

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXVIII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXV

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (†)

Directores:

JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho penal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Redactor-Jefe:

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

Secretario:

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

Vicesecretario:

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

Consejo de Redacción:

MARINO BARBERO SANTOS
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

FERNANDO DIAZ PALOS
Magistrado del Tribunal Supremo

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ
Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

ANTONIO FERRER SAMA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

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

ADOLFO DE MIGUEL GARCI-LOPEZ
Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

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

	<u>Páginas</u>
Sección Doctrinal	
<i>Delitos cometidos por medio de la publicidad, por Ortego Costales ...</i>	5
<i>El "error iuris", perspectivas materiales y sistemáticas, por Angel Torio-López ...</i>	25
<i>La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española, por José Cerezo Mir ...</i>	41
<i>Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos, por Alfonso Serrano Gómez ...</i>	57

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: Septiembre-diciembre 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 XXVIII
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXV**

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

Delitos cometidos por medio de la publicidad

JOSE ORTEGO COSTALES

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Navarra

PRINCIPIOS GENERALES

La creciente importancia de los medios de comunicación social, con su inevitable repercusión en el derecho penal, ha dado origen a una complicada legislación; y, como lógica consecuencia, a la consideración teórica de los delitos de imprenta, delitos cometidos por medio de la imprenta e, incluso, al nacimiento del llamado Derecho penal de la prensa (1).

Hay que advertir que el predominio de los términos prensa e imprenta, justificado por razones históricas, no supone, ni en la legislación ni en la doctrina, la exclusión de los más modernos medios de comunicación social, unidos todos por el concepto de publicidad.

Puesto que ella es el alma de la cuestión, para lograr un correcto planteamiento de los problemas suscitados por la publicidad en el Derecho penal, me parece conveniente partir de los siguientes principios:

1.º Los medios de comunicación social son, ética y jurídicamente, indiferentes. Como puro instrumento técnico, sirven para el bien y para el mal; para ayudar y fortalecer a la justicia o para cometer o agravar delitos. Esta afirmación, que por su evidencia parece innecesaria, será después muy fecunda.

2.º Lo único que puede ser valorado penalmente, respecto a ellos, es el fin a que se aplican y el contenido de la comunicación.

3.º La particularidad, que en el mismo sentido ha de ser apreciada, es su gran eficacia y su capacidad de amplificación; que los hace, aplicados a la comisión de delitos, especialmente peligrosos.

TRATAMIENTO PENAL

1.º *La previa censura.*

Frente a la escasa publicidad de edictos y pregoneros, y la limitada de poetas y comediantes, la aparición de los tipos móviles crea una nueva situación, en la cual prevalece la idea de delito.

(*) Comunicación a las III Jornadas de Profesores de Derecho Penal.

(1) V. PRIETO NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, año 1971.

Jurídicamente, el problema se resuelve implantando un sistema de desconfianza, que impone la previa censura avalada por licencia.

En este sentido se cita la pragmática de Isabel y Fernando, de 8 de julio de 1502, en la que mandan y defienden "que ningún librero ni impresor de moldes, ni mercaderes, ni factor de los suso dichos, no sea osado de hacer imprimir de molde de aquí en adelante por vía directa ni indirecta ningún libro de ninguna Facultad o lectura, o obra, que sea pequeña o grande, en latín ni en romance, sin que primeramente tenga para ello nuestra licencia y especial mandado".

Los primeros temores pudieron ser de tipo religioso, puesto que, salvo en Valladolid y Granada, donde los encargados de dar la licencia fueron los Presidentes de las Audiencias, en Toledo, Sevilla, Burgos, Salamanca y Zamora lo fueron los correspondientes Arzobispos y Obispos. Incluso en Granada pudo hacerlo también el Arzobispo. La pena impuesta a los infractores es relativamente benigna: quema de los libros y multa de "tantos maravedís como valieren los dichos libros".

Pero pronto cambiaron las cosas. La licencia pasa al Consejo de Castilla, lo que parece darle un matiz político, y se endurece la pena hasta el extremo de que la pragmática de 7 de septiembre de 1558 impone la de muerte "y perdimiento de todos sus bienes" para los impresores sin licencia.

A pesar de ello, y de que los libros aparecen cargados de censuras, aprobaciones y licencias, es indudable que son frecuentes los "papeles" que burlan esta legislación. Sólo así se explica la insistencia con que, durante los siglos XVII y XVIII, se recuerda la necesidad de vigilar su cumplimiento (2).

El Decreto de 3 de mayo de 1805 amplía la desconfianza a los propios censores. Según su preámbulo "El orden que hasta ahora se ha observado en cuanto a las licencias para imprimir, como también para la introducción de libros extranjeros, no basta a evitar el gran daño que causan las malas doctrinas. Los muchos negocios que están a cargo de mi Consejo, no le permiten atender a éste con la vigilancia y celo que hoy se necesitan... se ven precisados a fiarse de subalternos, cuyo interés privado suele prevalecer al público". En consecuencia se crea un Juez privativo de imprentas, quien, según el artículo 17, nombrará censores para los periódicos. Y estos censores, además de perder el empleo, sufrirán en caso de infracción las mismas penas en que incurran los autores de los textos.

Este Decreto es, en cierta forma, la última manifestación del imperio de la desconfianza y la precia censura.

(2) V., como ejemplo, las disposiciones siguientes: de Felipe IV, 13 de junio de 1627, "absoluta prohibición de imprimir papeles algunos sin las licencias que se previenen; de Carlos II, 8 de mayo de 1682: "No se dé licencia para imprimir papel alguno, sin preceder su examen por el Tribunal a quien toque"; de Felipe V, 30 de junio de 1705: "No se imprima papel alguno sin licencia del Consejo, o del Ministro encargado de esta comisión"; De Fernando VI, 18 de diciembre de 1749: "No se imprima papel alguno sin licencia del Consejo o Tribunal a quien toque".

No quiere decir esto que ambas desaparezcan, sino que pasan a ser excepción.

En primer lugar, se mantienen para los escritos sobre materia de religión (3), e incluso, en el Real Decreto de 2 de abril de 1852, para los asuntos políticos o administrativos de las provincias de Ultramar (artículo 99).

En segundo lugar, renacen con harta frecuencia, como una constante histórica, incluso en contradicción con las solemnes declaraciones constitucionales. Y llegan hasta nuestros días. Sirven de ejemplo los blancos con que los periódicos manifestaban su protesta durante la segunda República. Para impedir esta desagradable forma de evidenciar los daños que la censura producía en la prensa, la Real Orden de 1 de junio de 1834 estableció, en su artículo 16, que “los periódicos no podrán publicarse con ninguna parte de sus columnas en blanco. Los editores de los periódicos en que por este medio, el de líneas de puntos o cualquiera otro semejante, se indique la supresión de artículos presentados a la censura, pagarán por primera vez una multa de 2.000 reales; de 4.000 reales por la segunda, y a la tercera serán suprimidos los periódicos”. Hay que recordar, también, el artículo 2.º de la Ley de 22 de abril de 1938.

2.º *La libertad de imprenta.*

Frente al sistema de la desconfianza y la previa censura, el de libertad de imprenta, en lugar de sobrevalorar el peligro, contempla en primer plano los valores positivos de la prensa.

Es ejemplar, en este sentido, el Decreto de 10 de noviembre de 1810, al afirmar “que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es, no sólo un freno de arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la Nación en general, y el único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública”.

Consecuente con este principio, establece la “libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación” (art. I). Y en el artículo II suprime los juzgados de imprenta y la previa censura.

Siguen este criterio todas las constituciones españolas. Como es natural, la de 1812 reproduce textualmente el párrafo citado (ar. 371). Sin previa censura, dicen las de 1837 (art. 2.º), 1845 (art. 2.º), 1876 (artículo 13) y 1931 (art. 34). El Fuero de los españoles, en su artículo 12, establece que “todo español podrá expresar libremente sus ideas”.

Párrafo aparte merece la Constitución de 1869, por la forma especial en que plantea la cuestión. Si las anteriores afirmaban que todos los españoles tienen libertad, o pueden imprimir y publicar libremente sus ideas, ésta invierte los términos: “Tampoco podrá ser privado

(3) D. 10-11-1810, arts. VI y XII; R. D. 10-4-1844, art. 105; R. D. 2-11-1852, art. 100, y L. 13-7-1857, art. 6.

ningún español: del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante" (art. 17).

Puede ser cuestión de matiz, pero es lo cierto que si en las demás cabe interpretar que es un derecho concedido por la constitución, en ésta aparece como un derecho de la propia persona; que la ley no otorga, sino que garantiza.

3.º *Las limitaciones.*

El sistema de confianza y libertad de imprenta tiene algunas limitaciones. El fundamento de ellas es evitar la impunidad. Si se puede publicar sin previa censura, hay que garantizar de alguna forma que no podrán eludir su responsabilidad, escudados en el anonimato, quienes abusando de esta libertad cometan delitos. Otro tipo de medidas cautelares va encaminado a evitar la difusión de los impresos delictivos.

Quedan autorizadas por los textos constitucionales, de una manera muy general, casi siempre mediante una fórmula que expresa que el ejercicio de dicha libertad se verificará con sujeción a las leyes (4). Por tanto, es la legislación de prensa la encargada de concretar tales limitaciones, más o menos importantes, según el régimen político imperante.

Opuesto a ellas, el Decreto Ley de 23 de octubre de 1868 razona "que no se deben adoptar precauciones para la imprenta, cuando ninguna legislación las emplea en los demás casos de vida, ni en las acciones de los hombres, no menos expuestas al abuso; que la ley deja libre el albedrío a todos, y cada cual trata de no cometer delitos, por horror natural a ellos, y por temor de incurrir en las penas impuestas a los criminales" (5).

En su defensa, el Real Decreto de 31 de diciembre de 1875 aduce que "en todas partes se ha regulado por la ley el ejercicio del derecho de escribir, ya bajo un sistema puramente represivo, más o menos garantido con ciertas precauciones, ya admitiendo la prevención para casos determinados, a fin de impedir que en un momento dado se

(4) "Bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes", dice la constitución de 1812 en su art. 371; "con sujeción a las leyes", las de 1837 y 1845, en el art. 2.º. La de 1876 destaca el aspecto político en el artículo 14: "sin menoscabo de los derechos de la Nación, ni de los atributos esenciales del Poder público". El Fuero de los españoles, "mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado" (art. 12).

