente retributivas, como una consecuencia forzosa del sistema adoptado en el Código penal español. Aparte de las dificultades que surgen siempre a la hora de adscribir un cuerpo legal como el Código penal a una determinada teoría o ideología, creo que existen argumentos suficientes para considerar que en el Código penal español no es tan básica la idea retribucionista como cree CASABÓ. El principio de culpabilidad, cuya vigencia en nuestro Código penal es tan deseable como discutible, se puede fundamentar también con criterios preventivos y son precisamente estos criterios los que ofrecen una explicación satisfactoria de la impunidad de casos como el estado de necesidad disculpante o el desistimiento voluntario de consumir el delito (36). Igualmente también puede explicarse la distinta gravedad entre los delitos dolosos y culposos con conside-

---

(35) SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.<sup>a</sup> ed., Gotinga, 1971, páginas 87 y sigs.; EL MISMO, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, Tubinga, 1970, páginas 40 y sigs.; ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en *Strafrechtliche Grundlagen probleme*, Berlín, 1972, págs. 1 y sigs., publicado antes en *JuS*, 1966.

(36) Así, p. ej., opina ROXIN, *Política criminal*, cit., págs. 67 y sigs., que ha desarrollado después esta tesis por lo que se refiere a la culpabilidad en dos nuevos artículos recogidos en el tomo *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, 1974, págs. 257 y sigs., y 281 y sigs.

raciones preventivas (37). Y la idea de proporción entre el daño-cometido y la pena aplicada, que CASABÓ considera como una condición insoslayable en un Derecho penal retributivo, sale bastante malparada en un Código como el nuestro en el que se castigan hechos de escasa trascendencia y aun de dudosa punibilidad con penas verdaderamente draconianas, como sucede en algunos delitos: contra la propiedad y en determinados delitos políticos. Por el contrario, algunas instituciones como la condena y libertad condicionales, la redención de penas por el trabajo, etc., demuestran una preocupación por la resocialización del delincuente que, aunque mediatizadas en la práctica por criterios muy especiales, difícilmente son compatibles con un criterio puramente retribucionista. Y todavía más incompatible con la retribución es la existencia de la rehabilitación. Los ejemplos podían citarse hasta completar una extensa lista.

b) También se ocupa CASABÓ del comentario a los artículos relativos a la clasificación de las penas, haciendo una interesante y detenida exégesis de la escala general contenida en el artículo 27 (II, 111 ss.).

Especialmente interesante es también el estudio que dedica a la *sanción administrativa*, al analizar el número 3 del artículo 26 (II, páginas 78 y ss.). Este precepto plantea la cuestión de cuáles son las diferencias entre la sanción penal y la administrativa, que es tanto como plantearse la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo. Tras un examen de las distintas teorías que se han dado para delimitar ambas esferas de ilicitud y sanción, basadas unas en razones cualitativas y otras en razones cuantitativas, llega CASABÓ a la conclusión, que creo acertada, de que no existe diferencia sustancial entre ambas (II, 85).

Mucho más importante en la práctica es el problema de la coexistencia de ambos tipos de sanciones, cuando tienen por base el mismo hecho. CASABÓ considera que, de acuerdo con el principio de *non bis in idem*, no cabe imponer por el mismo hecho una sanción penal y otra administrativa. Contra esta tesis, que considero encomiable, se levanta infranqueable la realidad legal y la práctica administrativa en materia de Orden Público sobre todo. A mi juicio, del artículo 18 de la Ley de Orden Público se desprende claramente que un mismo hecho puede ser objeto a la vez de sanción penal y administrativa (38). Esta disposición no se puede entender como una confirmación del principio *non bis in idem*, sino todo lo contrario. Pero lo más grave no es que el artículo 18 de la LOP contradiga, a mi juicio, la tesis de CASABÓ, lo más grave es que, además, se prevean en la misma LOP sanciones pecuniarias que superan

(37) En este sentido, GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?*, Salamanca, 1971, págs. 102 y sigs.

(38) Dice así el art. 18: "Las autoridades gubernativas podrán sancionar los actos contra el orden público a que esta ley se refiere, cualquiera que sea la forma de comisión, *sin perjuicio de la competencia de los Tribunales o Autoridades de otras jurisdicciones.*"

con mucho a las penales propiamente dichas, imponiéndose sin las garantías judiciales que éstas llevan implícitas y permitiendo, por si esto fuera poco, la privación de libertad del sancionado por un tiempo de hasta tres meses en caso de impago de las multas (39), arresto sustitutorio, contra el que no cabe ni siquiera el remedio de la aplicación de los beneficios de la condena condicional. Es lástima que CASABÓ no es ocupe de este problema, porque, pese a todas las declaraciones de anticonstitucionalidad de estos preceptos que se han hecho (40), ahí está la LOP, aplicándose diariamente y desafiando los intentos de todos los juristas que merecen ese nombre para conseguir un mínimo de seguridad y garantías de los ciudadanos frente a la Administración.

IV. DEL TORO MARZAL hace el comentario a los artículos relativos a la ejecución de la pena y a las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Se puede decir, sin exageración, que a este autor le ha tocado la parte más abandonada científicamente de nuestro Código penal. Instituciones tan importantes y fundamentales como la condena condicional, la libertad condicional, la redención de penas por el trabajo, la prescripción, la rehabilitación, etcétera, son tratadas superficialmente en manuales y tratados nacionales y extranjeros, que se limitan poco más que a transcribir los preceptos legales que regulan esta materia y a algunas anotaciones eruditas.

Y, sin embargo, cuántos problemas y cuántas dudas suscitan diariamente estas instituciones en la práctica judicial. DEL TORO lleva a cabo un acabado estudio, casi monográfico de estos problemas, analizando, con fina penetración dogmática, los preceptos penales, pero teniendo, además, en cuenta la práctica que él, como miembro de la Carrera Fiscal, tan bien demuestra conocer. De

---

(39) El art. 19 de la citada LOP, reformado por Ley de 21 de julio de 1971, faculta a la Autoridad para ello, pudiendo llegar, si se trata del Consejo de Ministros, hasta el millón de pesetas. En el art. 23, también objeto de la citada reforma, se faculta a dichas autoridades para elevar, en casos especialmente graves, dichas cuantías en un 50 por 100. En el artículo 22 se dispone la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de las multas, que puede llevar a la privación de libertad de hasta tres meses.

(40) Cfr. LORENZO MARTÍN RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid, 1973, págs. 206 y sigs, donde se hace una aguda crítica de la práctica jurisprudencial en materia de orden público desde el punto de vista del Derecho administrativo, considerándola incompatible con el art. 19 del Fuero de los Españoles que prescribe que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído. Este mismo autor había puesto ya de relieve la inconstitucionalidad de estos preceptos con motivo de la reforma de 1971 (véase *El recurso de contrafuero y prueba*, en "Cuadernos para el Diálogo, núm. 92, 1971, págs. 15-16). Asimismo, son de interés las consideraciones contenidas en un artículo editorial publicado en dicha revista, mismo número y misma fecha, con el título *Un proyecto que no debe convertirse en Ley*, que abunda en el tema de la anticonstitucionalidad del proyecto que posteriormente se convirtió en ley en sus líneas esenciales.

todos los temas que trata nos vamos a referir, por razones de espacio, sólo a dos: la condena condicional y la rehabilitación.

a) De todas las instituciones penales que, como remedios para reducir las penas cortas privativas de libertad y atenuar el excesivo rigor de los Códigos penales decimonónicos, fueron siendo acogidas en las legislaciones penales desde principios de este siglo, ninguna es tan importante y discutida como la *condena condicional*. Según datos recogidos por DEL TORO, la condena condicional se aplicó en España a 13.011 penados, mientras permanecían en prisión 4.341 (II, 480). Ello da una idea de su importancia, pero también hace sospechar de un cierto "automatismo" o "rutina" de los Tribunales en su aplicación. El artículo 92 concede a los Tribunales plenas facultades para otorgar la condena condicional, cuando se den los requisitos fijados en el artículo 93, de tal modo, que instituye en realidad un acto de gracia del que los Tribunales hacen excesivo uso movidos, según DEL TORO, por su "benignidad" (II, 490). Esto no parece tan grave como DEL TORO cree, sobre todo cuando se trata de delitos cuya punibilidad es dudosa y es, en cierto modo, una puerta de escape para los Jueces no muy convencidos de ella; pero sí creo que es un mal síntoma cuando se adopta tal actitud para aplacar "malas conciencias" o por una cómoda rutina que exime de examinar con detenimiento todos los datos que el Código menciona de edad, antecedentes del reo, naturalza jurídica del hecho punible, circunstancias concurrentes, etc. De todos modos parece necesario un mayor rigor en su concesión.

Un problema interesante relacionado con la condena condicional es el de su extensión a las penas pecunarias. Nuestro Código penal, siguiendo la línea tradicional, la limita a las penas privativas de libertad de hasta un año —o en algunos casos hasta dos— que está impuesta como principal del delito o falta "*o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa*". En principio, parece, pues, que la condena condicional sólo cabe en las penas privativas de libertad. Con ello se da la paradoja señalada por ANTÓN ONECA (41) de que "mientras que el autor de un delito castigado con arresto mayor puede quedar libre de sanción material, el cómplice y encubridor, por incurrir en pena inferior en uno o dos grados, están obligados a pagar una multa". DEL TORO no se ocupa especialmente de este problema; y es lástima, porque la configuración de la ejecución de la pena de multa en el artículo 91, cuyo comentario también hace DEL TORO (II, 470 ss.), permite decir que en nuestro Código, a través de esa vía indirecta de la prisión subsidiaria, cabe la condena condicional en la multa, siempre que se den los demás requisitos exigidos en el artículo 93. Si se tiene en cuenta que, según la doctrina dominante (42), el artículo 91 permite que el reo elija entre

(41) *Derecho penal*, cit., pág. 526.

(42) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte General*, cit., pág. 804 y sig.; DEL TORO, T. II, págs. 471 y sig., que considera que para aplicar el arresto sustitutorio basta la mera insolvencia formal.

pagar la multa o cumplir el arresto sustitutorio, que nunca podrá pasar de seis meses, bastará que elija esto último, para que automáticamente, y si se cumplen los demás requisitos exigidos en el artículo 93, pueda concedérsele el beneficio de la condena condicional. Con lo cual ni paga ni va a la cárcel. Y esto independientemente de la cuantía de la multa, porque en todo caso el arresto sustitutorio no podrá pasar de seis meses, plazo que queda muy por debajo del máximo hasta el que está permitido la condena condicional. Esta solución podrá parecer injusta o absurda, y desde luego lo es; pero creo que, en principio, es la que se desprende del Código penal si se acepta que el pago de la multa es voluntario o que, por lo menos, puede aplicarse el arresto sustitutorio cuando exista una insolvencia formal.

b) Otro de los temas tratados por DEL TORO es la rehabilitación. No hace falta destacar su importancia social y polítocriminal. El certificado de penales es algo con lo que el español tiene que contar alguna vez en su vida, para hacer oposiciones, obtener un empleo, etc. La regulación insuficiente y parca del artículo 118 es criticada, con razón, por DEL TORO. La rehabilitación está limitada, por lo demás, en nuestro Derecho a la mera cancelación de antecedentes penales, quedando plenamente vigentes, como señala DEL TORO, otro tipo de sanciones no penales como la separación definitiva del servicio (II, 708, nota 5). A este respecto debemos añadir, sin embargo, que la situación en algunos casos se ha solucionado con leyes especiales como la de 18 de marzo de 1966, que en su artículo 17 dispone el reingreso en el cuerpo y la rehabilitación de los funcionarios de la Administración de Justicia condenados por delito doloso que hayan cancelado sus antecedentes penales, conforme al artículo 118. La mediatización administrativa en esta materia es, de todos modos, excesiva, pues la que decide sobre la rehabilitación es una Comisión del Ministerio de Justicia, contra cuya decisión ni tan siquiera cabe recurso. Añado estos datos, porque creo que completan las justificadas críticas que DEL TORO hace al artículo 118 y porque ponen de relieve la necesidad de una urgente reforma legal en esta materia.

No estoy de acuerdo, sin embargo, con el DEL TORO en lo que se refiere al cómputo del tiempo para la cancelación de los antecedentes penales de los condenados condicionalmente. Como ya he expuesto en otra ocasión (43), el artículo 118 exigía antes de la reforma de 15 de noviembre de 1971 que en la cancelación de los antecedentes penales de los condenados condicionalmente se computara junto al plazo de rehabilitación el plazo de prueba al que aquellos quedaban sometidos. Con ello se les perjudicaba sensiblemente frente a los que efectivamente cumplían la pena lo que era injusto y absurdo. La reforma de 1971 vino a remediar esta situa-

---

(43) Véase mi artículo *El cómputo del tiempo para la cancelación de antecedentes penales de los condenados condicionalmente*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 1969, núm. 807, págs. 3 y sigs.

ción, equiparando al efecto de la cancelación de los antecedentes penales tanto al que cumple la pena como al que disfruta del beneficio de la condena condicional, al disponer que los plazos de rehabilitación “se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la condena, si ésta se cumplió efectivamente o en que hubiera quedado extinguida, si el condenado obtuvo los beneficios de remisión condicional”.