(5) La diatriba con que comienza el preámbulo de este D. L. merece ser reproducida: "A la primera aurora de nuestra libertad se reconoció el derecho de todos los españoles para imprimir y publicar sus ideas sin previa censura; derecho consignado posteriormente en todas las Constituciones, pero con grandes mermas a veces en las cláusulas reglamentarias, y reducido, por último, a la nulidad más absoluta para que los escándalos de todas especies no tuvieran la menor traba ni cortapisa, fingiendo los gobernantes, con hipócrita industria y solemnidad irrisoria, que al orden social estaban atentos, cuando ellos solos introducían el desorden más ruinoso en todos los ramos de la administración pública del Estado."

ponga en peligro la tranquilidad pública... Abandonar a la ley penal común y al juicio criminal ordinario la represión de todos los abusos que por la imprenta puedan cometerse, es un sistema que a primera vista seduce por su sencillez, pero que no resiste a un examen detenido”.

Con independencia de la opinión que sobre estas limitaciones se tenga, es lo cierto que se han impuesto con carácter universal. Por tanto, lo importante es discernir cuáles han de mantenerse, y qué consecuencias debe producir su incumplimiento.

a) *El pie de imprenta.*

La primera y más extendida de las limitaciones es el pie de imprenta, que no tiene más finalidad que impedir el anonimato en cuanto a la impresión y forzar, por medio de una responsabilidad subsidiaria, al conocimiento de los autores o editores. Al suprimir las licencias, lo estableció el Decreto de 10 de noviembre de 1810 en su artículo VIII: “Los impresores están obligados a poner sus nombres y apellidos y el lugar y año de la impresión en todo impreso, cualquiera que sea su volumen; teniendo entendido que la falsedad de alguno de estos requisitos se castigará como la omisión absoluta de ellos.” A partir de este momento se mantiene con ligeras variantes en toda nuestra legislación de prensa (6).

b) *La licencia y el editor responsable.*

Otras limitaciones para las publicaciones periódicas son la necesidad de licencia o inscripción previa y la de tener un editor o director responsable.

Cumplen la misma función que el pie de imprenta en el resto de las publicaciones, pero tienden también a garantizar la posible responsabilidad pecuniaria.

Respecto a la licencia, la legislación varía notablemente. Desde la Real Orden de 1 de junio de 1834 que la configura como una concesión graciosa (“En el caso en que S. M. se digne conceder su Real permiso”), hasta la Ley de 26 de julio de 1883, que se conforma con que se ponga en conocimiento de la autoridad cuatro días antes de comenzar la publicación, acompañando un escrito con los datos más importantes, hay varios términos medios (7).

El editor o director responsable ha de reunir siempre unos determinados requisitos y en algunas de nuestras disposiciones legislativas se le obliga a depositar una fianza (8). De cómo se falseó esta figura

(6) R. D. 2-4-1852, art. 3.º; L. 13-7-1857, art. 1.º; R. D. 7-3-1867, art. 3.º; Ley 7-1-1879, art. 3.º; L. 26-7-1883, art. 18, y L. 14/1966 del 18-3, art. 11.

(7) V., como ejemplo, L. 7-1-1879, art. 4.º y L. 14/1966 de 18-3, art. 26.

(8) Respecto a editor, v. R. O. 1-6-1834, arts. 2.º y 4.º; L. 22-3-1837, artículos 1.º y 3.º; R. D. 2-4-1852, arts. 4.º y 16; L. 13-7-1857, arts. 10, 12 y 14; R. D. 7-3-1867, art. 4.º; L. 26-7-1883, art. 8.º, y L. 14/1966 de 18-3, artículos 34 a 36.

con los “hombres de paja” da idea el preámbulo del Real Decreto de 31 de diciembre de 1875: “Nuestras leyes o decretos del período constitucional fluctuaron entre las penas corporales y las pecuniarias, habiendo ofrecido aquéllas el triste cuadro de los *editores responsables*, hombres desgraciados, que por precio vivían (nuevo género de esclavitud) bajo el peso de una serie interminable de condenas, por delitos que no habían cometido ni podido cometer”.

c) *El depósito y el secuestro.*

El depósito y el secuestro, que son entidades complementarias, tienen una finalidad distinta a las anteriores. No se trata con ellas de asegurar la responsabilidad, sino de evitar la consumación de delitos por medio de la prensa. El depósito de ejemplares, previo a la difusión, permite su rápido secuestro en caso de delito.

Respecto al depósito, ha variado en nuestra legislación el número de ejemplares y las personas a quienes se debe de hacer la entrega (jefe político, gobernador civil, alcalde, promotor fiscal, delegación del Ministerio de Información), e incluso el tiempo (en el momento de empezar la difusión o dos o media hora antes), pero su naturaleza y función ha sido siempre la misma (9).

Sin embargo, el secuestro, mucho más importante, ha sido variado de naturaleza en sus diferentes regulaciones.

Si el depósito es una verdadera limitación a la libertad de prensa, el secuestro no. Siempre que el impreso sea delictivo, el secuestro queda justificado por el abuso de dicha libertad. La autoridad gubernativa está obligada a interrumpir el *iter criminis* impidiendo su difusión. Incluso una vez iniciada ésta, y consumado, por tanto, el delito, debe de limitarla en cuanto sea posible. Igual que debe recoger una emisión de moneda falsa. Pero, naturalmente, queda también obligada a poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial, que ha de resolver en última instancia (10).

Alterando esta naturaleza, la Real Orden de 1 de junio de 1834 (art. 24) y el Real Decreto de 10 de enero de 1852 autorizan el secuestro sin posterior denuncia, lo cual es una evidente limitación no justificada.

Una curiosa posición intermedia da opción al responsable del impreso para conformarse con la recogida o sufrir las consecuencias del curso de la denuncia (11).

4.º *Los delitos y faltas de imprenta.*

Los delitos de imprenta se inician en nuestra legislación en el Decreto de 22 de octubre de 1820, que los divide en subversivos,

(9) V., L. 17-10-1837, art. 13; R. D. 2-4-1852, art. 7.º; L. 13-7-1857, artículo 21; R. D. 7-3-1867, art. 5.º; D. 29-1-1875, art. 8.º; L. 7-1-1879, artículo 8.º; L. 26-7-1883, art. 11; L. 14/1966 de 18-3, art. 12.

(10) Adoptan este correcto procedimiento la L. 17-10-1837, art. 14; los Reales Decretos 2-4-1852 y 31-12-1875, ambos en los arts. 8.º y 9.º, y la Ley 14/1966 del 18-3, en el art. 64-2.

(11) L. 13-7-1857, art. 9.º, y R. D. 7-3-1867, art. 9.º.

sediciosos, incitadores a la desobediencia, obscenos o contrarios a las buenas costumbres y libelos infamatorios. La pena por estos delitos puede llegar hasta seis años de prisión.

Nace con ellos una jurisdicción especial. Los jueces de primera instancia quedan reducidos a la formación del sumario y ejecución de la condena, mientras que el fallo corresponde a un Tribunal de jueces de hecho (12).

Posteriormente, la Constitución de 1837 establece en su artículo 2.º que “La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados” y el Código de 1850 los declara no sujetos a sus disposiciones en el artículo 7.

Se confirma así una dualidad entre delitos de imprenta y delitos comunes que, con un ligero paréntesis, va a mantenerse hasta 1883.

Para comprender su naturaleza y sistema son fundamentales tres disposiciones: el Real Decreto de 2 de abril de 1852, la Ley de 13 de julio de 1857 y el Real Decreto de 7 marzo de 1867.

Las tres coinciden en los siguientes puntos:

1.º Definen tipos delictivos y establecen las correspondientes penas.

2.º Imponen un procedimiento especial para su persecución y castigo.

3.º Establecen una serie de faltas de tipo administrativo.

Respecto a los delitos, el Real Decreto de 2 de abril de 1852 contiene en el artículo 24 una clasificación que aclara mucho su naturaleza: “Se delinque por la imprenta: 1.º Contra el rey y su real familia. 2.º Contra la seguridad del Estado. 3.º Contra el orden público. 4.º Contra la sociedad. 5.º Contra la religión o la moral pública. 6.º Contra la autoridad. 7.º Contra los soberanos extranjeros. 8.º Contra los particulares.” Casi idéntica es la clasificación del Real Decreto de 7 de marzo de 1867 (art. 17), y muy parecida la relación de tipos penales que, sin previa clasificación, incluye la Ley de 13 de julio de 1857 en los artículos 24 a 31.

Como penas, aplica la prisión, desde dos meses hasta seis años, acompañada de multa (arts. 35 a 40). Los delitos cometidos contra los particulares los remite a las disposiciones del Código. Son muy parecidas las penas impuestas por el Real Decreto de 7 de marzo de 1867 (arts. 28 a 33). Con un criterio mucho más acertado, la Ley de 13 de julio de 1857 impone solamente multas (arts. 33 a 36).

Por lo que se refiere al procedimiento, el Real Decreto de 1852 atribuye la competencia al Tribunal Supremo, al jurado o a los Tribunales ordinarios, según la naturaleza del delito (arts. 42 a 47); de esta competencia depende el que se haya de seguir. La Ley de

(12) Es cierto que el D. 10-11-1810 hablaba ya en su art. IV de “Los libelos inflamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres”, pero ni creaba tipos delictivos ni establecía penas. Y en el art. V remitía a la jurisdicción ordinaria la “averiguación, calificación y castigo de los delitos que se cometan por el abuso de la libertad de imprenta”.

1857 ordena la creación de un Tribunal de imprenta, constituido por un magistrado presidente y tres o cinco jueces de primera instancia. El procedimiento queda regulado en el Título VII. Por último, el Real Decreto de 1867 nombra un juez y un fiscal de imprenta en Madrid, y en las provincias encarga a un juez ordinario y a los promotores fiscales del mismo juzgado el desempeño de esta misión. También dedica el Título VII al procedimiento.

Pero lo más importante, por las consecuencias que de ello se pueden deducir, es la inclusión de un Título, el IX en las tres disposiciones citadas, dedicado a las faltas y a la intervención de la autoridad gubernativa.

Entre ellas se incluye el quebrantamiento de las limitaciones antes referidas: ausencia de pie de imprenta (13), de licencia o editor responsable (14) y del depósito previo de ejemplares (15).

Queda claro que se consideran faltas administrativas y que es la autoridad gubernativa la encargada de sancionarlas. Para que no haya duda, el Real Decreto de 1867 aclara en el artículo 48 que "El castigo de estas faltas no impedirá la persecución de los delitos que contuviesen los impresos".

En resumen, durante gran parte del siglo XIX tenemos en nuestra legislación unos delitos de imprenta, tipificados en las correspondientes leyes especiales y sometidos a un procedimiento también especial; y unas faltas de tipo administrativo, entre las cuales se incluye el incumplimiento de las limitaciones de la libertad de imprenta antes citadas.

Por eso el artículo 7 del Código penal de 1850 establece que "No están sujetos a las disposiciones de este Código los delitos militares, los de *imprenta*, los de contrabando, los que se cometan en contravención a las leyes sanitarias, ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales".

5.º *Los delitos cometidos por medio de la imprenta.*

Es evidente que la existencia de los delitos de imprenta no impide que entre los comunes haya algunos en los cuales la conducta prevista por el legislador consiste en "publicar" o "imprimir". Y otros en que la "publicidad" es elemento integrante del tipo (16). Para diferenciarlos de los anteriores han recibido el nombre de delitos cometidos por medio de la imprenta.

Aunque generalmente no esté admitido por la doctrina, tam-

(13) R. D. 1852, art. 103; L. 1857, art. 89; R. D. 1867, art. 44-2.º

(14) R. D. 1852, arts. 105 y 106; L. 1857, arts. 90 y 91; R. D. 1867, artículo 44-5.º

(15) R. D. 1852, art. 107; L. 1857, art. 92; R. D. 1867, art. 44-3.º

(16) Código penal de 1850, art. 146: "El que ejecutare, introdujere o *publicare* en el reino cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero, que ofenda la independencia o seguridad del Estado..."

Id. art. 130-2.º: "El que con igual *publicidad* se mofare de alguno de los Misterios o Sacramentos de la Iglesia, o de otra manera excitare a su desprecio."

bién deben ser incluidos en este grupo todos aquellos delitos que pueden realizarse empleando la prensa como instrumento o medio, siempre que así ocurra, aunque no haya sido previsto por el tipo penal (17).

Este es el concepto que mejor se ajusta a nuestra legislación del siglo XIX y que de forma expresa impone el artículo 23 de la Ley de 13 de julio de 1857: "Son delitos de imprenta los comprendidos y condenados en la presente ley. Todos los demás que por su medio se cometan serán juzgados con arreglo a las leyes comunes, y por los Tribunales que ellas declaren competentes."

6.º *Supresión de los delitos y faltas de imprenta.*

El Decreto Ley de 23 de octubre de 1868, al eliminar los tipos delictivos, la jurisdicción especial y las limitaciones previas, hace que desaparezcan los delitos y faltas de imprenta.

Su preámbulo es rotundo: "Nada mas ya de medidas preventivas; nada de providencias recelosas contra la libre emisión del pensamiento humano; nada de fiscalías ni de censuras contra las producciones impresas o representadas: nada de juzgados especiales... Dentro del Código penal hay además sobrados recursos para que la injuria y la calumnia sean castigadas, y para que a la sombra de la libertad de imprenta no queden impunes los transgresores de las leyes en ningún caso."

De acuerdo con esta declaración, en el artículo 1.º establece que "Todos los ciudadanos tienen derecho a emitir libremente sus pensamientos por medio de la imprenta, sin sujeción a censura ni a ningún otro requisito previo", y en el 2.º que "Los delitos comunes que por medio de la imprenta se cometan, quedan sujetos a las disposiciones del Código penal, derogándose en esta parte el artículo 7.º del mismo".

Aunque no se hubiera derogado expresamente, esta parte del artículo quedaba sin objeto, al no existir ley especial que tipificara delitos de imprenta. Se ha terminado con la dualidad, y ya no existen más que delitos cometidos por medio de la imprenta; es decir, los contenidos en el Código de 1850 y sometidos a la jurisdicción ordinaria.

A la vez, al desaparecer las limitaciones previas, desaparecen las faltas gubernativas que sancionaban su incumplimiento.

Confirma este criterio la Constitución de 1869. El artículo 22 dice que "No se establecerá ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título (en ese título I, art. 17, está comprendida la libertad de imprenta). Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos".

(17) Mazzanti, en posición mayoritaria, opina que la publicidad tiene que ser condición de punibilidad de estos delitos. V., *Peccati di stampa e reati commessi a mezzo della stampa. Rito e competenza*, Giust. pen., 1956, III, col. 341.

Inmediatamente después de proclamarse la Constitución, el Decreto Ley de 23 de octubre de 1868 es elevado al rango de ley el 20 de junio de 1869.

No es por tanto el Código penal de 1870 el que acaba con la ley penal especial, ni lo hace incorporando al derecho común los delitos de imprenta, como afirma Rodríguez Devesa (18). Es que aquélla y éstos han desaparecido con el Decreto Ley de 1868.

Cuando, dos años después, se pone en vigor el Código de 1870, sólo habla de los delitos cometidos por medio de la imprenta. No podía hacer otra, porque no existían otros. Y nada nos autoriza, ni en su texto ni en la legislación vigente en el momento de su aparición, para hablar de delitos de imprenta.

Sin embargo, la doctrina actual sigue hablando de ellos, indudablemente por influencia de la italiana. Y por eso lo hace dando un concepto que conviene a la legislación italiana, pero no a la nuestra. E involucrando dos problemas distintos: el de los delitos de imprenta y el de los delitos materiales y formales.

Dice Jiménez Asenjo: "Cabe distinguir dos clases de delitos de imprenta: unos formales, y materiales los otros. Son formales aquellos que constituyen, en esencia, incumplimiento de las disposiciones de policía de imprenta... Los delitos de imprenta materiales son, por el contrario, aquellos que se realizan "por medio" de la imprenta, pero atacan los bienes jurídicamente protegidos por el derecho penal" (19).

Rodríguez Mourullo sigue el mismo criterio: "Es de notar asimismo que el texto legal habla de "los delitos y faltas que se cometan *por medio* de la imprenta", y no de los *de* imprenta. Estos últimos son los que se refieren específicamente a infracciones del Derecho de prensa en imprenta en *sí mismo considerado*, mientras que los primeros lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos de naturaleza diversa, en virtud de actos realizados a través de la imprenta u otro medio publicitario" (20).

Para ambos, y para Rodríguez Devesa (21), es delito de imprenta el tipificado en el artículo 165: "Incurrirán en la pena de arresto mayor los autores, directores, editores o impresores, en sus respectivos casos, de impresos clandestinos. Se entienden por tales los que no reúnan los requisitos exigidos por la legislación de prensa e imprenta". Rodríguez Mourullo incluye también los artículos 165 bis a) y b).

Que coincide con la doctrina italiana es evidente. Para Mazzanti, es delito de imprenta aquel que se refiere al régimen de policía de la reproducción de escritos, mientras que es delito cometido por medio de la imprenta aquel que emplea la publicidad, que es con-

(18) *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, 1974, págs. 707-708.

(19) *Delitos de imprenta*, en N. E. J., VI, Barcelona, 1964, pág. 703.

(20) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, T. I, Barcelona, 1972, pág. 800.

(21) *Derecho penal español*, Parte especial, Madrid, 1973, pág. 641.

dición de punibilidad, como medio para su ejecución (22). Claro que en Italia esto tiene sentido, puesto que es la Ley de prensa de 8 de febrero de 1948 la que tipifica y castiga los delitos de imprenta, mientras que los cometidos por medio de la imprenta pertenecen al Código penal. Y aquellos, consisten, efectivamente, en la infracción de las normas de policía de imprenta.

Por eso Nuvolone dice que la diferencia se funda en la distinción entre delitos de acción y de omisión. Para él, los delitos de imprenta son de omisión; consisten en no realizar las previsiones exigidas por la Ley de prensa. Y afirma, con acierto, que la contraposición entre ambas clases de delito no parece persuasiva desde el punto de vista dogmático. Como ejemplo del absurdo a que lleva, señala que la difamación y la negativa a rectificar tienen la misma naturaleza y, por culpa de la distinción, distinto tratamiento. Considera urgente una reforma legislativa que restituya la unidad del sistema (23).

Afortunadamente, nuestra Ley de prensa e imprenta no tipifica ningún delito, y el artículo 64 se limita a decir que "La responsabilidad criminal será exigida ante los Tribunales de Justicia, de conformidad con lo establecido en la legislación penal y por los trámites que establecen las Leyes de procedimiento". Aunque no lo dijera ocurriría lo mismo.

Resulta por tanto inexplicable que importemos una teoría, que en Italia viene desgraciadamente impuesta por su derecho positivo, cuando nuestra legislación ha suprimido los delitos de imprenta.

La Ley de prensa de 7 de enero de 1879 es una prueba más a favor de esta tesis. Vuelve al viejo sistema y renacen los delitos de imprenta. Los tipifica en el artículo 16, que de forma expresa comienza: "Constituye delito de imprenta": y contiene trece números, referentes en su mayoría a delitos políticos, similares a los contenidos en las disposiciones anteriores. Las penas son siempre de suspensión, y supresión del periódico en caso de reincidencia.

Incluye los tribunales y fiscales especiales en los Títulos VI y VII y las normas de procedimiento en el VIII.

El Título IX está dedicado a las "infracciones de policía" y en los artículos 79 y 81 considera como tales la publicación de impresos sin los requisitos señalados y el no hacer el depósito dos horas antes del reparto de ejemplares.

Para que quede clara la diferencia, el artículo 19 excluye los delitos cometidos por medio de la imprenta: "Los delitos a que se refieren los títulos 1.º y 2.º del libro 2.º en sus secciones 1.ª, 2.ª y 3.ª del Código penal, no están comprendidos en la presente ley; y si se cometiere alguno de ellos *por medio de la imprenta*, será juzgado por la jurisdicción ordinaria y castigado con arreglo a dicho Código."