DEL TORO, basándose en el distinto significado de las palabras “remisión” y “suspensión”, considera que la situación sigue siendo la misma que antes de la reforma (II, 718). Esta opinión, aun reconociendo la indudable confusión terminológica del texto legal, no es convincente, porque, a pesar de ello, el texto transcrito es lo suficientemente explícito como para poder decir que en ambos casos, cumplimiento efectivo de la pena y condena condicional, el plazo de rehabilitación comienza a computarse desde el momento en que la condena ha quedado o hubiera quedado cumplida y, en todo caso, siempre cabe la interpretación favorable al reo. Desgraciadamente, la cancelación de antecedentes penales de los condenados condicionalmente padece, a nivel legislativo, como dice DEL TORO, “de verdadera desdicha”. Recientemente un decreto de 25 de mayo de 1972, sobre tramitación de expedientes de cancelación de antecedentes penales, dispone en su artículo 1.º párrafo 2, que el cómputo del tiempo para la cancelación de antecedentes penales de los condenados condicionalmente *comenzará desde el día siguiente al del otorgamiento de dicho beneficio*, y no desde el momento que dispone el artículo 118. ¿Caben mayor número de contradicciones legales en menos tiempo? Ahora el intérprete se ve ante la insoluble tarea de decidir si se aplica el régimen del artículo 118 anterior a la reforma de 1971, como dice DEL TORO, el posterior a dicha reforma, como creo yo, o el del Decreto de 25 de mayo de 1972. Y mientras tanto el legislador continúa ofreciéndonos, con sus incesantes y a veces innecesarias reformas, parecidos jeroglíficos para divertimento de coleccionistas y desesperación de intérpretes y afectados. ¿Hasta cuándo?

En esta interrogante debemos detener nuestras observaciones. Con lo dicho basta para hacerse una idea de la obra que comentamos. Para formular interrogantes de este tipo hace falta primero conocer el Derecho positivo y para ello nada mejor que una obra como estos Comentarios. Crítica e interpretación de las leyes no están reñidas, sino al contrario, la una supone la otra. Y estos Comentarios ofrecen la mejor base que dispone el penalista español para llevar a cabo una y otra tarea. Esperamos impacientes la continuación que a no dudar alcanzará las mismas cotas científicas logradas en estos dos volúmenes.



# Jurisprudencia penal

## 1974

(Tercera parte)

Por

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN  
Doctor en Derecho

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

### § 1. Artículo 9:5.<sup>a</sup>, **Provocación.**

Esta circunstancia atenuante se fundamenta en la menor culpabilidad con que el sujeto actúa, movido por la presión comunitaria que le impulsa a realizar el acto reactivo de réplica o venganza, **reprobable éticamente**, pero benignamente tratado en el campo penal, al actuar como **móvil** de su acción una lesión al **honor próxima y grave**, generadora de un estado psicológico de excitación.

Esta provocación exógena ha de suponer, incitar, excitar o inducir al sujeto activo por el pasivo, mediante palabras, gestos o actitudes, para que efectúe una cosa, irritándole o estimulándole, para que se enoje y reaccione; provocación que ha de ser "**inmediata**" en su precedencia al delito, produciéndose la reacción acto seguido de su material manifestación; "**adecuada**", o lo que es lo mismo, causalmente bastante para justificar la réplica rápida, por lo que no pueden estimarse como tales las situaciones que no entrañen provocación, ni generen presión social normalmente, que deba conducir el acto de venganza, como sucede con la mera oposición, la protesta, la increpación, la disputa o discusión, la reprensión por amplia que fuera la riña, la reconvencción, o la admonición, y, por fin, "**injusta**", pues el acto de naturaleza lícito jamás puede constituir provocación, al ser exigible la necesaria antijuricidad inicial en el quehacer de la víctima, ya que lo adecuado y permitido por el derecho no ofende nunca. Por lo que si el móvil no es causante de una presión moral y comunitaria, y no puede valorarse legalmente a efecto de adelgazar, atenuando el juicio de reprochabilidad, tal causa del número 5.º del artículo 9, no puede actuar ni estimarse, como sucede, en los supuestos en que, acaecido un accidente de circulación, se recuerda a una de las personas que lo origina la obligación de no omitir el deber de socorro a la víctima, impuesto normativa y penalmente, en el artículo 489 bis del

Código Punitivo, cuando actúe directamente para, huyendo, no cumplirlo, porque entonces la **admonición recordatoria de lo que debe ser su comportamiento ciudadano es perfectamente adecuada, lícita y hasta exigida socialmente**, y, en absoluto, puede estimarse como provocación alguna, al acomodarse a la ley y a las valoraciones culturales y éticas, por lo que toda reacción agresiva, contra dicha ponderada y elogiosa conducta recriminatoria y tendente a evitar un delito, no puede beneficiarse punitivamente (S. 10 octubre 1974).

§ 2. Artículo 9:6.<sup>a</sup>, **Vindicación próxima de ofensa grave.**

La atenuante de vindicación próxima de ofensa grave precisa:

a) Una **ofensa grave** realizada por el sujeto pasivo, debiendo constar las palabras o hechos que constituyen la ofensa, cuya gravedad habrá que valorar de modo casuístico y circunstancial.

b) Que la **venganza** del autor del hecho ante la ofensa grave anterior **sea próxima a ésta**, que abarca la inmediata, un escaso período de tiempo y dilación breve entre una y otra; y que, aunque con menos circunstancialidad, ha de valorarse tanto por el tiempo transcurrido en sí como la calidad de la ofensa, la persistencia en ellas y los signos para hacerla revivir (S. 15 diciembre 1971), debiendo destacarse, por fin, que, según doctrina de esta Sala, **no ocurre** la circunstancia, **cuando la ofensa parte de un embriagado o cuando se dé la situación de riña mutuamente aceptada** (SS. 26 enero 1950, 14 diciembre 1972 y 22 octubre 1974).

§ 3. Artículo 9:9.<sup>a</sup>, **Arrepentimiento espontáneo.**

La circunstancia de arrepentimiento espontáneo necesita para su estimación, según una constante dirección jurisprudencial, que en autos se hallen demostrados los dos elementos estructurales de la misma: **uno genérico y subjetivo**, consistente en que el culpable hubiera procedido por impulsos de arrepentimiento espontáneo, es decir, por autónoma decisión surgida o proveniente de su conciencia ético-moral a deshacer o remediar lo ilegalmente realizado, sin obedecer a presiones o condicionamientos externos que eliminarían la espontaneidad exigida en el precepto citado, y **otro elemento consistente en un comportamiento objetivo realizado por el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento**, que es la traducción o exteriorización de aquel sentimiento a través de cualquiera de las conductas específicamente consignadas en el artículo citado y que son: 1) **Reparar o disminuir los efectos del delito.** 2) **Dar satisfacción al ofendido.** 3) **Confesar a las autoridades el hecho delictivo realizado** (S. 26 diciembre 1974).

§ 4. Artículo 10:6.<sup>o</sup>, **Premeditación.**

La premeditación, circunstancia agravante genérica de la responsabilidad, no es definida por el Código Penal, limitándose a configurarla en la 6.<sup>a</sup> de las enumeradas en su artículo 10 por el **“obrar con premeditación conocida”**, cuyo contenido, al referirse a un estado anímico del culpable, es de difícil

aprehensión, por su propia naturaleza y génesis interna, dando lugar a diversos criterios de apreciación, tanto en la doctrina científica como jurisprudencial. Por tanto, esencialmente requiere:

a) **Una deliberación detenida** encaminada a la comisión de un hecho punible doloso, que presupone una mayor reflexión en el proceso psicológico que conduce a la ejecución de aquél.

b) **Una decisión persistente** que mantenga el propósito de perpetrar el delito ideado, es decir, una determinación que se sobrepone a otros motivos antagonistas o a otras consideraciones dubitativas que operen en sentido de frustración o demorar indefinidamente la acción pensada reflexivamente. . .

c) Que medie un **espacio de tiempo** suficiente entre la decisión delictiva tomada y su ejecución, sin que resulte esencial que sea más o menos prolongado el lapso de tiempo que haya de transcurrir, sino el necesario para permitir que la reconsideración pueda prevalecer sobre el preconcebido delito, como afirman las SS. 23 marzo 1943, 18 mayo 1955 y 25 febrero 1957.

d) Que sea **conocida**, requisito equivalente a que se acredite o exteriorice el propósito de llevar a efecto un determinado delito mediante signos reveladores de la decisión tomada, sin deducirla de presunciones o sospechas más o menos vehementes y sin fluctuaciones que pongan en duda la perseverancia en el proyecto punible (S. 21 diciembre 1974).

§ 5. Artículo 52, **Delito imposible**. (En relación con falsedad en documento privado.)

El **delito imposible** que, sin definir, acoge el artículo 52 párrafo segundo del Código Penal, con su norma extensiva, otorgando la propia penalidad de la tentativa a situaciones jurídicas distintas, porque ésta requiere idoneidad en los actos ejecutados y existencia del objeto del delito, que en aquel falta, exige para poder apreciarse: que **el sujeto activo desee ejecutar un acto delictivo típico, y que con su comportamiento y acción tienda a alcanzar la finalidad antijurídica a que se dirige, sin que la logre conseguir, por haber utilizado medios inidóneos por su misma condición intrínseca, o bien porque faltare íntegramente el objeto del delito que debía de ser vulnerado; siendo la causa o razón de la imperfección de la infracción criminal la imposibilidad absoluta de que se comete, desde el instante de la resolución ilícita, o con anterioridad a efectuar los actos ejecutivos. Debe, por tanto, no existir posibilidad alguna de ejecución, pues, de haberla, surgiría la idoneidad para su generación, aunque fuese relativamente, y quedaría el supuesto al margen del delito imposible: todo lo cual habrá de valorarse judicialmente, a medio de un juicio "ex ante" y no "ex post", para determinar la posibilidad o imposibilidad de la acción, de acuerdo con un criterio axiológico circunstancial y relativo, y a las normas de conocimiento y experiencia humana, científica, técnica o vulgar (S. 11 octubre 1974).**

Cfr. § 10. **Aborto imposible**. S. 14 diciembre 1974.

§ 6. Artículo 240, párrafo 1.º, **Desacato injurioso (en relación con el artículo 457)**.

El delito de desacato, la **"injuria atrox"** en el Derecho romano, llamado **"outrage"** en el Derecho francés y **"outraggio"** en el italiano, presenta en España diversas modalidades: unas relacionadas con el **rango del sujeto pasivo** (artículos 240, 244 y 245 del Código Penal); otras con la existencia de **vínculos jerárquicos de subordinación entre éste y el sujeto activo** (artículos 240, párrafo tercero, y 241); otras con la **presencia o ausencia física del ofendido y con el hecho de que el escrito ultrajante o amenazador les sea o no directamente dirigido** (artículo 240 y 244), y, finalmente, otras caracterizadas por el **medio ofensivo** que puede ser el **insulto o la injuria, la calumnia o la amenaza**, por escrito, de hecho, o de palabra, sean graves o no lo sean (artículos 240, 241, 244 y 245).

Junto a los **caracteres comunes** de este delito (autoridad, agente de la misma o funcionario público, que se hallen en el ejercicio de sus funciones, o con ocasión de las mismas y dolo específico de ofender al principio de autoridad y a las personas que lo encarnan y representan), en el **desacato injurioso** es preciso además:

a) que el culpable tenga **la conciencia de que el ofendido es una autoridad o funcionario y se halla en el ejercicio de sus funciones;**

b) **"animus injuriandi"** o propósito de ofender, pero no del modo genérico propio de cualquiera de los delitos incluidos en el grupo antes descrito (capítulos VI y VIII), sino consistente en la intención específica de zaherir, vejar, deshonar, vilipendiar o menospreciar al ser físico y moral que encarna en ese momento a la autoridad (S. 14 diciembre 1974).

### § 7. Artículo 306, **Falsedad en documento privado.**

Según doctrina jurisprudencial reiterada, para la existencia del delito de falsedad del artículo 306 del Código punitivo, es menester que concurren los requisitos siguientes:

1.º Que se falte a la **verdad** de algunas de las formas señaladas por el artículo 302.

2.º Que con tal simulación se **origine perjuicio a alguna persona o que tenga el agente el propósito de causarlo.**

Es **documento privado**, a efectos penales, **"aquel en el que, sin intervención de funcionario público que le autorice, se declare un derecho o una obligación que puedan dañar a un tercero"** (S. 8 octubre 1974).

El delito de **falsedad en documento privado**, que tipifica el artículo 306 del Código Penal, está constituido por un **requisito objetivo**: la **mutación de la verdad**, generalmente realizada de forma material, en un documento de tal carácter, aunque en principio sean admisibles cualquiera de las maneras establecidas en el artículo 302, al que expresamente se remite, como norma en blanco. Y, además, por un **presupuesto subjetivo y finalístico**: de **querer el agente, con tan artificioso proceder, causar un perjuicio a otra persona, que efectivamente realiza**, o meramente ostenta el ánimo de causárselo, sin lograr su efectividad. Lo que exige es que al **dolo genérico de dañar** se una el **dolo específico consistente en el propósito de perjudicar** o **"animus laedendi"** **"in alterius prejudicium"**; por lo que a tal norma **le resulta indiferente que se logre el deseo, o que meramente se pretende conseguir animi-**

camente por el sujeto activo, que lo posea, al hacer y concluir la falsificación de tener eficacia potencial para alcanzarlo.

El artículo 306 del Código Penal, al criminalizar la falsedad en documento privado, exige, según se viene interpretando dogmáticamente, la concurrencia de un **doble requisito acumulado: real u objetivo**, determinado por la **"mutatio veritatis"**, alterando su genuidad, por lo común en forma material, y de manera sustancial o esencial, para dificultar o trastocar el tráfico-jurídico, actuando de alguna de las formas o **"modus operandi"** del artículo 306, a que reenvíe expresamente aquella norma en blanco, y **subjetivo y finalístico al desear el agente falsario con su mal proceder, constitutivo de "imitatio veris", perjudicar a tercero, consiguiéndolo, o meramente tener o albergar el ánimo de causarle daño (elemento subjetivo del injusto).**

La **"ratio essendi"** de la falsedad en documento privado, que hace sobrepasar la común falsedad meramente civil, a valorar en el ámbito privado, se encuentra en el **factor causal sustancial y principal del perjuicio a tercero, o del ánimo de causarlo**, que, a diferencia de lo que ocurre con la falsedad en los documentos públicos, en que no es exigido, por ser suficiente el mero riesgo, requiere el **"alterius prejudicium"**, a medio de un **doble dolo: el genérico de alterar la verdad, y el específico y determinado de dañar, o encaminado a perjudicar a tercero**, y lograrse o no el intento y finalidad perseguida material o idealmente, pues el resultado naturalístico, aunque pueda producirse, no es esencial, porque se trata de un delito de resultado cierto o posible, aunque exceda al de mero peligro, peculiar de la falsedad documental pública.