(22) *Reati di stampa e reati commessi a mezzo della stampa. Rito e competenza*, Giust. pen., 1956, III, col. 343.

(23) *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, 1971, págs. 14-15.

Como el discutido artículo 165 es el equivalente al 203 del Código de 1870, y éste se encontraba en la sección 1.^a del capítulo II del libro 2.^o de dicho Código, no hay duda de que era considerado como un delito cometido por medio de la imprenta. Y, además, el artículo 3.^o de la Ley hace una remisión expresa: "Todo impreso que no lleve pie de imprenta, o lo lleve supuesto, será considerado como clandestino, y sus autores, directores, editores o impresores, quedarán sujetos a la responsabilidad que señala el artículo 203 del Código penal."

Afortunadamente, la Ley de imprenta del 26 de julio de 1883 termina definitivamente con los delitos de imprenta. Mantiene las faltas con su tradicional naturaleza: "Las infracciones a lo prevenido en esta ley, que no constituyan delito con arreglo al Código penal, serán corregidas gubernativamente..." (art. 19).

7.^o *El pretendido delito formal de imprenta.*

Advertido que no deben involucrarse los problemas de delito de imprenta y delito formal, aunque ambos sean planteados por el artículo 165 del Código penal vigente, y tratado ya el primero, es necesario afrontar el segundo. ¿Es el delito tipificado en dicho artículo un delito formal?

Es indudable que una mayoría de la doctrina española así lo entiende. Ya hemos visto que Jiménez Asenjo no solamente acepta esta opinión, sino que confunde delito formal con delito de imprenta. Quintano Ripollés dice que en este artículo el Código se limita a "señalar la pena de arresto mayor a los infractores de determinadas disposiciones, ilicitudes administrativas que de este modo quedan elevadas al rango de delitos, pero que conservan su naturaleza eminentemente formal de desobediencia" (24). Con el mismo criterio dice Rodríguez Devesa que "los tipos que contiene el artículo 165 se ciñen estrictamente a la mera infracción de disposiciones administrativas: son en el fondo delitos de policía" (25).

Hay que advertir que este concepto del delito formal como pura desobediencia es rechazado enérgicamente por autores tan importantes como Bettiol y Maurach, entre otros muchos. Todo delito tiene que lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Bettiol dice "que la reciente tentativa de parte de la literatura a'emana de querer eliminar del ámbito de la noción del delito la lesión del bien jurídico ha levantado un estupor muy vivo" (26), y según Maurach "Parece que el concepto de bien jurídico, tan hostilizado y discutido, se ha impuesto en el pensamiento jurídico del presente" (27).

Pero aparte de esta opinión, que compartimos, hay razones de

(24) *Curso de Derecho penal*, T. II, Madrid, 1963, pág. 531.

(25) *Derecho penal español*, Parte especial, Madrid, 1973, pág. 639.

(26) *Scritti giuridici*, T. I, Padova, 1966, pág. 319.

(27) *Tratado de Derecho penal*, trad. Córdoba, T. I, Barcelona, 1962, página 249.

tipo histórico y técnico que permiten interpretar de otra forma el artículo 165. Veamos ambas.

a) Razones de tipo histórico.

Este artículo nace, con el número 203, en el Código de 1870: “Incurrirán en la pena de arresto mayor:

1.º Los autores, directores, editores o impresores, en sus respectivos casos, de publicaciones clandestinas.

Se entiende por tales las que no lleven pie de imprenta o lo lleven supuesto.

2.º Los directores, editores o impresores, también en sus respectivos casos, de publicaciones periódicas que no hayan puesto en conocimiento de la Autoridad local el nombre del director antes de salir aquélla a luz.

En la misma pena incurrirán los mencionados en este artículo cuando no pusieren en conocimiento de la Autoridad local, antes de salir a luz la publicación periódica, el nombre del editor, si aquélla lo tuviere”.

Si reducimos el delito al puro incumplimiento de las limitaciones a la libertad de imprenta antes citadas —pie de imprenta y designación de director o editor—, sin exigir lesión o peligro de un bien jurídico, se produciría una inexplicable contradicción.

Es preciso tener en cuenta que cuando aparece el Código están en vigor la Constitución de 1869 y la Ley de 20 de junio del mismo año. Es decir, las más liberales. La primera, que ha prohibido a leyes y autoridades establecer disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de estos derechos, como vimos en su ya citado artículo 22.

La segunda, que en los párrafos de su preámbulo, también antes citados, afirma “que no se deben adoptar precauciones para la imprenta, cuando ninguna legislación las emplea en los demás casos de la vida... Nada más ya de medidas preventivas”. Y que en el artículo 1.º dispone que “Todos los ciudadanos tienen derecho a emitir libremente sus pensamientos por medio de la imprenta, sin sujeción a censura *ni a ningún otro requisito previo*”.

¿Cómo es posible compatibilizar la doble prohibición, constitucional y legal, de requisitos o medidas previas, con la creación de un tipo penal que castiga su puro incumplimiento?

¿No resulta extraño que quienes han atribuido a “hipócrita industria y solemnidad irrisoria” de los antiguos gobernantes la justificación de estas medidas, conviertan su incumplimiento en delito, castigado con privación de libertad, cuando antes era una infracción con multa?

Hay que pensar que el legislador del siglo XIX, con menos refinamiento técnico, pero posiblemente con más sentido práctico de la realidad de la vida jurídica, imaginó siempre el impreso clandestino como un ataque a las instituciones políticas. Entre otras cosas porque, en la época de mayor libertad de prensa, no era siquiera pre-

sumible que un impreso inocuo llegara a conocimiento de los tribunales de justicia.

Es cierto que un tipo penal tan abierto sirve para castigar conductas que, aunque atenten contra dichas instituciones, no encajen exactamente en ninguno de los delitos previstos por el Código.

No sabemos si fué esta la idea del legislador, pero lo cierto es que el argumento ya circulaba y fue empleado con fines más amplios en la exposición de motivos del Real Decreto de 31 de diciembre de 1875, al hablar de ciertos abusos que "sin dejar ciertamente de presentar los caracteres necesarios para hacerlos merecedores de corrección" no se amoldaban a las doctrinas y definiciones del Código penal.

Sea cual fuere la intención del legislador, como argumento histórico nos basta con señalar la contradicción antedicha. El resto pertenece a la interpretación del texto legal.

Pero en último extremo tenemos a nuestro favor la opinión de un contemporáneo tan autorizado como Martínez Alcubilla, que, comentando el sistema implantado por la Ley de 1869, decía: "Partidario de la libertad de imprenta bien entendida y pareciéndonos tan inconveniente como ineficaz el sistema preventivo, merece nuestra sincera aprobación el que hoy rige en todo cuanto por él se establece. Pero debemos ser francos; a pesar del cariño que tenemos y siempre hemos tenido a la institución de la imprenta, quisiéramos ver alguna medida más en la ley, no para prevenir los abusos o delitos, no; sino para que si tienen lugar no queden impunes, para que el impresor en todo caso, y hasta el autor, sean o puedan ser conocidos y juzgados si tuvieren que responder ante la ley. No por eso será menos libre el derecho de imprimir y publicar sus ideas" (28).

Pasar de esto al delito formal, que no lo tuvieron ni las leyes más restrictivas, es un salto demasiado fuerte dentro del mismo criterio legislativo.

b) Razones de tipo técnico.

Más importantes que las históricas son las razones técnicas, puesto que ellas han de decidir la interpretación que se debe dar al vigente artículo 165.

La primera es clara. No hay delito sin bien jurídico. No sólo por el estupor que a Bettiol produjo el intento de prescibir de él, sino también porque se ha impuesto en el pensamiento jurídico del presente, como afirma Maurach. Y sobre todo, porque lo impone nuestro texto legal, como luego veremos.

Claro que no debe confundirse el concepto de delito formal con el de delito de peligro.

El primero, como pura desobediencia, es arbitrario, y carece de sentido en cualquier ordenamiento que, además de positivo, pretenda ser justo.

(28) *Diccionario de la Administración española*, T. VI, Madrid, 1879, páginas 574-575.

El segundo, que no prescinde del bien jurídico, sino que anticipa su protección y estima consumado el delito antes de que la lesión se produzca, no solamente es justo, sino algunas veces necesario. Una excepción a las normas del *iter criminis*.

Ahora nos estamos refiriendo al delito formal, porque de tal califica gran parte de la doctrina, como hemos visto, al definido en el artículo 165. Del de peligro hablaremos luego.

La segunda razón, que complementa y refuerza a la anterior, nos viene dada por el enunciado del Título II del Libro II del Código, donde el artículo 165 se encuentra clasificado: delitos contra la seguridad interior del Estado.

Si en la parte esencial el legislador agrupa los delitos en atención al bien jurídico, los enunciados de los títulos, capítulos y secciones, que son texto legal de la misma validez que el articulado, expresan de forma vinculante cuál es el bien jurídico de todos los tipos en ellos contenidos. Lo incorporan al tipo, cerrando el paso al delito formal.

El mal viene de contemplar los artículos como entidades autónomas y cerradas. Es necesario recordar que muchas veces, el tipo penal no se encuentra completo en un determinado artículo del Código. Para evitar repeticiones, o por muy variadas exigencias de la técnica legislativa, tiene que se completado con los elementos o requisitos extravagantes, producto de la lógica unidad del sistema. De aquí procede la acertada afirmación de Pannain: "La parte especial del Derecho penal, desde el punto de vista normativo, está constituida por las normas incriminadoras o constitutivas de figuras criminales y por todas las disposiciones que las completan" (29). Por esta razón la *Relazione al Re* del Código italiano vigente llama al bien jurídico *elemento sistemático esencial* (30). Mal puede mantenerse un sistema prescindiendo de su elemento esencial.

En conclusión, si las conductas previstas por el artículo 165 no lesionan o ponen en peligro la seguridad interior del Estado, en el sentido más amplio y general que se quiera, no están tipificadas en él.