Este **elemento subjetivo del injusto de la falsedad en documento privado**, referido textualmente al **"dolus damnosus"** y no al **"lucri faciendi"**, aunque ésta pueda concurrir, viene siendo interpretado muy ampliamente por la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup>, al estimar **la consumación, aunque se frustre el lucro deseado, si alberga el agente intención de originar daño**, y al referir éste a cualquier **daño patrimonial**, o al que quede fuera de él y tenga **mera condición moral**, así como a todos los demás, cualquiera que sea su condición, aunque no sean material o crematísticamente ponderables ni siquiera pericialmente con tal que puedan existir en realidad, y supongan un interés jurídico o socialmente protegible o tutelable, en el orden de los valores humanos, a los que se lesionó o anímicamente se quiso dañar, con **abstracción del resultado conseguido; pues la idea del perjuicio logrado o intentado es lo que da existencia a este delito, que, de faltar, haría atípica la conducta**, al no ser posible interpretaciones extensivas o **"in malam partem"** contra el reo (S. 24 diciembre 1974).

### Consumación.

La consumación de esta clase de delito de falsedad, por tratarse de una **infracción de mera actividad**, que no requiere resultado posterior a la mutación de la verdad misma, se realiza, al elaborarlo, de alguna de las formas expresadas en el artículo 302, poseyendo el agente el **deseo de alcanzar su propósito lesivo, y con independencia del uso posterior dañoso**, que única-

mente llevaría el delito a la **irrelevante fase del agotamiento**, logrando los deseos subjetivos de aquél, pues **tal perjuicio finalista alcanzado no figura como único real en el tipo del artículo 306**, por hacerse en él equivalente, el **perjuicio real y el ánimo de causarlo a tercero**; lo que determina ya la **consumación delictiva**, siendo esta doctrina muy reiterada, admitida, entre otras, en SS. 5 octubre 1929, 23 abril 1954, 24 marzo 1960, 27 junio 1961, 4 junio 1963, 3 abril 1964 y 9 noviembre 1971. De ahí que las formas imperfectas de ejecución son de muy difícil, sino de imposible aceptación, en los casos en que el documento privado se halle redactado totalmente con propósito perjudicial (S. 11 octubre 1974).

#### § 8. Artículo 321, párrafo 1.º, **Usurpación de funciones.**

Casa el T. S. la sentencia absolutoria del Tribunal "a quo" y condena por este delito, al estimar que se dan los requisitos esenciales del mismo:

1) El ejercicio de **actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido** por disposición legal.

2) Que **tales actos se realicen de una manera habitual, externa y persistente**, tal como viene requiriendo la Sala 2.ª del T. S. para la apreciación de tal delito, siendo así que las absoluciones recaídas en conductas de esta índole fueron debidas a falta de asidua persistencia, calificable de profesionalidad o a ausencia de dolo (S. 19 diciembre 1974).

#### § 9. Artículo 407, **Homicidio.**

##### **Diferencia entre homicidio frustrado y lesiones.**

El problema de la diferenciación entre el homicidio frustrado y el delito de lesiones encuentra solución, a través de reiterada doctrina jurisprudencial que forma cuerpo de doctrina uniforme y constante y que puede sintetizarse en los siguientes puntos fundamentales:

1.º **Tienen de común** una acción agresiva, y un resultado que, sin ser mortal, afecta a la integridad física del sujeto pasivo.

2.º Tienen como **diferencia esencial** el ánimo, intencionalidad o dolo del sujeto activo que mientras en el primer delito es con la finalidad de matar —**necandi**—, en el segundo sólo es la de herir o lesionar, **laedendi**.

3.º **La intención** queda reservada en el fuero de la intimidad del sujeto que normalmente, aunque tuviera el dolo más grave, suele, por motivos naturales y explicables, ocultarla por razones espontáneas y muy humanas de defensa.

4.º Por esta causa, los Tribunales, valorando con ponderación y objetividad **los actos exteriores**, han de deducir aquella intención para encajar los hechos en uno u otro de los delitos reseñados.

5.º Estos **actos externos** que han de valorarse **son de toda clase**, los antecedentes, concomitantes y subsiguientes, relaciones entre los intervinientes en el suceso, palabras vertidas, actitudes mostradas, armas empleadas, regiones del cuerpo vulneradas, insistencia y pertinencia del ataque, importancia de

las heridas sufridas, y cuantos otros factores proporcionen los hechos y su desarrollo, para llegar por juicios lógicos, con bases ciertas a catalogar la intencionalidad de los culpables (SS. 13 octubre y 20 diciembre 1972, 12 junio 1973 y 29 enero, 27 marzo, 2 abril y 22 octubre 1974, entre otras).

§ 10. Artículo 411, párrafo último, **Aborto imposible**. (En relación con el artículo 52, párrafo 2.º).

Los tipos penales descritos en la llamada "parte especial" (Libros II y III del Código Penal) se hallan referidos, por regla general, al delito consumado y al autor **stricto sensu**, es decir, al delito totalmente ejecutado y al sujeto activo que realiza plenamente el tipo, salvo excepciones que, por ello, se consignan expresamente en la descripción típica. De suerte que tanto los artículos 3.º y 4.º, como sus correspondientes 51 y 52 en lo que se refiere a la sanción del **iter criminis** incompleto, como los artículos 14 a 17, con sus correlativos 53 y 54 del mismo Código en cuanto al grado de participación han de considerarse como **causa de extensión** de la pena prevista para cada uno de los delitos en especie, es decir, que de no existir en la "Parte General" (Libro I del Código) tales causas de extensión de la punibilidad, los grados de ejecución, como los de participación en el delito, quedarían impunes por atípicos; doctrina aplicable por entero a la llamada **tentativa inidónea o delito imposible** que, por estar ubicada con carácter general en el párrafo segundo del artículo 52, debe ser aplicable a cualesquiera especie delictiva que admita fraccionamiento en su ejecución, sin que sea óbice que, en casos, como en el artículo 411, párrafo último, del Código Penal se castigue de modo especial el delito imposible —aquel del que resulta la muerte de la mujer no encinta o se le causen lesiones graves—, pues se trata de un **sujeto directamente castigado por la Ley**, según acontece en otros casos de **tentativa ordinaria o idónea**, igualmente destacado en la parte especial (**ad exemplum**, artículo 391); como tampoco debe ser obstáculo a esta consideración general del delito imposible el hecho de que carezca de una estricta definición que sirva de antecedente a su tractación penológica en el artículo 52 —a diferencia de lo que ocurre con los demás grados de ejecución—; tanto más que dicho precepto, en su párrafo segundo, ya recoge de algún modo la noción legal de que se trata al destacar las dos principales especies de la misma: **imposibilidad de ejecución (tentativa inidónea referida a los medios comisivos) o de producción del delito (imposibilidad referida al objeto o al sujeto pasivo del delito)**.

De esta doctrina se infiere, finalmente, que, al igual que los demás grados ejecutivos, la **tentativa imposible** —precisamente por aquel ámbito general que le asigna la Ley— admite **grados de participación** y **sirve para fundamentar la reincidencia** (o reiteración) **en posteriores delitos** (SS. 12 noviembre 1960) en cuanto representa un título de incriminación propio y autónomo, de modo que lo único que repele —como toda tentativa— es la aplicación a la misma de nuevos grados de ejecución por ser, ya en sí mismo, uno de tales grados (SS. 22 abril 1953 y 14 diciembre 1974).

Por consiguiente, según doctrina reiterada de la Sala 2.ª del T. S. (SS. 30 diciembre 1955, 30 septiembre 1965, 22 marzo 1966, 17 junio 1969, entre

otras), la **previsión del párrafo último del artículo 411 del Código Penal no es incompatible para el caso de que no se produzca la muerte o lesiones graves de la mujer, pues fuera de estos supuestos, castigados con penalidad más severa que si se atendiera a las normas generales, se debe dar entrada al párrafo segundo del artículo 52**, precisamente por el alcance general que tiene el mismo caso que de manera implícita se hace en la sentencia recurrida, si bien debió ser más terminante al respecto (S. 14 diciembre 1974).

§ 11. Artículo 430, **Abusos deshonestos (violentos)**.

El delito de abusos deshonestos previsto en el artículo 430 del C. p., según SS. del T. S. de 31 enero, 30 marzo, 16 y 18 abril y 11 junio 1974, es una infracción punible que se caracteriza por la concurrencia inexcusable de los siguientes requisitos:

- 1.º **En cuanto al sujeto activo, puede éste ser hombre o mujer.**
- 2.º **En lo que respecta al sujeto pasivo, a diferencia de la violación, puede también ser varón o hembra.**
- 3.º **Ausencia de ánimo o propósito de yacer.**
- 4.º **Realización de actos obscenos o indecorosos, generalmente tocamientos impúdicos, pero pudiendo revestir variedad de formas y de matices.**
- 5.º **Intención o propósito libidinoso, lascivo, lujurioso o lúbrico.**
- 6.º **Que el hecho se perpetre contra o sin la voluntad del ofendido, es decir, que concurra en el caso cualquiera de las hipótesis formuladas por el legislador en el artículo 429, esto es, empiezo de fuerza o de intimidación, que el sujeto pasivo se halle privado de razón o de sentido por cualquier causa o que sea menor de doce años (S. 25 septiembre 1974).**

§ 12. Artículo 431, **Escándalo público**.

Condena el T. S. por escándalo público en un supuesto de exhibicionismo sexual ante una mujer de cuarenta y cuatro años de edad, casada, en base a las siguientes consideraciones:

En el artículo 431 del Código Penal, regulador del delito de escándalo público, se expresa que el mismo se integra **ofendiendo el pudor y las buenas costumbres, de cualquier modo con hechos de grave escándalo o trascendencia**. Se observa, pues, que el tipo es de un rico contenido y de una **amplitud prácticamente ilimitada**, abarcando las **acciones, palabras, escritos, imágenes y cualquier otro medio de difusión** en que se manifiesta la conducta de las personas.

La **ofensa al pudor** va enfocada fundamentalmente a persona concreta y determinada.

La **ofensa a las buenas costumbres** ofende la moral sexual de la colectividad.

El **grave escándalo** contempla a esta colectividad ofendida por la acción del sujeto.

La **trascendencia** contempla al sujeto pasivo del delito cuya moral personal se ofende.

No es preciso, aclara la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup>, que los hechos tengan lugar ante gran número de personas —escándalo simultáneo al hecho—, sino que basta que tal escándalo se produzca con su conocimiento posterior, por terceros, cuyos sentimientos de honestidad queden lesionados por la noticia cierta y verdadera del hecho escandaloso, cuya naturaleza repugante ha de ser la esencia del acontecer delictivo.

En tal sentido, el exhibicionismo intencional de partes sexuales del cuerpo humano, imponiéndolo a la visión ajena y avasallando el recato natural de personas normales, que ni lo desean ni lo permiten, integra egneralmente el delito de escándalo público, cuando se dirige a persona determinada, a quien se le escandaliza; o cuando su conocimiento posterior escandaliza al círculo social en que los hechos han acaecido (SS. 27 junio 1972, 11 mayo y 7 noviembre 1973 y 3 octubre 1974).

En el delito de escándalo público, se protege la moral individual de personas concretas y determinadas y la moral colectiva o de la sociedad, contra toda clase de ataques que agraven u ofendan, de cualquier manera, la honestidad de unas y otras, rompiendo aquellas normas éticas de elemental convivencia exigidas entre personas de mínima civilización y cultura, porque inciden en la moral personal o colectiva, produciendo impacto en lo más notable y digno de la persona, cual es su esfera moral. Por ello, el delito se integra por el ataque al pudor o las buenas costumbres, es decir, una ofensa por medio de actos impúdicos que el autor del delito produce contra los sentimientos de recato, honestidad, vergüenza y morigeración de los demás. El hecho ha de ser de grave trascendencia para la moral personal de los que lo sufren presenciándolos; o de escándalo en un grupo concreto y determinado de personas en cuya esfera son conocidos y repercuten con influencia y magnitud en cuanto se extienden. La expresión legal del artículo 431 “de cualquier modo” abarca todos los medios que reúnan los requisitos antes expuestos (SS. 5 marzo 1974, 11 mayo 1973, 2 diciembre 1970, 22 enero 1974, 10 octubre 1974).

### § 13. Artículo 441, Rapto impropio.

Según doctrina constante y reiterada de la Sala 2.<sup>a</sup> del T. S., los elementos integrantes de este delito son los siguientes:

1.º Una sustracción de mujer de la casa de sus padres, tutores o guardadores de hecho de la misma; lo que supone un alejamiento de apreciable duración de la esfera u hogar natural en que de derecho o de hecho vive habitualmente, al que la Ley une de forma auténtica a la protección de la persona, tanto en el orden físico, como en el orden moral, como su seguridad de orden sexual al estar integrada en una esfera de seguridad personal que, por Derecho natural o por Ley, cuidan de manera ordinaria de su persona.

2.º Un elemento objetivo, que es la edad de la mujer, la cual ha de ser mayor de dieciseis años y menor de veintitrés años, con las modalidades agravadas que el Código señala a continuación: cuando interviene engaño o la mujer sea mayor de doce y menor de dieciséis años.

3.º Voluntad delictiva que no es otra que la conciencia, por parte del

autor, conocimiento y voluntad de apartar a la menor de la esfera de su protección personal y conocimiento de la edad, el cual se presume, al amparo de la presunción general del artículo 1.º del Código Penal, salvo prueba en contrario, que corresponde a quien alegue tal desconocimiento.

4.º **Anuencia de la menor o consentimiento de la misma**, al que la Ley penal no da validez para exonerar de responsabilidad al autor, ya que se la considera legalmente incapaz de consentir su apartamiento del hogar en que vive tutelada.

No es preciso, según el Código, probar el acceso carnal, finalidad subyacente de manera general en estos delitos, porque el principio fundamental que se tutela a través del precepto es el prestigio familiar, el honor doméstico, la autoridad familiar; aunque salgan malparados otros bienes protegidos, como la libertad de la mujer y su honestidad (S. 4 octubre 1974).

#### § 14. Artículo 452 bis, b), Delitos relativos a la prostitución.

Por regla general, los tipos incluidos por la reforma penal de 1963, en los artículos 452 bis, permiten exclusivamente su comisión como sujetos activos a terceristas, intermediarios o proxenetas, dejando al margen de su reproche general sancionador, al prostituido, o corrompido y a las personas que tuvieren trato carnal íntimo o impúdico con ellos. En cambio, representa una evidente excepción a dicha regla general el delito del artículo 452 bis b) número 1.º del Código Penal, pues, al suprimirse en su texto la exigencia de habitualidad, que antes imponía el artículo 438 número 1.º del mismo cuerpo punitivo del año 1944, y que generalmente representaba una asidua dedicación en la mediación dentro del tráfico, al presente, cada persona, con dicha dedicación o sin ella, queda encajada en tal tipo, y por tanto, el propio corruptor que trata de satisfacer o satisface sus propios deseos sexuales, pues se encuentra comprendido en el verbo "promover" del tipo, que léxicamente significa, incitar, iniciar o procurar el logro de alguna cosa; y el que deseando agotar su lujuria, inicia al menor en el vicio, o practica con él actividad corruptora, encaja su mal quehacer, por consiguiente, en esta norma que abarca en consecuencia tanto las actividades en provecho propio como para beneficiar a tercero, cuya satisfacción sexual se busca. En tal sentido se ha pronunciado la Sala 2.ª en sentencias 26 mayo 1956, 1.º marzo 1968, 5 marzo, 15 abril, 6 junio y 20 noviembre 1971, 18 enero y 18 octubre 1974.

**Possibilidad de concurso con el artículo 431, párrafo 1.º; no con el párrafo 2.º.**

El delito de escándalo público previsto en el artículo 431, párrafo 2.º —de trascendencia privada para la moral del ofendido menor de veintidós años de edad— no puede quedar subsumido, a diferencia del escándalo con trascendencia pública, en el delito tipificado por el artículo 452 bis b): 1.º, porque éste requiere la corrupción impúdica del sujeto pasivo, abarcando el impacto producido en la honestidad y en las buenas costumbres (S. 18 octubre 1974).

§ 15. Artículo 452 bis d), **Delitos relativos a la prostitución.**

El número primero, en sus dos párrafos, del artículo 452 bis del Código penal, que define **una de las conductas de tercería localista en la prostitución o corrupción ajenas**, es susceptible de una clasificación cuatripartita en orden a los sujetos activos de la misma, pues a los diferentes agentes nominados en el texto se les puede agrupar en las siguientes clases:

1.º **dueños**, dentro de cuya denominación cabe no sólo la titularidad dominical del local de que se trate, sino también la arrendaticia (11 febrero y 4 junio 1966) y cualquiera otra que suponga la detentación y explotación del inmueble en nombre y por cuenta propias;

2.º **gerentes, administradores o encargados**, dentro de cuyos vocablos puede encuadrarse a todo aquel que explota y regenta o dirige el local por cuenta y en nombre ajenos, pero asumiendo tareas de organización, de dirección o administración, con autoridad y mando internos;

3.º **financiadores**, es decir, personas que no a cara descubierta o de modo ostensible, sino permaneciendo en la penumbra o en segundo término, invierten cantidades en el ilícito, pero productivo negocio o contribuyen a los gastos de instalación del mismo o a los de organización y mantenimiento, y

4.º **sirvientes** o sujetos que, conscientes del tráfico inmoral que se desarrolla en el local, realizan en el mismo tareas necesarias para su funcionamiento, pero de mero carácter auxiliar, secundario o subalterno, sin intervenir en la dirección o administración del mismo y bajo las órdenes y dependencia del propietario, gerente o administrador. (S. 17 octubre 1974).

§ 16. Artículo 487, **Abandono de familia.**

El párrafo 1.º del artículo 487 del Código Penal tipifica el delito de abandono de familia por parte del que **dejara de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela, o el matrimonio**. Esta amplitud supone un “precepto en blanco”, cuya savia nutricia se encuentra remisoriamente en **normas constituyentes** —Fuero de los Españoles— y **constituidas** —Código Civil—, en cuanto regular los deberes familiares entre los cónyuges y respecto a los hijos, de convivencia, asistencia, alimentarios, educación, protección y representación; deberes, cuya omisión se sanciona penalmente: por el “**abandono malicioso del domicilio familiar, y cuando el incumplimiento de los deberes legales de asistencia tuviera por causas, con o sin abandono del domicilio familiar, la conducta desordenada del prófugo**”. Esta responsabilidad penal contraída punitivamente se agrava cuando el culpable deja, además, de prestar la asistencia económica indispensable para el sustento de sus descendientes menores o incapaces para el trabajo o de sus ascendientes o cónyuges necesitados, con la exclusión en cuanto a este último, de estar separados por culpa del mismo.

Respecto a qué debe entenderse por “**abandono malicioso del hogar familiar**”, a efectos de constituir o no el delito que se incrimina, y a determinar después, si en esta ocasión, según pautas legales, doctrinales y jurisprudenciales, el abandono del hogar familiar fue o no malicioso, con indudable acierto en la doctrina y en las tesis jurisprudenciales **se ha excluido la delic-**

tuosidad del abandono del hogar cuando esté, subjetiva y objetivamente, justificado, y no exteriorice por sí solo un dólso propósito de incumplir estos deberes familiares primordiales y de esencia respecto a los hijos, padres y cónyuge; pero esto no quiere decir que el abandono del hogar no sea en principio delictivo, si no se expresa con hechos traducibles a Derecho que no fue malicioso; pues como el acto es en sí injusto y consecuentemente antijurídico "per se", su simple realización implica malicia, y así cuando manifiestamente se rompe la convivencia y se incumple abiertamente, los deberes conyugales y paterno-filiales, al delito tipificado en este artículo 487 le es de entera aplicación la presunción de voluntariedad y malicia establecida en el párrafo 2.º del art. 1.º del Código Penal y en la "presunción iuris tantum" que establece, de la que la referencia "si abandonare maliciosamente" que se contiene en el artículo 487-1.º es una mera redundancia de la tesis y presunción legal genérica.

De lo dicho se infiere una nota de "negatividad" con entorno de la malicia del abandono que, por el objetivo incumplimiento de los deberes de convivencia y asistenciales se presume ilícito mientras en forma no se justifique y legitime en auténtica inversión de la carga de la prueba la "licitud" del abandono y del incumplimiento de los tan aludidos deberes (S. 5 octubre 1974).

#### § 17. Artículo 489 bis, **Omisión de socorro.**

El delito de omisión de auxilio, en su modalidad relacionada con el tránsito viario, aparece por vez primera en la legislación española en el artículo 5 de la Ley de 9 de mayo de 1950, que castigó con la pena de prisión menor y multa de 1.000 a 100.000 pesetas al conductor de un vehículo de motor que no auxiliase a la víctima por él causada, habiéndose con ello colmado un anhelo popular y social que reprochaba vivamente, y reputaba digna de castigo la conducta de quienes, habiendo atropellado a otro o causado en choque lesiones, no se detienen en el acto para prestarles auxilio propio o demandar con urgencia el ajeno. La "ratio essendi" de la criminalización de tales conductas estriba no tanto en la falta de caridad, de humanidad y de solidaridad demostrada por el conductor que no socorre a la víctima o víctimas por él causadas, como en el afán evidenciado por el que huye o se fuga de no responsabilizarse de sus actos, de evitar la identificación del vehículo y la de su piloto y de lograr con ello la impunidad. La Ley 122/1962, de 24 de diciembre del mismo año, en su artículo 7 y bajo el epígrafe "**Omisión de socorro**", sanciona con arresto mayor y multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas al conductor de un vehículo de motor que, pudiendo hacerlo, no socorriere a las víctimas causadas con ocasión de la circulación, pero si se trata de víctima causada por el conductor, la pena asciende a prisión menor y privación del permiso de conducir de dos a diez años.

Empero, paralelamente a esta evolución dedicada exclusivamente a omisiones de auxilio relacionadas con el tránsito viario, se operó otra reforma en el propio Código Penal, pues en este cuerpo legal, desde por lo menos la versión de 1870, sólo el número 7 del artículo 563 castigaba como falta a quienes no socorrieran o auxiliaran a una persona que encontrasen en despojado, herida o en peligro de perecer; lo que llevó a ciertos sectores doc-

triazies a estimar que ante la levedad de la punición, si la persona no socorrida fallecía, podía subsumirse la conducta de quien se abstuvo de auxiliarle en el artículo 407, como un delito de homicidio perpetrado por comisión por omisión; mientras que otros repudiaban y rechazaban esta solución por entender que entrañaba una interpretación extensiva proscrita en el Derecho penal. Esta situación de contradictorias e insuficientes soluciones subsistió hasta que la Ley de 17 de julio de 1951 derogó el número 7 del artículo 583 antes citado e introdujo, en el artículo 489 bis, capítulo IV del título XII del libro II del Código Penal, la figura o figuras de omisión del deber de socorro que, aunque guardaban cierta semejanza con la del artículo 5 de la Ley de 9 de mayo de 1950 y con las del artículo 7 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, se distinguían de ellas, entre otras razones, por su carácter genérico y porque el sujeto activo, el omitente, podía ser cualquiera que fuera imputable, mientras que en las Leyes especiales citadas había de serlo el conductor causante del accidente, atropello o choque, o, al menos, persona inmersa o implicada en el tránsito o en la circulación. Dictada la Ley de 8 de abril de 1967, el legislador quiso poner fin a la autonomía y especialidad de los delitos de circulación, y en lugar de mantenerlos agrupados y cohesionados en un título o al menos capítulo del Código Penal, al que eran acreedores por razones obvias, los diseminó o esparció a lo largo de su texto, v. gr., en los artículos 279 bis, 334, párrafo segundo, 340 bis a), 340 bis b), 340 bis c) y 489 bis "in fine", pasando así la figura de omisión de socorro en la circulación a integrar este citado último párrafo en el que se dice "si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor".

Con la pérdida de la autonomía e independencia y la integración de la figura en el artículo 489 bis, surgió inmediatamente el problema de si, y dadas su progenie y fundamentación distintas, conveaba sus particulares perfiles y su propia fisonomía, lo que, en caso de duda, podían concretarse con sus antecedentes legislativos, o si, por el contrario, su inclusión en el Código Penal había puesto fin a su efímera soberanía y, de ese modo, pasaba a ser un subtipo o tipo secundario, una figura agravada de modo específico, respecto al tipo primario descrito en los dos primeros párrafos del artículo 489 bis.

La controversia no era ni es ociosa o vana, pues, de tomarse férreamente y de manera inflexible el prohijamiento o dependencia del tercer párrafo respecto a los demás, podría quedar aquel sin contenido válido y sin posibilidad práctica de aplicación toda vez que, en el interior de las poblaciones y hasta en la mayoría de las carreteras, difícilmente las víctimas de la circulación quedarán "desamparadas", pues siempre habrá viandantes o automovilistas distintos al causante del accidente que puedan auxiliarlas. A este efecto, en cumplimiento de su deber, el T. S., en sentencias de 17 diciembre 1971 y 2 noviembre 1972, entre otras, sostuvo que el párrafo tercero no es o constituye una tipología independiente, por lo que han de concurrir también los requisitos de los párrafos primero y segundo. Sin embargo, consciente el Tribunal Supremo de que la similitud no es identidad absoluta, las sentencias dichas y las de 26 diciembre 1969, 10 marzo, 22 abril, 30 mayo, 6 y 16

diciembre 1970, 21 mayo 1971, 19 noviembre del mismo año y 18 junio 1974, de modo explícito y directo estas últimas y de modo indirecto las demás, reconocen que dicha similitud no es total; que, de serlo, podía resultar inaplicable el párrafo tercero, y que, en éste, además del quebrantamiento de los deberes de solidaridad humana impuestos por la caridad cristiana y por el hecho de vivir los hombres en sociedad y hallarse necesitados de mutuo auxilio, lo que al fin y al cabo es común a todas las figuras hermanas en el artículo 489 bis, se constata el deseo reprobable del agente de sustraerse a la acción de la Justicia y de rehuir su responsabilidad impidiendo con su fuga la identificación del vehículo y la de su conductor, hallándose en su mente más impresa esa idea que la de obrar insolidariamente omitiendo el auxilio; es decir, que no socorre porque sea hombre protervo, egoísta, despreocupado y nada caritativo, sino porque teme responsabilizarse de las consecuencias penales y civiles de sus actos.

Consecuentemente con esta doctrina, el Tribunal Supremo comienza por exigir, para la concurrencia del delito, los siguientes requisitos:

1.º **Persona desamparada**, esto es, que el sujeto pasivo no pueda auxiliarse por sí mismo.

2.º **Que se encuentre en situación de peligro manifiesto y grave**, es decir, que la persona en cuestión se halle no en estado de riesgo leve o simplemente incómodo, sino afrontándolo y sufriendolo de modo trascendente e importante, perceptible y ostensible, además, para cualquier observador medianamente inteligente y perspicaz.

3.º **Conciencia en el agente de la necesidad del auxilio**, lo que equivale: a que el sujeto activo se haya percatado o podido percatar del desamparo del sujeto pasivo y de que se encuentra en grave apuro.