La tercera y última razón que aducimos se refiere a la estructura del tipo penal que estamos considerando. Aunque no están expresadas en forma verbal, contiene cuatro conductas: crear como autor el contenido, dirigir, editar o imprimir. Las cuatro son completamente lícitas y no proviene de ellas, sino del objeto, la razón de ilicitud. Por eso hay que centrar en éste la máxima atención. El impreso, que tampoco es suficiente para concretar el injusto, viene acompañado de una cualificación: ha de ser clandestino. Y aquí está el problema. La doctrina se conforma con la llamada a la legislación de prensa e imprenta que el Código hace en el último párrafo y olvida que esta cualificación normativa no excluye la valorativa, que va

(29) *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, T. I, Torino, 1957, página 1.

(30) Núm. 6.

implícita en la propia palabra clandestino y cuya apreciación, como ocurre en estas cualificaciones, corresponde al tribunal.

En resumen, que la palabra clandestino lleva en este caso una connotación inevitable. La idea principal viene dada por "lo que se hace o se dice secretamente por temor a la ley o para eludirla", el contenido del impreso, que como cualificación valorativa juzga el tribunal; y la accesoria "sin la observancia de los requisitos legales", que como cualificación normativa viene impuesta por la legislación de prensa e imprenta.

En estos casos de llamadas a la legislación extrapenal, es frecuente la pretensión de vincular al juez de lo penal a una aplicación mecánica de las mismas. Olvidando que al traer al texto penal uno de estos elementos o requisitos extravagantes, hay que contar con los inicialmente pertenecientes a dicho texto, a los que se incorporan y de los que reciben nuevos valores; con la mutación esencial que inevitablemente sufren al convertirse en norma penal y repercutir en ellos todas las disposiciones de la parte general y, por conexión, algunas de la parte especial; y con otras posibles consecuencias que no son del caso.

Conscientes de esta realidad, los tribunales han mantenido siempre, celosamente, la independencia del juicio penal. Un ejemplo muy claro es la numerosa jurisprudencia sobre la quiebra, que nunca se ha conformado para condenar por este delito con la pura declaración de insolvencia fraudulenta o culpable con arreglo al Código de comercio, según prescriben los artículos 520 y 521 del Código penal.

Sin embargo, parece que como en el artículo 165 no se trata de defender esta independencia frente a resoluciones de otros tribunales, que ni pueden ni deben vincular a la justicia penal, sino de normas extrapenales que por una llamada se incorporan al tipo, la cuestión es diferente.

Por eso, muchas sentencias aceptan el criterio teórico de que se trata de un delito formal. Un ejemplo en este sentido es la de 19 de enero de 1971, que dice que la impresión clandestina es "un delito de los llamados formales, de policía, de mera desobediencia en suma, por cuanto se perfecciona por la inobservancia de aquellos requisitos administrativos que configuran el derecho de impresión".

Pero cuando nuestro Tribunal Supremo se encuentra con un impreso inocuo, se resiste justamente a esta apreciación. Con rigor científico, advierte la Sentencia de 29 de noviembre de 1968 "que el citado artículo 165 se encuentra en el Libro II, título 2.º, que comprende los delitos contra la Seguridad Interior del Estado, lo que obliga a interpretar que el impreso que no se adapte a la Ley de Prensa para ser calificado como penalmente clandestino, tiene que carecer de todo medio de identificación y debiendo, además, tenerse en cuenta que no ataca a las personas ni a las instituciones". Queda claro que clandestino con arreglo a la Ley de Prensa no es sinónimo de penalmente clandestino.

Como en el caso de la quiebra, lo importante no es que resuelva

uno u otro tribunal, sino que la ley se aplique en su significación penal, no coincidente con la interpretación mercantil o de prensa.

8.º *Las personas responsables.*

Desde que se establece la libertad de imprenta, la legislación de prensa vincula en cierta forma a los autores, editores e impresores, respecto a la responsabilidad criminal en que puedan incurrir por el abuso de dicha libertad.

El Decreto de 10 de noviembre de 1810, en el artículo III, dice que "Los autores e impresores serán responsables, respectivamente, del abuso de esta libertad". Hay que tener en cuenta que, según el artículo VII, bajo el nombre de autor "quedan comprendidos el editor o el que haya facilitado el manuscrito original".

Esta previsión, a través de varias regulaciones por el Derecho positivo, ha dado origen a la que actualmente recibe el nombre de "responsabilidad en cascada", contenida en los artículos 13 y 15 del Código vigente.

Después de establecer el artículo 12 que son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores, los cómplices y los encubridores, el artículo 13 dice: "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores".

Indudablemente esta limitación está motivada por el deseo de excluir de responsabilidad a los numerosos cooperadores, puramente materiales, que han de participar en la impresión. Es el argumento de Viada y Vilaseca: "no sería justo tratar como cómplices o encubridores de un delito cometido por medio de la imprenta a los que cooperan a la confección de una obra o de un periódico con su trabajo o modo de vivir, como cajistas, correctores de pruebas, repartidores del periódico o de las entregas de la obra; con lo cual a más de imponerse una pena absurda y cruel a los que sin conciencia cooperan al hecho, se conseguiría de todo punto la muerte o aniquilamiento de la imprenta" (31).

No parece válido el razonamiento de Groizard reproducido por Rodríguez Mourullo: la aplicación de la ley común a los delitos de imprenta sería "el martirio de los escritores, la muerte de la libertad de escribir, la casi imposibilidad de hacerlo sin correr el riesgo, el que a tanto se atrevese de ver cerrarse tras él la puerta de una prisión" (32). No se trata de evitar este riesgo a los escritores, sino a la inversa: que sean ellos, y sólo ellos, los que respondan. La libertad de escribir no autoriza a cometer delitos.

Resulta discutible hasta qué punto era necesaria esta limitación,

(31) *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890, pág. 341.

(32) CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, pág. 799.

ya que todos estos cooperadores quedarían amparados por la eximente 11 del artículo 8.º, puesto que obran en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Igual que quienes lícitamente fabrican o venden el arma del homicidio. En realidad su colaboración es completamente ajena al contenido, que ni pueden ni deben juzgar quienes manipulan estos medios de comunicación.

Pero el hecho es que la limitación existe, y que, por tanto, quedan excluidos de responsabilidad los cómplices y los encubridores.

El problema consiste en determinar a quiénes se podrá incluir en el concepto de autor, dada la nueva limitación que impone el párrafo primero del artículo 15: "Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos."

La doctrina habla de dos posibles interpretaciones: "La expresión *autores reales* es susceptible de ser entendida en dos acepciones. Como comprensiva de todos los sujetos a quienes, conforme al artículo 14, se *consideran autores*, que serían calificados aquí de *reales* para contraponerlos a los *fingidos* que, en relación de subsidiariedad, menciona seguidamente el propio artículo 15. La segunda entiende por *autores reales* a los autores en sentido estricto (autores individuales o coautores), con exclusión de los inductores y cooperadores necesarios que, pese a ser considerados en el artículo 14 como autores, son, según sabemos ya, *partícipes en hecho ajeno*" (33).

La primera interpretación carece de sentido. Está claro que el texto pretende limitar el concepto de autor: "Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior, solamente se reputarán autores..." En caso contrario sobraba esta salvedad.

Pero el rechazar esta interpretación no nos obliga a aceptar la segunda, a considerar que quedan excluidos los inductores y cooperadores necesarios, como afirman Mourullo y Devesa (34).

Hay que tener en cuenta que el legislador no excluye, como pudo hacerlo, por formas de autoría, según están comprendidas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 14. Exige sólo "que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa", excluyendo a los que realmente no lo hayan sido, por haberse reducido a una actividad manipuladora, sin asumir ni crear en ningún momento el contenido del impreso. La mutación del adverbio en adjetivo que se viene empleando en la interpretación de este artículo, convirtiendo "realmente autores" en "autores reales", es totalmente incorrecta y sólo sirve para confundir. Autores reales son todos, puestos que todos tienen "existencia verdadera y efectiva". Pero no todos son realmente autores del escrito: hay que excluir a los manipuladores. En definitiva,

(33) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, pág. 883.

(34) *Derecho penal español*, Parte general, pág. 709: "Creo, por el contrario, que no se puede decir de modo más claro que se excluyen los inductores y los cooperadores necesarios."

se reputarán autores quienes, de cualquiera de las formas previstas en los tres números del artículo 14, “realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa”, y no lo son quienes hayan participado solamente en la reproducción mecánica.

Con esta interpretación, que nos parece la más ajustada al texto legal, no caben las “intolerables impunidades” a que alude gran parte de la doctrina, presentándolas como consecuencia inevitable de lo previsto por el artículo 15. Citemos un sólo ejemplo, de Mourullo: “Se explica —aunque con la ley en la mano no se pueda justificar— que el Tribunal Supremo en alguna ocasión, para evitar tan lamentables impunidades, aun después de que haya respondido el autor del texto publicado, castigue también, calificándole de cooperador necesario del número 3.º del artículo 14, al sujeto que encargó mediante precio y posteriormente publicó y difundió el escrito escandaloso.” Con independencia del razonamiento que la sentencia emplee, nos parece que se puede justificar con la ley en la mano la condena del sujeto en cuestión. Si es lícito reputarle autor con arreglo al número 3.º del artículo 14, lo es en cuanto al texto, que ha comprado, y no en cuanto a su manipulación.

Nos queda el problema de la llamada “responsabilidad en cascada”, establecida por el artículo 15 del Código: “Si aquéllos —los autores— no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8.º de este Código, se reputará autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos, se reputarán los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal, según el artículo anterior citado, y, en defecto de éstos, los impresores.

Se entiende por impresores, a los efectos de este artículo, los directores o jefes del establecimiento en que se haya impreso, grabado o publicado, por cualquier otro medio, el escrito o estampa criminal.”

No cabe duda de que se trata de una responsabilidad subsidiaria para evitar la impunidad. Lo importante es fijar la naturaleza de esta responsabilidad y sus límites.

Sobre su naturaleza, hay que tener en cuenta que los directores, editores e impresores tienen una obligación de vigilancia sobre los textos que aparecen en la publicación dirigida, o en la que editan o imprimen. Por eso dice acertadamente Antón Oneca que el “fundamento sería la negligencia de estos últimos por no haber comprobado la naturaleza delictiva del texto publicado” (35). Se establece, por tanto, una responsabilidad por culpa *in vigilando*. Es contradictorio lo que afirma en este sentido Rodríguez Devesa: “Por lo que se refiere a éstos, el Código establece una presunción *iuris et de iure* de connivencia con el que realmente es autor, pues de otro modo estaríamos ante una responsabilidad puramente objetiva por hechos

(35) *Derecho penal*, T. I, Madrid, 1949, pág. 452. En el mismo sentido se manifiesta NUVOLONE en *Il diritto penale della stampa*, pág. 118.

de otros, absolutamente indefendible" (36). Es evidente que si se estableciera esa presunción es cuando estaríamos ante un caso de responsabilidad puramente objetiva. Si efectivamente, y no por una presunción *iuris et de iure*, esa convivencia existiere, el director, editor o impresor debían ser condenados como autores, y no subsidiariamente.