4.º **Que el socorro pueda prestarse sin riesgo propio o ajeno.**

5.º **Que la víctima lo hubiere sido por accidente, siniestro, choque o atropello ocasionado por el omitente.**

Pero al llegar al punto vidrioso del "desamparo", el Alto Tribunal realizó y tiene que realizar una interpretación no ya extensiva, sino racional y finalista, atendiendo los intereses que se trata de tutelar, declarando que una persona herida o lesionada está desamparada mientras no recibe auxilio sanitario o facultativo; y que, por tanto, sólo la constancia cierta de que ya lo está recibiendo, exoneraría al agente de la obligación de socorrer a la víctima por él causada, y que, desde luego, no queda exento porque a dicha víctima la rodean, ordenada o gregariamente, otras personas, deseosas de ayudar, pero imperitas e incapaces de proporcionar remedios eficaces y lenitivos adecuados (S. 26 septiembre 1974).

#### § 18. Artículos 500 y 504, Robo con fuerza en las cosas.

El delito de robo con fuerza en las cosas, regulado en los artículos 500 y 504 y siguientes del Código Penal, requiere:

a) Un apoderamiento o sustracción, un tomar las cosas ajenas, extrañéndolas del señorío de su dueño o poseedor legítimo para incorporarlas al propio patrimonio.

b) Que dichas cosas ajenas sean muebles, no en el sentido de los ar-

títulos 333 y siguientes del Código civil, sino en el **ontológico o de esencia de poderse trasladar o transportar de un punto a otro sin deterioro o detrimento.**

c) Que, para la sustracción, se haga uso más que de “**vis in re**”, de “**vis ad rem**”, en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 504 del Código Penal, precepto que, por tradición, engloba tanto casos como los definidos en los números 2.º y 3.º en los que hay verdadero empleo de **fuerza física** ejercida sobre los “repari” colocados por los propietarios para la mejor defensa de sus bienes, como los descritos en los números 1.º y 4.º, donde **no se emplea verdadera “vis”, sino que se requiere en el agente simple habilidad, destreza o empleo de medio astuto.**

d) **Animo de lucro**, requisito que se cumple en tanto en cuanto el agente pretende cualquier clase de ventaja, utilidad, beneficio, enriquecimiento o incremento (S. 24 octubre 1974).

**Robo con escalamiento** (artículo 504:1.º, en relación con el artículo 500).

**El concepto tradicional y jurídico de escalamiento no coincide con el gramatical**, que hace alusión al uso de escalas o a la acción de trepar para penetrar por un hueco, balcón o ventana situado a cierta altura, que para llegar haga necesario la escala o el trepar desde el suelo a la altura en que esté situado el hueco por el que se penetra en el local, con el propósito de apoderarse de lo ajeno. **El concepto jurídico**, que tradicionalmente viene dándose al escalamiento por la doctrina de esta Sala, **abarca no sólo la acción de trepar o el uso de escalas, sino la circunstancia de introducirse en los lugares elegidos para sustraer lo que es de pertenencia ajena, por huecos inadecuados a este fin**, cualquiera que sea la altura en que estén situados; pues **es un modo subrepticio de entrar**, al hacerlo por sitio distinto del establecido. Y “**dado que el procesado que recurre, en unión de otro que se aquietó con su condena, penetraron por una ventana, que tampoco dice el relato que es baja, como quiere deducir el impugnante, en una tienda de comestibles y se apoderaron de lo que expresa el relato, es vista la procedencia de rechazar el único motivo del recurso, que alega indebida aplicación del número 1.º del artículo 504 del Código Penal**” (S. 22 octubre 1974).

**Robo del “tirón”.**

Condena el T. S. por robo con fuerza en las cosas (artículo 501:5.º), dado que el procesado asió con tal fuerza el bolso, desde el automóvil en el que iba, que venció la resistencia que opuso su portadora, a quien consiguió arrancárselo, por medio del conocido sistema del “**tirón**”, que, según la Real Academia de la Lengua, **es la acción y efecto de tirar con violencia de alguna cosa**”, y tirar es hacer fuerza para llevar tras sí algo o para traer hacia sí alguna cosa, que es precisamente lo que hizo el procesado; fuerza que se vio aumentada por la velocidad mayor o menor que llevaba el vehículo desde el que actuó el agente para conseguir el apoderamiento, arrancando el bolso del poder de su portadora, que se resistía, lo que equivale a quitar o tomar alguna cosa con violencia o fuerza (S. 11 octubre 1974).

§ 19. Artículo 519, Alzamiento de bienes.

El delito de alzamiento de bienes del artículo 519 del Código Penal es un delito de riesgo más que de resultado lesivo, pues se consume con la simple ocultación de bienes o cuando el deudor los sustrae a la acción de sus acreedores; no precisando, pues, quebranto patrimonial efectivo. Por tanto, ha de estimarse producido cuando mediante maniobras fraudulentas se provoca o pretende una situación de insolvencia para hacer ineficaces en todo o en parte los derechos de acreedores legítimos (S. 27 septiembre 1974).

§ 20. Artículo 528. Estafa. Diferencia con la estafa "genérica" del artículo 533.

Bajo la rúbrica general "de las estafas y otros engaños", los artículos 528 al 533 del citado cuerpo punitivo tipifican diversas figuras delictivas agrupadas por el denominador común de atentar contra la propiedad, de las que la estafa, como figura primordial constituida por el desplazamiento patrimonial conseguido mediante engaño, puede adoptar diversas modalidades comisivas, según que la clase de engaño utilizado esté o no especificada en el texto legal, dando lugar: bien a la estafa indeterminada del artículo 533 o bien a las estafas cualificadas del 528 y 529, expresa y distintamente penalizadas en tales preceptos.

La estafa genérica del citado artículo 533 tipifica las defraudaciones realizadas "usando de cualquier engaño que no se halla expresado en los artículos anteriores"; de cuyo texto literal se desprende que la analogía contenida en el ánimo fraudulento; a través de cuya indeterminación el legislador trata "calidad" del engaño sobre la base de que existe y opera sobre los otros dos elementos integrantes de la estafa, consistentes en el perjuicio de tercero y en el ánimo fraudulento, a través de cuya indeterminación el legislador trata de abarcar todos los engaños que pueda idear la malicia humana en forma no conocida, procurando que no queden impunes actuaciones que por su gravedad y dolosa maquinación deban ser sancionadas. Es decir, mediante dicha tipificación indiscriminada, el legislador persigue evitar que al socaire de una hábil tergiversación de los supuestos enumerados en los artículos 528 y 529 se consumen ilícitos atentados defraudatarios del patrimonio ajeno (S. 30 septiembre 1974).

El delito de estafa, no definido con carácter general en el Código Penal, pese al casuismo de que hace gala el legislador y a la fórmula analógica del número primero, "in fine", del artículo 529 y a la genérica y complementaria del artículo 533, según la doctrina y la jurisprudencia, requiere los siguientes elementos, sintéticamente expuestos:

1.º Engaño, es decir, falsía, maquinación dolosa, conducta mendaz y falaz, asechanza tendida a la buena fe ajena, ardid, estratagema o artimaña dirigida a burlar a la víctima decidiéndola a prestar consentimiento complaciente a las pretensiones del agente.

2.º Perjuicio patrimonial, evaluable económicamente.

3.º **Relación de causalidad o nexo causal entre engaño y perjuicio**, de tal modo que aquél sea el determinante de éste.

4.º **Animo de lucro**, entendiéndose por tal cualquier clase de ventaja, utilidad, rendimiento, beneficio o enriquecimiento pretendido por el culpable (S. 16 octubre 1974).

#### **Estafa impropia.**

La estafa del número 5.º del artículo -529 del Código Penal es una de las llamadas **estafas impropias**, puesto que la misma no envuelve, en realidad, **una falsedad defraudatoria** o, si se prefiere, **una estafa documental**, cuya peculiaridad estriba en que el engaño se apoya en un documento suscrito por otra persona, para emplearlo **después** en el lucro perseguido por el agente con el correlativo perjuicio para el propio firmante u otro patrimonio ajeno. De modo que existen **dos fases** perfectamente distinguidas en este delito: **una previa o preparatoria**, en que el documento es entregado por su firmante en blanco al sujeto activo de la defraudación final para que posteriormente lo extienda o complete en los términos convenidos o previstos, y **una segunda fase, la que culmina y perfecciona el delito**, en que el sujeto agente **extiende** el documento previamente firmado por el paciente, pero no en los términos autorizados, sino en otros distintos que provocan, al ser utilizado el documento en su desviada finalidad, un perjuicio sea al propio firmante, sea a persona distinta contra la que se hace valer o se intenta la falsa aseveración escrita [ad exemplum, **SS. 25 enero 1960, 12 abril 1962**]. Por lo que ya se comprende que es en esta segunda fase del delito cuando se consuma la infracción y que cuantos cooperen a este acto final de la acción serán partícipes, bien como coautores, si sus actos de auxilio pueden estimarse como necesarios, bien como cómplices si tienen virtualidad meramente favorecedora (SS. 12 abril 1962 y 19 octubre 1974).

#### § 21. Artículo 546 bis a), **Receptación.**

Resulta penalmente permisible, declara el T. S., el **sucesivo concurso de delitos de receptación**, con acciones temporales diferentes, enlazados unos con otros causalmente, o lo que es igual, **las llamadas receptaciones en cadena o receptación de receptación**, cometidas en los casos en que, autónomamente, una persona, actuando dolosamente, se lucra o aprovecha de efectos provenientes de delito contra los bienes, precisamente a medio de un receptor, y no de los agentes de infracción criminal principal, pues la primera receptación es un delito contra la propiedad, y el receptor último, efectúa un quehacer encajable en el tipo del artículo 546 bis a), al aprovecharse de los bienes sustraídos lucrativamente, sabiendo su origen delictivo; **debiendo referirse**, según argumentó la sentencia 23 marzo 1972, **el conocimiento del delito precedente**—elemento intelectual del dolo que ha de poseer el segundo receptor—**a la receptación que le antecede y no al delito principal primario**, con el que no se conecta directamente.

En la receptación, el elemento **cognoscitivo**, doloso y típico, referido al conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes, sólo abarca **el saber con certeza racional que la infracción criminal se produjo, aunque se desconozca quién haya sido su autor**, y no produjera la declaración judicial condenatoria del mismo, siempre que se determine fácticamente la presencia del delito sin autor conocido, y aún con mayor razón, **en el supuesto de receptación en cadena, en que al bastar el conocimiento de la receptación precedente, sin proyectarse al conocimiento del delito original contra la propiedad, resulta innecesaria la precisión absoluta de ésta en su autoría** (S. 7 octubre 1974).

## REVISTA DE LIBROS

**CAMPO ALANGE:** "Concepción Arenal. 1820-1893. Estudio biográfico documental". Ediciones de la "Revista de Occidente", Madrid, 1973. 403 págs.

Desde que Dorado Montero en 1892 —todavía, pues, en vida de Concepción Arenal— diera a conocer, con carácter fragmentario y algún aditamento, la exigua biografía a élla dedicada en la *Rivista di discipline carcerarie* (1887), no han cesado de prodigarse los homenajes, fiestas literaria, bosquejos necrológicos, opúsculos y libros de varia índole, consagrados dentro y fuera de nuestras fronteras —principalmente en Hispanoamérica a esta pionera galaica. Algunos de estos escritos adoptan, las más de las veces, un tono hiperbólico, desacorde con la objetividad a que debe tender toda tarea investigadora e informadora, proporcionándonos una visión errónea de su quehacer en general y de su verdadera valía e importancia jurídico-penal y penitenciaria en particular, que para nosotros es la que mayor interés encierra. Así, se ha podido decir, sin rebozo, que es "la más insigne entre las mujeres ilustres de Galicia —si regionalizamos el prestigio—..., la más prestigiosa de las mujeres españolas, hablando nacionalmente, y tal vez... la mujer más grande del siglo XIX"; sus pensamientos "sobre materias penales, procesales y, sobre todo, penitenciarias, se elevan a cimas casi inaccesibles", y "son norte y guía de la legislación y de la práctica penitenciaria de España y de muchos países hispanoamericanos desde el último tercio del siglo XIX". Cabría añadir otros ejemplos de este jaez, pero lo reputamos innecesario. Esta postura de ferviente e irreflexiva admiración, que en cierto modo, es tradicional incluye a personas de muy diverso significado ideológico y resultaría inexplicable en estos pagos —poco dados a concitar unanimidades en el elogio— si no fuera por su apoliticismo militante (el conservadurismo resulta patente a lo largo de la obra), el carácter humanitario y altruista de su labor, y, lo que es más sintomático, el gran desconocimiento de sus escritos, que no en vano ocupan veintitrés tomos, amén de otros trabajos no incluidos en sus obras completas. Como ya dijera otra gallega no menos ilustre: "la obra *efectiva* de doña Concepción Arenal sigue desconocida, y por desconocida, falseada, interpretada y comprendida al capricho de cada uno".