Respecto a los límites, tiene dos: el impuesto por la condición objetiva de punibilidad, que le exime de su responsabilidad culposa cuando pueda ejercitarse la acción contra el autor, y el general, impuesto por las eximentes del artículo 8.º El argumento de Antón Oneca es incontestable: "Que no estamos ante un caso de responsabilidad objetiva, sino que es preciso culpa por parte de esos responsables principales o subsidiarios, se deduce de la alusión a todas las causas de exención del artículo 8.º, entre las que figura el caso fortuito" (37). No tendría sentido establecer una responsabilidad objetiva para los subsidiarios, cuando no se establece para el principal.

Pensando siempre en esta responsabilidad objetiva inexistente, insiste Devesa: "Pudiera ocurrir que el director, el editor o el impresor se hallen de vacaciones o enfermos precisamente en el momento en que se publica el texto en que se comete el delito" (38).

Olvida que directores, editores e impresores no se pueden hallar de vacaciones o enfermos, puesto que su sustitución es inmediata.

El artículo 41 de la Ley de prensa e imprenta, dice expresamente de los primeros: "En los casos de ausencia, enfermedad, suspensión o cese del Director, será sustituido interinamente en las funciones directivas por el Subdirector o, a falta de éste, por la persona que se determine, designados en la misma forma que el Director, en quienes recaerán, durante el período de suplencia, las atribuciones y responsabilidades señaladas en la presente Ley para los Directores".

En cuanto a los demás, ocurre lo mismo. El editor, puede también quedar exento de responsabilidad, conforme al número 3.º del artículo 50 de la misma Ley, cuando las publicaciones unitarias se editen por cuenta del autor y sin pie editorial.

(36) *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, 1974, pág. 710.

(37) *Derecho penal*, T. I, Madrid, 1949, pág. 453.

(38) *Derecho penal español*, Parte general, pág. 710.

El «error iuris», perspectivas materiales y sistemáticas

ANGEL TORIO LOPEZ
Catedrático de Derecho penal

I.—La declaración del artículo 6, 1, del Código civil «el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen» equivale a proclamar que carecerá de eficacia *praeter legem* o en virtud de analogía. La materia se encuentra actualmente bajo el dominio del principio de legalidad sin que sea posible su reconstrucción teórica atendiendo sólo a las exigencias dimanantes del principio «no hay pena sin culpabilidad», es decir, libremente, o en el sentido de una vinculación relativa al derecho positivo, no impedida anteriormente por la regla *nullum crimen sine lege*, puesto que al incluir la conciencia de la antijuricidad entre los elementos del delito, se restringen los presupuestos de punición. La legalidad de los efectos del error crea ahora dificultades en el derecho positivo a las teorías limitadas del dolo y de la culpabilidad, pues sus declaraciones esenciales están en función del método analógico y de perspectivas político criminales no reconocidas formalmente por el.

La nueva regulación del *error iuris* no es una ley de bases, ni presenta el fenómeno de la delegación legislativa, ni es tampoco una norma en blanco que deba ser colmada posteriormente en cada ámbito jurídico particular. El artículo 6, 1, contiene, por el contrario, una regla vinculante, cuyo sentido primordial es distinguir entre inesencial ignorancia de la ley y error de prohibición relevante, aunque sin determinar los efectos de éste de forma general. Estos han de ser establecidos en cada sector jurídico específico *intra legem*, por vía interpretativa o dogmática, no bastando para ello acudir a principios jurídicos materiales que no hayan encontrado reflejo legal. La doctrina clásica ha encontrado en las referencias legales al dolo base para incluir la conciencia de la antijuricidad entre los presupuestos de la pena, en concordancia con el postulado «no hay pena sin culpabilidad». Dicha dirección no se ha limitado, por tanto, a proyectar sobre el Derecho positivo, sin examinar previamente su contenido, dicho postulado, sino que ha analizado las posibilidades existentes en él en favor de una exigencia ético cultural indeclinable.

En sentido semejante, habrá de procederse ante la nueva regulación. Para que el error despliegue su función, no son precisas normas ge-

nerales ulteriores, aunque tampoco bastan postulados históricos, culturales, etc., etc., ni preferencias político criminales como las que se albergan en las llamadas teorías del dolo o de la culpabilidad. Lo que sí es imprescindible en una tarea interpretativa cumplida sobre el derecho vigente, a cuyo través se verifique la procedencia de una u otra concepción.

El sistema acogido por el artículo 6, 1, Código civil se caracteriza por rehuir una declaración general o axiomática, encaminada a propagarse en la totalidad del ordenamiento jurídico, sobre las consecuencias del error. Estas consecuencias están llamadas a producirse de forma relativa. En el Derecho civil no tiene por qué ser, por ejemplo, iguales que en el Derecho penal, pues sus exigencias de seguridad jurídica pueden hacer preciso mantener los efectos del acto o negocio incluso en hipótesis de error inevitable. En el derecho administrativo, por otra parte, los principios directivos tampoco tienen que ser necesariamente iguales que en el Derecho penal.

Esta relativización de los problemas que suscita el error de prohibición no constituye ninguna novedad. La dogmática alemana ofrece ejemplos de tal consideración diferenciada. Arthur Kaufmann sostiene, por ejemplo, que en el Derecho penal criminal es procedente atenderse a la teoría de la culpabilidad, en tanto que en el Derecho penal administrativo, donde falta una firme conexión de los mandatos y prohibiciones con la conciencia ético social, es aconsejable la adopción de la teoría estricta del dolo. No es difícil observar que de lo que se trata entonces es de una posición metodológica intermedia entre un punto de vista axiomático y otro tópico.

La distinción legislativa entre *ignorantia legis* y *error iuris* que practica la nueva disposición, elimina las vacilaciones anteriores sobre su procedencia, a las que no han sido ajenos algunos autores ni en la práctica de los Tribunales de Justicia. El viejo artículo 2 del Código civil ha dado base siempre para tal confusión. Si bien es cierto que la regla *ignorantia legis non excussat* nunca ha regido históricamente con toda integridad —como enseña Binding, en el derecho canónico medieval y en la doctrina de la época del derecho común encontró siempre mitigaciones el rigor de su funcionamiento—, en virtud del influjo del Código civil francés se constituyó en uno de los principios capitales del proceso codificador. Su reconocimiento y virtualidad ilimitados están en relación directa con las representaciones ideológicas del Estado formal de Derecho, de su orientación a la seguridad jurídica y del desplazamiento a plano más secundario de la adecuación a fin y a la justicia material. La supremacía de la Ley, en cuanto expresión de la *volonté générale*, no puede depender de las representaciones defectuosas del ciudadano. La identificación entre Derecho y Ley conduce lógicamente a que el error sobre uno y otra no pueda ser objeto de diferenciación: *error iuris nocet; ignorantia legis non excussat; nemine licet ignorare ius*.

La reacción de finales del siglo XIX, de que da testimonio funda-

mental la obra de Binding, contiene de forma latente, pese al positivismo del autor, las bases de un desenvolvimiento futuro en que dialécticamente cabe apreciar numerosos matices, pero cuyo signo común es trascender la visión formal de los conceptos penales. La lucha de la dogmática alemana en favor de la conciencia de la antijuricidad contra el *Reichsgericht* o la petición de que surta efectos el denominado «error de derecho penal» indican ya que se ha producido un desplazamiento entre Derecho y Legalidad. El conocimiento de lo injusto y el de la ilegalidad son realidades diferentes, y éste no será reclamado por la doctrina. En dirección semejante se hallan los esfuerzos de Listz en favor de la antijuricidad material, y décadas después, los planteamientos de la dirección teleológico valorativa. El fondo genérico de ello es el propósito de superar la visión formal de los conceptos jurídicos, surgido de la *Ilustración*, y la integración de la seguridad jurídica con perspectivas teleológicas (adecuación a fin) y axiológicas (justicia material).

Desde tales perspectivas, el curso histórico dogmático de los diversos elementos de la teoría del delito es de sobra conocido, por lo que puede prescindirse de su exposición. En lo concerniente al problema de la conciencia de la antijuricidad, la célebre sentencia del *Bundesgerichtshof* de 18 de marzo de 1952 donde definitivamente se abandona la posición tradicional del *Reichsgericht*, es resultado de tendencias histórico jurídicas anteriores, que se abren trabajosamente camino en un proceso dialéctico presente ya en las décadas finales del siglo XIX, apreciable en los grandes representantes de la dogmática que no serían bien entendidos situándolos unilateralmente en el dilema formalismo-finalismo, puesto que el progreso jurídico, más que cortes o escisiones radicales, presenta tendencias dominantes.

En la Filosofía y en la Dogmática jurídica de la posguerra se confirma diáfamanamente la distinción entre Derecho y Ley. El Derecho no se verifica agotadoramente en la Ley. El Derecho precede a la Ley. Es posible una distorsión entre Derecho y Ley en el sentido de un injusto legal. La lucha contra el positivismo jurídico conduce a un descrédito progresivo de la regla *nemine licet ignorare ius* en todos los países. En Francia, en Italia y en España se sugiere que la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley es compatible con la relevancia del error de prohibición, lo que sólo es posible si previamente, de modo más o menos consciente, se ha negado la plena identidad entre sus objetos respectivos.

La reforma del art. 6, 1, C. c. no parece responder a tan elevadas preocupaciones. Es consecuencia de declaraciones existentes entre los privatistas, efectuadas con base en el propio derecho positivo. La reforma parece recoger legislativamente apreciaciones de los autores, principalmente de De Castro, reveladoras de que la declaración del precedente art. 2 C. c. está sometida a excepciones, pues en preceptos específicos se otorga al *error iuris* significación. La opinión de los civilistas deja margen a la duda de si en verdad se está distinguiendo entre ignorancia

de la ley y error de Derecho o si, por el contrario, se trata de relacionarlos como regla general y excepción.