Este exordio, infrecuente en una recensión, se justifica por la circunstancia de que recientemente parece haberse iniciado un cambio de enfoque, no exento de precedentes, cuyo denominador común sería el afán de revisar y afrontar lo que pudiéramos llamar el *mito Arenal* desde una perspectiva más realista, aunque no menos entusiasta, ya que los diti-rámicos desahogos verbales antes mencionados, lejos de ensalzarla, la

empequeñecen y le prestan un flaco servicio. Claro exponente de esta tendencia es, en el ámbito de la biografía, el libro de Campo Alange, que hoy reseñamos. Tiene como finalidad situarse "lo más cerca posible de la objetividad y enfocar su figura histórica con una lente realista", pues no ignora que "el incienso que los devotos de Concepción Arenal queman ante su imagen levanta una nube de humo que, aunque indudablemente perfuma su memoria, borra en parte sus auténticos perfiles" (págs. 12 y 13). Guiada de este propósito de objetividad y provista de un buen repertorio bibliográfico —si bien se echa en falta, entre otros, el interesante trabajo de su parienta y paisana: PARDO BAZÁN, *Impresiones de lecturas Concepción Arenal*, en *La Lectura*. "Revista de Ciencias y Artes", año VII, tomo III, Madrid 1907, págs. 331 a 353, que, incomprensiblemente, dada esta doble condición, nunca hemos visto citado—, y de los "Papeles Giner", donados por los herederos de éste a la Real Academia de la Historia, acomete la tarea de "actualizar una figura que, por múltiples razones, debe ser revisada" (pág. 16). Esboza ligeramente —no podía ser de otro modo— el rico momento histórico que le tocó en suerte a su biografiada, testigo presencial de una España convulsa y violenta, "de motín diario y, como dijo O'Donnell, de presidio suelto, de fusilamientos, de arrastres, vandalismos y sangre derramada sin dueño y sin fruto" (*Vid* PARDO BAZÁN, *ob. cit.*, pág. 334), que posiblemente influyó, junto con el trauma de la persecución de que fuera objeto su padre a causa de sus ideas liberales, en su carácter confesadamente anti-revolucionario y reformista. Ocúpase de los antecedentes familiares, advirtiendo que era prima de Rosalía de Castro y de la Pardo Bazán (página 31); de su infancia y juventud en el norte y en la corte; de su asistencia a la Universidad, optando por la afirmativa: "fue la primera mujer que, en España, entró como oyente en las aulas universitarias" (página 58), probablemente en los cursos de 1842-43, 1843-44, 1844-45, disfrazada con el atuendo que en aquel entonces debió de ser exclusivamente masculino; de su matrimonio y maternidad; de sus colaboraciones en *La Iberia*, diario liberal de la tarde, y en alguna revista netamente conservadora. Describe su viudez, aspecto externo y envejecimiento a que prematuramente se vio sometida, etc.; su amistad y colaboración con los discípulos de Krauser, que fue estrecha, más no hay indicios para pensar que "compartiera en ningún momento la ideología krausista" (pág. 159 y 164). La independencia política y religiosa, la preocupación por la cuestión social y por elevar el nivel de la mujer "aunque era contraria a conceder a la mujer derechos políticos, ni parte activa alguna en la política" (pág. 296), son otros tantos epígrafes del libro. Contéplase también su vertiente de moralista, escritora y educadora; reproducense algunas necrologías de la época, para concluir con la bibliografía, a la que antecede un resumen cronológico de los hechos más relevantes acaecidos durante la época en España y en el extranjero. Del epistolario de Concepción Arenal se hace uso abundante de múltiples pasajes de la obra. Silénciase un supuesto encuentro con José Martí, que hemos visto

mencionado en su libro hispanoamericano sin aportar ningún argumento, y que habrá que acoger con excepcional reserva.

El capítulo VI, consagrado a las *ciencias penitenciarias*, es, obviamente, el que entraña para nosotros un interés más sobresaliente. En él se examina, con el apoyo primordial de Salillas, el significado de Ramón de la Sagra, al que considera "lamentablemente un eslabón perdido..." para las cuestiones sociales en España (pág. 310); la intervención de los krausistas y de Concepción Arenal en la reforma penitenciaria; sus cargos, vivencias y escritos de corte jurídico; la participación, desde su retiro provinciano, en los congresos penitenciarios de Estocolmo, Roma, Amberes y San Petesburgo, así como la proyección alcanzada en el extranjero. El capítulo puede que se resienta, en parte, de un excesivo apego a la información que suministra Salillas —sin duda importante—, en detrimento de la propia investigación y de las aportaciones posteriores (*v. gr.*, de ANTÓN ONECA, FERNÁNDEZ ALBOR, LANDROVE, etc....) que, por su carácter especializado, acaso piense que hacen superflua su consulta a los fines de una biografía. En cualquier caso, no cabe omitir, al lado de otras cuestiones, la afirmación excesivamente rotunda del "criterio completamente medieval" que atribuye al Código penal de 1850 (pág. 311). Una afirmación de esta índole exigiría mayor aporte argumental. Pese a estos reparos, el libro de Campo Alange constituye una loable aproximación a la vida y a la obra de esta adelantada y humanitaria ferrolana, que se sintió irremediamente tentada por muchos de los graves problemas que aquejaban y siguen aquejando a nuestra nación. En este año internacional de la mujer, bien merece un recuerdo quien, al parecer, fue la primera universitaria del país, visitadora de prisiones de mujeres, inspectora general de las casas de corrección de mujeres (habrá que esperar a la proclamación de la Segunda República para que otra mujer, Victoria Kent, ocupe el alto cargo de directora general de prisiones), y tanto se preocupó por elevar la condición intelectual del género femenino, a pesar de que, paradójica y peyorativamente, se haya podido decir que "sus obras no parecen fruto de un cerebro femenino" (*Voz Arenal (Concepción)*, en "Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana", tomo VI, Espasa Calpe, Madrid, 1958, pág. 27). Cultivó, con varia fortuna, distintas parcelas del saber, pero su nombre se vincula de modo primordial a lo penitenciario. La obra de Campo Alange contribuirá, sin duda, a avivar el interés que desde siempre ha existido en torno a élla.

No quisiéramos concluir esta reseña sin aludir a un punto muy secundario, pero no suficientemente esclarecido: su nombramiento para el cargo de visitadora de prisiones, del que Salillas dice que no puede "precisar el año" y ni siquiera encontró jamás "ni una noticia, ni una referencia", debió de producirse en los meses de mayo a noviembre de 1863: —siendo Rodríguez Vaamonde ministro de la Gobernación, y Mena Zorrilla (que escribiría un libro sobre *La extradición y los delitos políticos*) director de establecimientos penitenciarios—, y no en 1864, como a veces se dice. Avalan esta suposición: 1.º, la dedicatoria que, en señal de agradecimiento por haberle sido conferido dicho cargo, hizo de dos de sus.

obras a las referidas personas; 2.º, el hecho de que Mena y Zorrilla y Rodríguez Vaamonde ostentaron sus puestos desde el 25 de mayo al 6 de noviembre de 1863 y desde el 2 de marzo de 1863 al 17 de enero de 1864, respectivamente; y 3.º, la R. O. de 9 de febrero de 1864 (G. del 16) que da cuenta de un proyecto de reglamento presentado por la visitadora de prisiones de mujeres, para crear en La Coruña una sociedad de señoras bajo la denominación de Santa María Magdalena, y ordena que se extienda a otras provincias. Esta visitadora no puede ser otra que Concepción Arenal y, naturalmente, tuvo que invertir algún tiempo en la confección del mismo. Por orden del ministro de la Gobernación, de 31 de octubre de 1868, se restablece la inspección de las casas de corrección de mujeres y se nombra para que la desempeñe a doña Concepción Arenal, "vacante del mismo cargo".

MANUEL GURDIEL SIERRA

"Ensayos Penales". Universidad de Santiago de Compostela, 1974. 234 páginas.

Bajo el título de "Ensayos Penales" se recogen en este volumen algunas de las actividades y conferencias que sobre diversos temas concernientes al Derecho penal y a la Criminología se han desarrollado en el Departamento de Derecho penal, Criminología y Ciencia Penitenciaria de la Universidad de Santiago de Compostela.

El primer trabajo ("Aspectos penales y criminológicos de las toxicomanías", págs. 9-44) corresponde al profesor FERNÁNDEZ ALBOR. Después de efectuar algunas consideraciones criminológicas en torno al problema del alcohol, que en nuestro país adquiere una dimensión considerable, y a la relación de las restantes drogas con la delincuencia, sobre todo juvenil, aunque no exclusivamente, estudia el autor la problemática de las toxicomanías a la luz del Código penal y de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Con relación a aquel texto legal examina preceptos como el 340 bis a). 1.º, relativo a la conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, y el 344 sobre tráfico ilegal de drogas. Asimismo estudia el problema de la relación entre la atenuante de embriaguez del artículo 9, 2.ª y la eximente 1.ª del artículo 8 y la atenuante 1.ª del artículo 9. A este respecto distingue entre alcoholismo y embriaguez y entiende con relación a ésta que la plena opera como eximente, en cuanto productora de trastorno mental transitorio, y la no plena como eximente incompleta del artículo 9, 1.ª. También es abordado por el autor el problema del tratamiento asegurativo reformador, tanto penal como extrapenal, del alcohólico y del drogadicto, concluyendo el trabajo con unas consideraciones finales.

La problemática de la pena de muerte es tratada por el profesor LANDROVE DÍAZ bajo el aspecto de la garantía de ejecución en nuestro Derecho positivo ("¿Es legalmente ejecutable la pena de muerte en Es-

paña?", págs. 45-79). Una vez examinadas con objetividad la historia del problema y las distintas posiciones doctrinales, especialmente la llamada tesis de la "laguna legal", a la que se ha adherido un amplio sector de la doctrina española y según la cual sería imposible ejecutar legalmente en España la pena de muerte al no existir un modo legal de ejecución, entiende LANDROVE que "la solución, en definitiva, solamente puede alcanzarse con un cuidadoso examen del reglamento de 2 de febrero de 1956. Más concretamente, del planteamiento de la cuestión de si el artículo 46 del mismo ha derogado el artículo 58 del reglamento de 1948" (página 73). Del examen de su disposición final derogatoria, que alcanza solamente a las disposiciones que se opongan a lo en él establecido, deduce el autor que en materia de técnica de ejecución de la pena capital no existe oposición con el reglamento de 1948, siendo ambos complementarios en este punto, por lo que la remisión del artículo 83 del Código penal ha de entenderse hecha tanto al reglamento de 1956 como al de 1948. La forma legal de ejecución de la pena de muerte en nuestro país es, pues, el garrote.

"Consideraciones sobre el delito y la pena" (págs. 81-105) es el trabajo aportado por el magistrado don Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. En él se aborda el problema del fundamento y legitimidad del derecho del Estado a definir delitos y establecer penas, efectuando el autor un recorrido por el amplio abanico de las diversas teorías y concepciones que se reúnen en torno a los criterios negativos y afirmativos del derecho de penar. En su opinión ha variado notablemente el sentido fundamentador del Derecho penal y de la pena, abriéndose paso aquél cada vez más hacia una concepción social y operándose en el plano de la pena una revisión en orden a la readaptación social del delincuente. Según ello, la misión del Derecho penal "por su esencia y naturaleza, ha de ser exclusivamente la de evitar la comisión de los delitos y readaptar a la sociedad al delincuente" (pág. 104).

Incluye también el volumen una conferencia pronunciada en la Universidad de Santiago por el profesor de Coimbra Eduardo CORREIA, sobre el "Sentido e alcance do Projecto de Reforma do Código Penal português (1963-1966)" (págs. 107-140), en cuya preparación intervino. Entre los principios y orientaciones fundamentales que inspiran el Proyecto de Reforma destaca el profesor la idea de la culpa ético-jurídica como fundamento y medida límite de la pena. En su opinión "arrancar-se da culpa ético-jurídica parece ser, deste modo, o único caminho possível para salvar a construção do direito penal que não queira negar a personalidade do homen e as garantias que são seus corolários" (página 123).

El problema de la peligrosidad de determinadas formas de vida social y el de los criminales imputables especialmente peligrosos son objeto de una consideración especial por parte del autor. El Proyecto propone la tipificación como delitos de la vagancia y otras formas de vida social. La solución de desligar del Derecho penal estas formas de comportamiento es, en opinión del profesor portugués, explicable dogmática-

mente, pero incurre en un serio riesgo para la libertad de las personas, con independencia de las garantías procesales que se adopten. En orden a las exigencias de la prevención especial y de la readaptación del delincuente, recoge el Proyecto la pena relativamente indeterminada, la referencia de la culpa a la personalidad del agente, la posibilidad de extender el ámbito de la inimputabilidad penal a los delinquentes incorregibles, así como las medidas de seguridad, de cura y de tratamiento. El dualismo entre penas y medidas de seguridad no se establece con relación a un mismo individuo, sino que las penas se estiman para los delinquentes imputables y las medidas para los inimputables. El trabajo contiene también en relación con el Proyecto consideraciones sobre las penas privativas de libertad, la de multa, la suspensión de la pena y el régimen de prueba.

Siguen a este estudio dos anexos relativos a las Bases de la Reforma Penal y al Parecer de la Cámara Corporativa.

"Inducción y auxilio al suicidio" (págs. 175-199), con referencia exclusiva al Derecho positivo español, es el estudio del profesor GIMBERNAT ORDEIG. Entre otras cuestiones relativas al artículo 409 del Código penal, examina con detalle el autor el problema de la omisión, cuya solución dependerá de la existencia o no de una posición de garante en el autor. Si ésta no existe, estaremos en presencia de un delito de omisión del deber de socorro; si existe, habrá que aplicar sin excepción el artículo 409, 1, con exclusión de los artículos 405 y siguientes ("la omisión de impedir el suicidio... no podrá nunca ser equiparable a las acciones parricida, homicida o asesina, caracterizadas, entre otras cosas, porque se mata a alguien que quiere seguir viviendo", pág. 190) y del 409, 2 ("lo que caracteriza precisamente a la forma activa del 409, 2, es que la víctima no se mata a sí misma, sino que se deja matar, ...un tercero... acaba con la vida del que voluntariamente desea morir", pág. 190).

Con relación al artículo 409, 2 estudia GIMBERNAT el problema del concurso de leyes con los artículos 405 y siguientes. Entiende con la doctrina mayoritaria que el artículo 409, 2 desplaza a estos otros artículos, pero según él tal desplazamiento excede de los límites propios del concurso de leyes por especialidad, pues "las circunstancias genéricas del Código penal español, añadidas a los tipos del Libro II, crean nuevos supuestos de hecho con elementos específicos que son decisivos para establecer relaciones de especialidad" (pág. 196). Se refiere también el autor a otras cuestiones como las relativas a la frontera entre el auxilio y el suicidio y el homicidio suicidio, el delito intentado y la participación.

Concluye el libro con el estudio del profesor BARREIROS "Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y reforma penal alemana" (págs. 201-234), en el cual se examinan las posibles conexiones entre el Proyecto Alternativo y el movimiento de la nueva defensa social: sentido y función de la culpabilidad, sistema de lucha contra el delito (penas y medidas de seguridad), ejecución de la pena (predominio de la idea de prevención especial), penas cortas priva-

tivas de libertad y medidas de asistencia social. De su examen deduce el autor que ambas doctrinas son claramente diferenciables, sobre todo en lo referentes a los presupuestos constitutivos de la sanción y a la organización de las sanciones a aplicar. Acaba el trabajo con una valoración crítica del movimiento de la Nueva D. S. y su posible relevancia en la doctrina y reforma penal alemana. En este terreno insiste el autor en la línea de algunas críticas que se han dirigido a esta doctrina, como es, por ejemplo, la relativa a la puesta en peligro de la garantía de los derechos fundamentales del individuo. "La Nueva D. S. viene a postular un humanitarismo que, en cierta medida, es falso, al no tener en cuenta el problema jurídico-penal de la responsabilidad del hombre que, en cuanto valora al ser humano como tal, refleja auténtico sentido humanitario de todo programa de política criminal" (pág. 229).

Manuel GALLEGO DÍAZ

**DE QUIROS, Bernardo, y ARDILAS, Luis:** «El bandolerismo andaluz», Madrid, Ediciones Turner, 1974.

En el fascículo anterior de esta Revista tratamos de un extenso libro, publicado en Méjico y redactados sus numerosos capítulos por figuras importantes del profesorado español e hispanoamericano, en honor del autor del libro ahora reseñado y entonces recién fallecido. Hoy vamos a referirnos a una de sus muchas publicaciones, que vió la luz en España el año 1931 y —posteriormente agotado— se reimprime ahora por la Editorial Turner.

Es una historia del bandolerismo andaluz desde los tiempos antiguos hasta los comienzos del siglo en que vivimos. Es una obra de Historia, pero también de Geografía, pues no solamente se describen los bandoleros, sino también los lugares donde realizaban sus fechorías y esquivaban a sus perseguidores.

Menciona primero los tiempos borrosos anteriores a la era cristiana, siguiendo la época de los llamados "golfines" (palabra que, al parecer de los autores, debería derivar de la alemana *wolf*, que significa lobo). Todo el relato es interesante, pero habremos de limitarnos a muy pocos episodios, como el de la llamada destrucción de la Souceda de Roda, la cual queda confirmada por dos joyas de la literatura española: *El coloquio de los perros*, obra de Cervantes, bien conocida, y las *Relaciones de la vida del escudero Marcos de Obregón*, de Vicente Espinel. Del siglo XVIII destaca la figura de Diego Corrientes, el bandido generoso que, según la opinión pública, robaba a los ricos y remediaba a los pobres. En la época de Olavide terminó por morir afrentado y descuartizado.

El capítulo séptimo es un "intermedio" dedicado a Andalucía con una impresionante descripción de la Sierra Morena, "rebelde y misteriosa". Otro intermedio es dedicado a la estructura social de la región.

En el siglo XIX viene la época romántica, la de los niños de Ecija y de "José María", llamado rey de Sierra Morena, y se cuenta con cierto detalle

la vida y la muerte de un tal Pacheco, el último bandido romántico. Más largamente se tratan los secuestros andaluces en la época de la Revolución de Septiembre, los cuales fueron combatidos con drástica y antijurídicas medidas, las cuales ocasionaron la protesta de los diputados llamados "dinásticos" (Cánovas y Silvela), siendo todo esto relatado por el Gobernador Zugasti, quien publicó después un libro en varios tomos para su defensa.

Finalmente, Bernaldo de Quirós reproduce la época por él mismo vivida, en un capítulo titulado "Visto y oído", porque narra su conversación en la prisión con varios bandoleros, así como también la noticia de algunos huidos a América y que, al cabo del tiempo de la prescripción, pudieron circular por España.

Cuando don Constancio escribió en 1902 sobre "Bandolerismo y delincuencia en la baja Andalucía", dijo ya —y lo ha repetido después— que las causas eran, principalmente, la despoblación y la pobreza. Tenía razón sin duda con referencia a aquellos tiempos, pero actualmente se registran diariamente atracos y secuestros favorecidos por el enorme aumento y aglomeración de las personas y los medios de comunicación. La Criminología es, pues, ciencia muy compleja y la etiología del crimen cambia con frecuencia. No soy criminólogo, pero sí puedo decir, como penalista, que el libro aquí examinado es el más ameno y bien escrito de cuantos, dentro de las materias penales, he leído.

JOSÉ ANTÓN ONECA

**DEGO DIAZ-SANTOS, María: Los delitos contra la familia, Madrid, Editorial Montecorvo, 1973.**

La inadecuada e insuficiente regulación en nuestro Derecho de los delitos contra la familia, tanto por lo que se refiere a la sistemática como al mismo contenido de los preceptos, ha llevado a la señora Diego al estudio sistemático de las disposiciones legales, así como al de los criterios doctrinales con miras a una futura reforma del Código patrio. Tradicionalmente —nos dice— nuestros Códigos penales han desconocido los delitos contra la familia como tales. No se puede reprochar al legislador del siglo XIX haber tenido en cuenta criterios de aquella época, pero es que el legislador español continúa manteniendo criterios que no deben considerarse vigentes en la época actual. La importancia del tema fue ya puesta de manifiesto por Carrara, quien —nos recuerda la autora— consideraba la familia como la primera manifestación del instinto humano que nos impulsa a vivir en sociedad. La autora del libro reseñado trata de construir una teoría general para destacar después los elementos comunes.

El primer capítulo consigna la concepción sociológica y la concepción jurídica.

Después de esas nociones preliminares (87 páginas) aborda, en el capítulo tercero "El sistema de los delitos contra la familia en es Derecho comparado", dividiendo los países en grupos referentes a Alemania, Italia, Suiza, Bélgica y otros más modernos. A continuación hace un estudio profundo y detallado de la doctrina en el Derecho comparado.

Los dos capítulos siguientes están dedicados al Derecho positivo español: uno, a la Estructuración, y otro, al estudio particular de los delitos contra la familia (págs. 178 a 353). La documentación en autores españoles, jurisprudencia y penalistas extranjeros, constituyen una de las partes más trabajadas e interesantes para prácticos y para teóricos.

Sobre tan firmes bases se desarrollan las Conclusiones, que no podemos en esta reseña tratar con extensión. El Derecho penal no parte de una concepción general en orden a la familia, pero la autora considera delitos contra la familia aquellas conductas que ofenden los intereses propios de una colectividad no personificada que es la familia, y, en distintos apartados, considera el bien jurídico, el sujeto pasivo, la culpabilidad, la actuación privada, el problema de evitar un perjuicio causado por la pena a las propias víctimas del delito. En definitiva, considera que la familia requiere un tratamiento penal para su defensa que nuestro legislador no le otorga.

La Bibliografía es amplia y de continuo uso en el texto. El estilo literario es a la vez sencillo y de buen gusto, y el interés que comunica al lector está también abonado por el fervor puesto en la noble empresa; por lo cual, no obstante las inevitables reiteraciones y la extensión del contenido, el libro se lee con singular agrado. Podrá hacerse o no hacerse en el futuro Código penal el capítulo demandado, porque contra ello está la tradición, y también porque corrientemente suelen ser varios los bienes jurídicos afectados también cuando se ataca a los propios de la familia, pero para nosotros es deseable (como escribí hace tiempo, aunque sin razonarlo) que se cumpliera lo propuesto en la obra reseñada; mas, si no el propósito completo, sí es probable que se realicen otras de las varias propuestas.

En definitiva, considero que el libro *Los delitos contra la familia*, es digno de la mayor consideración y no sólo por la tesis sostenida, sino también por la cuidada, sencilla y muy propia redacción, así como también por el fervor con que presenta la noble empresa. La tesis de doña María del Rosario no ha recordado, por su condición femenina, a doña Concepción Arenal, para la cual los problemas penales eran todos de moral social.

JOSÉ ANTÓN ONECA

**GOMEZ DE LIANO, F.: La imprudencia en el uso de vehículos a motor, aspecto sustantivo y procesal, Graficesa, Salamanca, 1973.**

El autor pretende dar una visión del tratamiento en nuestro Derecho de la imprudencia punible en el uso de vehículos a motor, basándose para ello en el delito, pena y proceso. El libro tiene una finalidad eminentemente práctica.

En realidad se apoya en una obra anterior suya, sobre *Faltas de imprudencia en el uso y circulación de vehículos de motor*, de la cual se publicaron dos ediciones (1970 y 1971).

Se divide en tres capítulos, referentes a la infracción, consecuencias y enjuiciamiento de la misma. Contiene, además, unos formularios y un apéndice legislativo.

En el primero trata de la teoría general sobre la imprudencia, tanto en la legislación como en la doctrina y jurisprudencia. Examina las clases de *imprudencia*, según la jurisprudencia. Finalmente se ocupa de los delitos y faltas culposas.

El capítulo dedicado a las consecuencias de la infracción está dividido en dos grandes partes: una, sobre las consecuencias jurídicas directas, y otra, sobre las indirectas. Parte de la "propia naturaleza del delito de tráfico que no se ajusta a la de los delitos tradicionales, lo que hace que su planteamiento jurídico sea diferente" (pág. 46). "Estas particularidades deben tenerse en cuenta necesariamente en el momento de aplicación de la pena" (pág. 46). Se refiere al momento de determinación de la pena.

No se muestra partidario de las penas privativas de libertad previstas en el artículo 565 del Código penal, excepto para personas desaprensivas y reincidentes; en los demás casos propugna los beneficios de la condena condicional (es decir, la remisión condicional de la pena). Considera que "el artículo 600 debía incluirse también la pena de privación del permiso de conducir de uno a tres meses" (pág. 51). En cuanto a las circunstancias modificativas, de las agravantes sólo estima posibles la reincidencia y reiteración.

No cree posible la complicidad y el encubrimiento, y en el concurso serán "aplicables las reglas generales de los artículos 68 y siguientes" (pág. 65), en contra de la jurisprudencia. El problema mayor se plantea en la concurrencia del delito de peligro del artículo 340 bis *a*) con un resultado ulterior; Gómez de Liaño, siguiendo a Rodríguez Devesa, dice que "el resultado es incompatible con el peligro y lo absorbe" (pág. 65).

Respecto al proceso, estudia sujetos y objeto, la renuncia y la extinción; por último, el procedimiento por razón de delito y por faltas.

Las páginas finales están dedicadas al estudio del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley del Automóvil ("Diligencias en el proceso penal preparatorio de la ejecución").

PILAR GÓMEZ PARÓN

**PARENTI, F.—PAGANI, P.:** "Psicología y delincuencia", versión española de E. Sossich Carughi. Ed. Beta, Buenos Aires, 1970. 238 págs.

Se divide la obra en dieciocho capítulos, donde se hace un estudio que va desde una introducción histórica, seguida de la problemática herencia-criminalidad, pasando por otros aspectos de fenomenología y tipología criminal, para terminar con la prevención y recuperación. Es un trabajo que recuerda el sistema anglosajón de ocuparse del delincuente en toda su extensión.

Pretenden los autores establecer las bases para una concepción nueva de la criminología, en consideración a que se viene observando cambios notables, tanto en la estructura social como en el mundo del delito, con la aparición de nuevas formas de criminalidad y la agravación de otras. Se considera necesario, dicen los autores, hacer una revisión de las caducas teorías criminológicas, ya que hoy los presupuestos son diferentes.

Lo importante es utilizar métodos psicológicos y sociológicos, sobre todo los primeros, por lo que se examinan los tipos humanos en relación con los delitos y se establece, desde el punto de vista psicológico, cuáles son los que están más dispuestos a delinquir. La metodología, no obstante, se basa en consideraciones psicológicas de tipo objetivo.

Se da poco valor a los factores constitucionales y hereditarios, ya que lo verdaderamente importante es la influencia del mundo circundante. Preocupa especialmente el fenómeno de la delincuencia juvenil, debido a su notable incremento en los últimos años.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ



# NOTICARIO

## **EL PROFESOR SANTOS, MIEMBRO DEL CONSEJO DE DIRECCION DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL**

El 13 de septiembre de 1974 la Asamblea General de la Association Internationale de Droit Pénal, reunida en Budapest con motivo de la celebración del XI Congreso Internacional de Derecho Penal, ha nombrado por unanimidad al profesor BARBERO SANTOS Miembro del Consejo de Dirección de la Asociación citada. El profesor BARBERO SANTOS, Presidente del Grupo Nacional español desde mayo de este año, y el profesor chileno NOVOA MONREAL, son en la actualidad los penalistas de países de lengua castellana que forman parte del Consejo de Dirección de la AIDP.

Asimismo, el Comité Ejecutivo de la AIDP, reunido en Roma en diciembre de 1974, ha propuesto al profesor BARBERO SANTOS como Consejero de Redacción de la "Revue Internationale de Droit Pénal".