En la dogmática penal, la materia del error de prohibición ha sido estudiada previo un paso metodológico negativo. En primer término, se ha despejado el tema de que el art. 2 del C. c. no se refería anteriormente al mismo problema. El art. 2 C. c. según Antón Oneca alude a la obligatoriedad de las leyes de modo general, lo que es compatible con los efectos jurídicos del error en algunos casos, como sucede en el Derecho civil: en el penal, la excepción está impuesta por la exigencia del dolo o de la culpa para la existencia del delito y la contradicción evidentes del error de Derecho con el dolo. Es fácil observar aquí la repercusión del punto de vista propio de la dogmática civil antes mencionado. Para Jiménez de Asúa «el Código civil no rige en la materia penal», siendo inexacto que «tenga vigencia en todas las restantes ramas del Derecho». Este autor dice además que «el conocimiento o la ignorancia de la ley es distinta del conocimiento o ignorancia de la antijuricidad o del deber de respetar la norma», con lo que no se trata sólo «de que el Código civil no tiene vigencia en el Derecho penal», sino de que «aunque la tuviera en abstracto, no puede en concreto anular uno de los elementos intelectuales de la culpabilidad, el más decisivo para poder construir su concepción normativa de reproche». Según Córdoba Roda, el anterior art. 2 del Código civil si bien indicaba la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley, «no declara y, por ser un precepto no susceptible de interpretación extensiva no debe entenderse que la ignorancia de lo antijurídico no tiene eficacia excusante, pues aunque el principio sea de aplicación general, su redacción manifiesta que «el legislador no ha sabido prescindir de los conceptos propios del Derecho privado», siendo conceptos distintos los de ignorancia de la ley e ignorancia de lo contrario a Derecho o de lo prohibido, ya que mientras el conocimiento de aquél tan sólo es poseído por un corto número de personas de la colectividad, la conciencia de lo contrario a Derecho es patrimonio de la sociedad. Rodríguez Devesa advierte, por último, que condicionar la aplicación de la ley a su conocimiento, implicaría tanto como dejarla sin vigencia, pero esto es distinto de que quien cree erróneamente que está realizando un acto permitido por las leyes sea responsable de él a título de dolo, sin conceder error alguno al error en que se encontraba. La situación precedente se complica a su juicio con el nuevo art. 6, 1, del C. c., inclinándose a pensar que se están equiparando «error de derecho» e «ignorantia legis», lo que no afectaría, dice, a su posición.

En realidad, el problema se reduce a que *ignorantia legis* y *error iuris* recaen sobre objetos que no son, en principio, coincidentes. La opinión de que el título preliminar del C. c. no afecta al derecho penal desconoce que la posición de la norma en el sistema nada decide sobre su función ni sobre su naturaleza. La falta de proyección general de dicho título sobre el ordenamiento general está en contradicción con la opinión mayoritaria. Decidir estas cuestiones según el número de per-

sonas que posean conocimiento de lo injusto o de la ley, no proporciona ningún criterio decisivo para su tratamiento práctico. La identificación entre *error iuris* e *ignorantia legis* lleva a que salvo declaración concreta legal, carezcan de eficacia: hace intercambiables las reglas *ignorantia legis non excussat* y *error iuris nocet* dentro del art. 6, 1, del Código civil.

Las numerosas declaraciones existentes a este respecto hacen más aconsejable proseguir la investigación en el sentido sugerido, es decir, en el de que la delimitación entre Derecho y Ley conduce a un planteamiento sencillo y coherente del problema y a una solución más precisa de él. La multitud de contribuciones de la Teoría general y la Filosofía del Derecho sobre las relaciones entre Derecho y Ley, aconseja un tratamiento indicativo, no exento, sin embargo, de significado material.

La delimitación entre *ignorantia legis* y *error iuris* reproduce la existente entre ley y norma de derecho. La norma es, según Binding, un principio superior de derecho público diverso de la ley penal. Para Max Ernst Mayer las normas de cultura preceden a la ley penal, que las reconoce en los preceptos legales. La ley es un *posterius* frente a la norma. Esta es una regla directiva de la conducta humana, cuya infracción amenaza la ley con la imposición de una pena criminal. Frente a la norma, como precepto de derecho público o principio cultural rector del comportamiento, la ley penal proporciona los elementos específicos de punición. La ley penal es, pues, una realidad estructuralmente compleja. Contiene la hipótesis de un acto humano (precepto primario), previniendo para el supuesto de que tenga lugar una consecuencia jurídica (precepto secundario). La ley consta de dos elementos que, sin embargo, forma unidad: el *praeceptum* y la *sanctio legis*. Puede añadirse en fin, que la ley penal es un objeto específico del derecho punitivo, mientras que la antijuricidad es noción propia del ordenamiento jurídico general.

Es evidente, de acuerdo con esto, que el autor puede obrar conociendo la antijuricidad e ignorando que la ley regula su comportamiento. En el ejemplo de Hippel del usurero a quien antes le han sido anulados varios préstamos en vía civil no falta la conciencia de antijuricidad. Esto es compatible con el desconocimiento de que la nueva ocasión fundamenta la habitualidad que hace punible el préstamo usuario. Igual sucede si el autor sabe que no está permitido utilizar un vehículo de motor ajeno, pero piensa erróneamente que el *furtum usus* es siempre impune. En ambas hipótesis, se desconoce uno de los momentos esenciales de la ley penal, careciéndose de información sobre la *sanctio legis* aplicable a la conducta. En el sentido del Código civil, se trata de una auténtica ignorancia de la ley, como unidad constituida por el precepto y la sanción, según enseña la teoría general del Derecho, inexcusable de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del art. 6, 1: *ignorantia legis (poenalis) non excussat*.

Pero simultáneamente, no falta en dichas hipótesis la conciencia de la antijuricidad, suficiente para que la responsabilidad esté fundamen-

tada. La culpabilidad, como predicado final de la acción que la eleva a delito, depende sólo de que el sujeto pudiese elevar el imperativo jurídico —la prohibición de realizar préstamos usuarios o de quebrantar el estado posesorio preexistente— a motivo del comportamiento. En el desnivel entre automotivación personal y heteromotivación normativa radica el momento esencial de la culpabilidad. La pena criminal no está en función, como se ha pretendido históricamente en la literatura, principalmente por Feuerbach y los epígonos de la teoría general preventiva de la coacción psicológica, de la conciencia de la punibilidad.

En sentido inverso, es posible también la ejecución de la acción con conocimiento de que está cubierta por el derecho escrito y, sin embargo, (no) estar ausente la conciencia de la antijuricidad. Evidentemente, es preciso para ello que antes se haya negado la coincidencia entre Derecho y Ley. La situación se presenta en hipótesis caracterizables como injusto legal (*legales Unrecht*), como la aludida por Rudolphi de la sentencia de 20 de enero de 1952 del *Bundesgerichtshof*, sobre el desplazamiento al Este de personas judías, parte de las cuales nunca regresó. En los fundamentos de la sentencia, alude el Tribunal Federal a que la libertad del Estado para determinar en su ámbito lo que es justo e injusto no tiene carácter ilimitado, de forma que las medidas puestas en práctica por los acusados, en sí mismas contrarias a los pensamientos esenciales de la Justicia y de la Humanidad, son signo cierto para determinar que procedieron con conocimiento de la antijuricidad, frente a su alegación de haber dado cumplimiento a la legislación entonces vigente y de no haber sido conscientes de proceder contra el Derecho.

La ignorancia de la ley y el error de prohibición sólo pueden ser plenamente coincidentes dentro de una imagen positivista del Derecho. La disposición del art. 6, 1, abre a la investigación filosófico jurídica perspectivas de consideración. En sentido dogmático, indica que el desconocimiento de la ley penal carece de eficacia, o lo que es igual, que el conocimiento de la punibilidad no forma parte de los presupuestos de pena, mientras que el error de prohibición posee una función positiva dentro del ordenamiento, a condición de que se fundamente *intra legem* su viabilidad.

La referencia legislativa al «error de Derecho» priva, finalmente, de significado a representaciones valorativas diversas influyentes en la conducta del autor. Para la fundamentación de la culpabilidad, o su exclusión, es indiferente que hayan actuado como elementos motivadores principios religiosos, éticos, etc., etc. Convicciones apoyadas en estas instancias normativas únicamente pesan en la medición judicial de la pena, aunque deba de prevenirse sobre qué, en situaciones especiales, estas representaciones pueden dar testimonio de la existencia de una ley injusta.

II. El principio de legalidad de los efectos del error ha repercutido seriamente sobre la situación dogmática precedente a la reforma. En esta situación podían distinguirse dos niveles diferentes. En sentido metodológico, las concepciones existentes se distinguían según que derivasen del derecho positivo la exigencia de la conciencia de la antijuricidad o que se atuvieran al procedimiento analógico. Materialmente, por el destino del error evitable de prohibición, de que la pena del dolo en toda su extensión requiere la conciencia actual de la antijuricidad y que en el error inevitable hay que absolver, ha existido siempre coincidencia.

Los autores que décadas atrás se ocuparon de estos problemas afirmaban que el dolo supone la conciencia de la antijuricidad, pero no solían pronunciarse formalmente sobre los efectos de error inexcusable o evitable de valoración. Esto ha podido motivar la suspicacia o el recelo de que el acto era entonces impune. Si además se tiene en cuenta que la sombra del 2 del C. c. nunca fue alejada del todo —por falta de fundamentación suficiente y precisa— del ámbito de estos problemas, no es extraño que la jurisprudencia durante largos años continuase proclamando que el llamado «error de derecho penal» carecía de virtualidad.

En la doctrina más moderna ha predominado el criterio de que el error inexcusable engendra un delito culposo. En el sentido de la teoría estricta del dolo, dice Rodríguez Devesa que la regla de que el error esencial vencible excluye el dolo, pero no la culpa, es aplicable lo mismo al error de tipo que al de prohibición.