## **SEGUNDAS JORNADAS DE PROFESORES NUMERARIOS DE DERECHO PENAL**

Durante los días 29 y 30 de mayo de 1974 han tenido lugar en Barcelona, organizadas por el Departamento de Derecho penal que dirige el profesor don Octavio Pérez Vitoria, las Segundas Jornadas de Profesores Numerarios de Derecho Penal, con asistencia de los siguientes catedráticos y profesores agregados: MARINO BARBERO SANTOS (Valladolid); ANTONIO BERISTAIN IPIÑA (San Sebastián); JOSÉ CEREZO MIR (Zaragoza); JUAN CÓRDOBA RODA (Barcelona); AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR (Santiago de Compostela); ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG (Complutense de Madrid); JOSÉ MARÍA NAVARRETE URIBITA (Sevilla); JOSÉ ORTEGO COSTALES (Pamplona); OCTAVIO PÉREZ VITORIA (Barcelona); JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA (Complutense de Madrid); GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO (Autónoma de Madrid); JOSÉ ANTONIO SÁINZ CANTERO (Granada); JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN, RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES (Oviedo), y ANGEL TORÍO LÓPEZ (La Laguna).

Durante las Jornadas, que fueron inauguradas con unas palabras de bienvenida del profesor CÓRDOBA y clausuradas por el profesor PÉREZ VITORIA, se pronunciaron las siguientes ponencias: "Abuso y tráfico de drogas", a cargo del profesor BERISTAIN; "Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma", a cargo del profesor BARBERO, y "Consideraciones criminológicas y de política criminal sobre el delito de uso indebido de vehículos de motor", a cargo del profesor RODRÍGUEZ DEVESA. A todas estas ponencias siguieron animados coloquios con intervención de los participantes en las Jornadas.

Asimismo, en las Jornadas, y tras la dimisión irrevocable de los profe-

sores PÉREZ VITORIA y CÓRDOBA de sus puestos como presidente y secretario del Grupo Nacional Español de la Asociación Internacional de Derecho Penal, se procedió a la elección de nuevo presidente del Grupo, acordándose nombrar, por unanimidad, al doctor BARBERO SANTOS; como secretario fue designado don ANTONIO BERISTAIN. Las próximas Jornadas se celebrarán, en mayo de 1975, en Santiago de Compostela.

Como Conclusiones de las Jornadas se aprobó el texto que a continuación se reproduce íntegramente:

“Los Catedráticos y Agregados Numerarios de Derecho Penal, reunidos en Barcelona con ocasión de sus Segundas Jornadas, ante la realidad que presenta el Derecho penal en España, formulan, por unanimidad, las siguientes conclusiones:

1. Propugnamos el respeto absoluto del “principio de legalidad” no sólo en su aspecto sustantivo, sino también en el procesal y penitenciario. La redacción de figuras delictivas sin precisar exactamente las conductas que se pretende castigar, los márgenes excesivamente amplios en la determinación de la pena y la admisión de medidas de seguridad predelictivas conculcan los indeclinables postulados de la certeza y de la seguridad jurídicas.

2. Al principio de culpabilidad ha de concedérsele vigencia absoluta como informador de nuestra legislación penal.

3. Entendemos que debe desaparecer la pluralidad de jurisdicciones penales no sólo en razón del peligro que representa respecto al diverso enjuiciamiento y sanción de hechos iguales, sino también porque puede favorecer la mediatización de la función judicial.

Estimamos asimismo que la Administración no debe imponer penas privativas de libertad, tal como sucede actualmente en la Ley de Contrabando, Ley de Orden Público y otras similares.

4. Propugnamos que nuestro ordenamiento jurídico-penal respete de manera absoluta los principios humanitarios y de justicia que son hoy patrimonio común de los pueblos de nuestra cultura. Estos principios han de informar todas las fases en las que se desarrolla la justicia penal, desde la detención del presunto delincuente hasta el cumplimiento de la pena.

De forma particular se propone la abolición de la pena de muerte.

5. El Derecho penal no debe ser utilizado como mero instrumento de poder; ha de estar siempre, por el contrario, al servicio de valores comunitarios e individuales. Se guardará en todo caso la debida proporción entre la sanción penal y la gravedad del hecho como exigencia indeclinable de la justicia y de la dignidad de la persona humana.

6. Una vez más llamamos la atención sobre la necesidad de acometer la reforma a fondo que necesita nuestro ordenamiento penal, de acuerdo con los postulados mínimos enunciados.

Una reforma de este carácter no puede llevarse a cabo sin recabar la colaboración de las Facultades de Derecho —y asimismo de los demás estamentos interesados en la administración de la justicia penal—, como es uso en los países de nuestro mundo cultural. Nos reiteramos, por último, en lo acordado en las Jornadas de Profesores Numerarios de Derecho Penal celebradas en Valladolid en el mes de abril de 1972.”

**STRAFRECHT UND STRAFRECHTSREFORM**, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1974, 336 págs.

Durante los días 7 al 12 de octubre de 1973 se celebraron en la ciudad alemana de Ludwigsburg (Stuttgart) unas Jornadas de Derecho penal, patrocinadas y organizadas por la Fundación Alexander von Humboldt en las que intervinieron 43 penalistas procedentes de 12 países, la mayoría de ellos becarios antiguos de dicha Fundación. En el libro que ahora comentamos se contienen todas las comunicaciones y discusiones que tuvieron lugar en dichas Jornadas.

Precedidas de unas palabras pronunciadas por el secretario general de la Fundación, doctor PFEIFFER, el día de la inauguración, se contienen en la primera parte las comunicaciones de los profesores ARMIN KAUFMANN y JESCHEK, sobre la reforma del Derecho penal alemán y sobre las actividades del Max Planck Institut de Derecho penal de Friburgo i. Br., respectivamente, y del miembro de la Comisión parlamentaria de reforma del Derecho penal MÜLLER-EMMERT, que trata también de la reforma penal alemana.

En la segunda parte se ofrecen las comunicaciones y discusiones habidas en los distintos grupos regionales formados por países de afinidad geográfica o cultural. En el grupo latinoamericano, español y portugués se recogen las comunicaciones correspondientes de los profesores BARBERO SANTOS ("Breve exposición de los fundamentos político-criminales del sistema sancionatorio del Derecho penal español desde 1848"), GIMBERNAT ORDEIG ("¿Intentos de reforma en España?"), CEREZO MIR ("El Anteproyecto de 1972 de una nueva parte general del Código penal"), POLAINO NAVARRETE ("Bien jurídico y reforma del Derecho penal"), DA SILVA CORREIA ("Contenido y ámbito del proyecto de reforma del Código penal portugués"), BACIGALUPO ("El desarrollo actual de la legislación penal latinoamericana") y SCHÖNE ("El Centro Internacional de Investigación de Ciencias Penales en Buenos Aires"). En el grupo formado por Yugoslavia y Grecia se contienen las comunicaciones presentadas por DIMITRIJEVIC ("El estado actual del Derecho penal yugoslavo"), MLADJENOVIC ("La nueva redacción del Código penal yugoslavo a la luz de las recientes modificaciones constitucionales") y BENAKIS ("Relaciones entre Derecho penal griego y alemán"). En la parte dedicada al grupo formado por Japón y Corea se ofrecen las comunicaciones de NISHIHARA ("La influencia del Derecho penal alemán en la reforma del Derecho penal japonés"), FUKUDA ("Sobre las relaciones entre la dogmática jurídico-penal alemana y japonesa"), NAITO ("Consideraciones iuscomparatistas sobre el Proyecto de Código penal japonés y la reforma del Derecho penal alemán"), SAITO ("La reforma de la ley de ejecución penitenciaria japonesa") y UK TJONG ("Relaciones entre el Derecho penal alemán y el coreano"). Termina esta parte con una comunicación de WOETZEL, perteneciente al grupo de los Estados Unidos de América, sobre "El crimen organizado y la reforma del Derecho penal en Estados Unidos".

La tercera parte contiene las comunicaciones y discusiones habidas en los grupos formados por especialidades. En el apartado dedicado al grupo de "Criminalidad económica" se ofrecen las comunicaciones de TIEDEMANN ("Introducción al Derecho penal económico y a la delincuencia económica en la República Federal alemana") y KANAZAWA ("Sobre la evolución en el

ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Japón"). En otro grupo se trata de la culpabilidad y se contienen los trabajos presentados por ROXIN ("Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas en Derecho penal" y "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad"), OHNO ("Los elementos de la culpabilidad en Derecho penal") y MUÑOZ CONDE ("Función de la norma penal y reforma del Derecho penal"). En el grupo dedicado al Derecho penal internacional se contiene una comunicación de KOGURE sobre "El Derecho japonés en relación con el Derecho penal internacional". Cada uno de estos apartados termina con un resumen de las discusiones habidas en el seno de las sesiones y con las conclusiones adoptadas.

Dada la diversidad de los temas tratados, es difícil hacer una valoración conjunta de los trabajos reseñados. Especial interés tienen para nosotros, naturalmente, las comunicaciones presentadas en el grupo español y latinoamericano, así como las conclusiones que en él se adoptaron. Denominador común de todas ellas fue la actitud crítica adoptada frente a la legislación penal y a los proyectos de reforma en dichos paisajes. Igualmente interesantes fueron también las comunicaciones presentadas en otras secciones, sobre todo las de ROXIN en tema de culpabilidad, que provocaron una amplia discusión, en parte recogida en el libro. Por todo ello, el libro resulta interesante y, por su pluralismo, ameno e instructivo; al mismo tiempo es una buena muestra de la importancia y conveniencia de estas reuniones internacionales, entre las que éste celebrada en Ludwigsburg puede considerarse modelo. Por la magnífica organización de entonces y por la oportuna publicación de este libro ahora felicitamos una vez más a la Fundación Alexander von Humboldt.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

### **LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA**

Como es sabido, esta rúbrica da título a un Comité especial de las Naciones Unidas y a los diversos congresos que sobre la materia organiza cada cinco años.

Tal Comité celebró su tercera sesión en Ginebra, del 23 de septiembre al 3 de octubre de 1974, acordando confirmar los trabajos preparatorios del V Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de delinquentes, que se celebrará en Toronto (Canadá) durante el mes de septiembre de 1975.

También, y presidiendo la sesión M. AHMAD KHALIFA (Egipto) el Comité elaboró un proyecto de plan internacional de acción para la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia, cuyo estudio se proseguirá en la cuarta sesión, a celebrar en 1976 (es el documento de las Naciones Unidas E/AC.57/21 y Add 1 y 2). Además de los principios generales, el proyecto trata de problemas nuevos y especiales que plantean los delitos y actos de violencia internacionales, de la prevención del delito y los procedimientos judiciales, así como de los futuros trabajos del Comité.

**LAS NACIONES UNIDAS Y LA PROTECCION CONTRA LA TORTURA**

Entre los proyectos de resolución adoptados en octubre de 1974 para someter a la Asamblea General por la Tercera Comisión de las Naciones Unidas (cuestiones sociales, humanitarias y culturales), figura uno sobre protección contra la tortura.

Según su texto oficial, la Asamblea General interesaría de los Estados miembros de las Naciones Unidas facilitar informes sobre las medidas que tiendan a impedir que las personas de su jurisdicción sean sometidas a tortura o a otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o envilecedores.

El Secretario General se encargaría de establecer un resumen analítico de los informes recibidos y de someterlo al V Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento de delincuentes, así como a la Asamblea General en su sesión próxima, a la Comisión de Derechos del Hombre y a la Subcomisión de lucha contra las medidas discriminatorias y protección de minorías.

Finalmente, y según el proyecto de resolución, la Asamblea encargaría al citado V Congreso el urgente examen de la cuestión sobre redactar un código internacional de ética para la policía y fuerzas del orden.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

*Abogado del I. Colegio de Madrid*

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXVII

## FASCICULO III

Septiembre - Diciembre MCMLXXIV

### Sección Doctrinal

<i>La fundamentación doctrinal y la orientación político-criminal del Código penal chileno en el panorama actual del Derecho penal</i> , por Marino Barbero Santos ... ..	427
<i>Matrimonios ilegales en el Código penal</i> , por Santiago Mir Puig ... ..	433
<i>Comentarios al Código penal y dogmática juridicopenal</i> ... ..	481

### Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1974</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román ...	507
---	-----

### Revista de Libros

CAMPO ALANGE: <i>Concepción Arenal. 1820-1893. Estudio biográfico documental</i> , por Manuel Gurdíel Sierra ... ..	525
<i>Ensayos penales</i> , por Manuel Gállego Díaz ... ..	528
DE QUIRÓS, Bernardo y ARDILLAS, Luis: <i>El bandolerismo andaluz</i> , por José Antón Oneca ... ..	531
DEGO DÍAZ-SANTOS, María: <i>Los delitos contra la familia</i> , por José Antón Oneca ... ..	532
GÓMEZ DE LIANO, F.: <i>La imprudencia en el uso de vehículos a motor</i> , por Pilar Gómez Parón ... ..	533
PARENTI, F.; PAGANI, P.: <i>Psicología y delincuencia</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	534

### Noticario

NOTICIARIO ... ..	537
-------------------	-----

Sección de Jurisprudencia

*Jurisprudencia penal* 1974, por Pedro-Luis Yáñez Román ... 507

Revista de Libros

CAMPO ALANGE: *Concepción Arenal. 1820-1893. Estudio biográfico documental*, por Manuel Gurdíel Sierra ... 525  
*Ensayos penales*, por Manuel Gállego Díaz ... 528  
 DE QUIRÓS, Bernardo y ARDILLAS, Luis: *El bandolerismo andaluz*, por José Antón Oneca ... 531  
 DEGO DÍAZ-SANTOS, María: *Los delitos contra la familia*, por José Antón Oneca ... 532  
 GÓMEZ DE LIANO, F.: *La imprudencia en el uso de vehículos a motor*, por Pilar Gómez Parón ... 533  
 PARENTI, F.; PAGANI, P.: *Psicología y delincuencia*, por Alfonso Serrano Gómez ... 534  
 NOTICIARIO ... 537

FE DE ERRATAS

Páginas	Dice	Debe decir
531	DE QUIROS Bernaldo	BERNALDO DE QUIROS (Constancio)
532	DEGO	DIEGO
533	no	nos

Suscripción anual: España, 800,— pesetas  
Extranjero, 950,— pesetas  
Número suelto, España, 350,— pesetas  
Extranjero, 450,— pesetas