Córdoba Roda manifiesta que el Derecho penal contiene una regulación peculiar, que no puede subsumirse ni en la teoría del dolo ni en la de la culpabilidad. En el art. 565 tienen entrada tanto la imprudencia de hecho como la de derecho... Si el sujeto tiene conocimiento actual de la antijuricidad, al concurrir la malicia, compuesta de la intención referida al resultado y la voluntad contraria a la norma, se inculpará la conducta por el respectivo tipo de delito... Por el contrario, si el sujeto no se ha representado la ilicitud de la conducta, habrá que distinguir dos supuestos, según que la situación de ignorancia se deba a la actitud imprudente del sujeto, en cuyo caso la conducta se regulará por el art. 565, o que esta actitud espiritual defectuosa no se pueda atribuir a esta voluntad imprudente, hipótesis en que resultará excluida la voluntariedad reclamada en el art. primero del C. p., con la consiguiente falta de culpabilidad. El error evitable de prohibición da lugar, por tanto, a una culpa de derecho, comprendida al igual que la culpa de hecho en el art. 565 del Código penal.

La teoría limitada del dolo tiene como representante a Jiménez de Asúa. Los casos de ceguera jurídica pertenecen al ámbito del dolo. En cuanto al error evitable de prohibición, en tanto que de *lege ferenda* no se establezca en el sistema la culpa de derecho, ha de ser sancionado como delito culposo, con preferencia a la atenuación especial de

la pena del delito doloso, si la figura del delito es susceptible de ejecución por culpa, procediendo en caso contrario la impunidad.

En las posiciones expuestas hay, pues, coincidencia en que el error evitable de prohibición se declare incluido en el art. 565 del Código penal.

Un camino diverso sigue Cerezo Mir, quien ha patrocinado en la literatura penal española la teoría estricta de la culpabilidad. El dolo es elemento del tipo de lo injusto. No forma parte de él la conciencia de la antijuricidad. El error inevitable de prohibición despliega en el sistema penal iguales efectos que le atribuye en Alemania la teoría finalista. Excluye la culpabilidad al no poder el autor, mediante el exigible esfuerzo de conciencia, actualizar el carácter injusto de su obrar. En el error evitable, la pena del delito doloso ha de atenuarse en virtud de lo dispuesto en el art. 66, paralelamente a lo que los finalistas declaraban en Alemania en atención al anterior párrafo 51, pues la materia del error de prohibición es analógica con la de la imputabilidad. El autor que carece de capacidad para comprender lo injusto de su comportamiento, o el que tiene esta capacidad disminuida, proporcionan una base valorativa coincidente con la de quien, en la situación concreta, no pudo comprender de ningún modo que efectuaba algo prohibido o no llegó a actualizarlo por error evitable. Analógicamente, han de ser aplicados al error de prohibición las reglas sobre la inimputabilidad del art. 8, 1.^a —enajenación completa— o de la imputabilidad disminuida, como eximente incompleta del art. 66 del Código penal.

La dogmática anterior a la reforma del título preliminar hacía posible, por tanto, un tratamiento de *error iuris* que facilitaba la actuación matizada de la práctica y eliminaba el temor inveterado de que su reconocimiento diera lugar a excesivas absoluciones. La tesis de Cerezo Mir, además de poseer sólido fundamento metódico, determinaba que en delitos amenazados, por ejemplo, con la pena de reclusión menor —como formas desvaloradas al nivel del homicidio— o de prisión menor —como el aborto—, el Tribunal pudiera imponer de mediar error evitable, en virtud del art. 66, sanciones que respectivamente se extendían desde prisión menor a prisión mayor, o en su caso, de multa en toda la extensión a arresto mayor. La suspicacia de los Tribunales sobre que la admisión del *error iuris* frustrase las finalidades del Derecho penal, haciéndole capitular frente al argumento de que el autor no pudo reconocer la injusticia de su obrar, carecía según dicha tesis de todo fundamento.

La reforma ha operado, como se ha dicho en pasajes anteriores, desde perspectivas jurídico privadas, sin conciencia de los problemas que engendra el *error iuris* en las distintas disciplinas jurídicas, acudiendo a argumentos banales, nunca profundos, reveladores del modo de legislar propio de la época. En tal sentido, puede decirse que el propósito de otorgar al *error iuris* un puesto independiente, pero sólo *intra legem*, de la ignorancia de la ley no dejará de engendrar en derecho penal —hay que suponer que también en otros sectores jurídicos—

«dificiles problemas interpretativos y de originar dificultades para el desenvolvimiento sucesivo del principio de culpabilidad.

III. El principio de legalidad de los efectos del error priva de viabilidad en el código a la teoría estricta de la culpabilidad. El dolo no forma parte, según este criterio, de la culpabilidad, sino del tipo de lo injusto. El dolo decide sobre la tipicidad del comportamiento, y ésta no puede ser revocada por mediar un error de prohibición. La destrucción del embrión causada dolosamente sin existir una causa de exclusión de la antijuricidad, proporciona los predicados tipicidad y antijuricidad de la conducta. El dolo es una realidad natural, no normativa, es decir, la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo —la destrucción del feto—, independiente de si se estimó la acción como prohibida o permitida. Y puesto que, al igual que en el ordenamiento alemán —antes de la reforma reciente— faltaban en el código preceptos relativos al error de prohibición, la teoría estricta de la culpabilidad practicó su reconstrucción dogmática mediante recurso a la analogía no prohibida *in bonam partem*. Cerezo Mir afirma expresamente que en el Código penal «falta toda la regulación del error de prohibición, siendo posible deducir analógicamente una regla de atenuación de la pena de lo dispuesto en el número 1 del art. 9 y en el art. 66 en relación con la eximente de enajenación», para lo que no habría obstáculo en el sistema, pese a lo dispuesto en el art. 2 del Código penal, en lo que se halla de acuerdo —la verdad es que sin fundamentación definitiva— la doctrina dominante.

La teoría estricta de la culpabilidad ha sido condenada inconscientemente por el nuevo art. 6, 1, del Código civil. Es paradójico que una reforma que posee sentido subjetivo ampliatorio de la eficacia del error, produzca el efecto de ocluir el despliegue variado de la investigación dogmática, desempeñando la función de aniquilar investigaciones dignas de consideración.

El problema es dogmáticamente más grave todavía. Olvidando la experiencia de que las teorías generales del delito —relación de causalidad, causas de justificación, concepto normativo de la culpabilidad, inexigibilidad, etc.— se han desplegado de forma relativamente libre frente al derecho escrito, como hace años indicaba Hippel, la nueva norma sobre el error crea obstáculos difícilmente superables al «nuevo sistema» de la teoría del delito, cuya declaración fundamental es la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, incompatible con la admisión de una culpa de Derecho en hipótesis de error evitable de prohibición. Es esta una fuente de perjuicios teóricos para la renovación de los estudios penales surgida de las aportaciones de los escritores alineados en el «nuevo sistema del derecho penal». De la misma forma, la nueva disposición sobre el error cierra el paso a la teoría limitada del dolo, pues la reconducción a éste del concepto de «ceguera jurídica» carece de base en el Código penal.

IV. De no quererse sostener que la conciencia de la antijuricidad ha sido eliminada por la reforma como presupuesto de la pena, lo expuesto obliga especialmente a investigar las posibilidades que el derecho escrito proporciona para determinar los efectos de esta clase de error. Descartadas las teorías de la culpabilidad y la limitada del dolo, pues en sus núcleos característicos se nutren de la analogía, el problema se centra, por exclusión, en la teoría estricta del dolo. En orden a esto, procede indicar que en el Código penal no es posible admitir, con Córdoba Roda, que al encontrarse referido el art. 565 a todas las conductas del Código penal, la remisión del error evitable de prohibición, como verdadera culpa jurídica, al art. 565, no engendra las lagunas que la utilización de la teoría estricta del dolo hace surgir en el sistema penal alemán. En el Código penal falta todo fundamento para que el error evitable de tipo y el de prohibición puedan ser objeto de distinto tratamiento. La culpa de hecho (*Tatfabrlässigkeit*) y la de derecho (*Rechtsfabrlässigkeit*) tienen en el sistema igual radio de acción, de forma que ni ésta puede entenderse como cláusula general, sobre la sanción de la culpa jurídica, ni aquélla como correlativa cláusula general sobre la punición del error evitable de tipo. La posición doctrinal mencionada, previa la matización de que el art. 565 se refiere homogéneamente al error evitable de tipo y de prohibición —no cabe por tanto que la sanción de éste se extienda a mayor número de delitos que la de aquél, ni a la inversa—, pone de manifiesto que coincide con la teoría estricta del dolo. La punición del evitable error de prohibición es procedente sólo, según esto, si de conformidad con un correcto proceso interpretativo, puede afirmarse que el Código penal no incrimina sólo la realización dolosa, sino también la culpa de hecho (*rectius*, la culpa de tipo) y, por *consiguiente*, la culpa de derecho (*rectius*, la culpa de prohibición). En la doctrina dominante, la noción *malicia* contenida en el art. 565, es identificada con el dolo, como voluntad valorada o antinormativa, comprensivo de la conciencia de la antijuricidad. Es este el punto de apoyo evidente que *dentro* del derecho positivo, es decir, *intra legem*, permite asignar relevancia al error de prohibición. Para caracterizar diáfananamente la situación del Código penal, cabría evocar la terminología sugerida hace años por Hippel, y distinguir junto a un dolo de derecho (*Rechtsvorsatz*), una culpa de derecho (*Rechtsfabrlässigkeit*) e incluso un caso fortuito de Derecho (*Rechtznfall*), según que el autor se representase, pudiera representarse o no pudiera obtener conciencia de la antijuricidad.

La situación a que lleva la reforma del Código civil —procedencia de la teoría estricta del dolo como solución única que respeta el principio de legalidad de las consecuencias del error— cuenta desde Binding con el beneplácito de amplios sectores de la doctrina. Al margen de las contraposiciones de las teorías del dolo y de la culpabilidad —prefiguradas por el álgebra del tipo—, Baumann, Kaufmann y otros escritores ven en la teoría estricta del dolo un correctivo o contrapeso a la expansión incesante del derecho penal administrativo. El hecho de que esta concepción obligue a absolver si no está incriminada la ejecución culpable

sa, no debe estimarse gravemente perjudicial, dada la hipertrofia del derecho penal de orden y su distanciamiento creciente de la ética social.

La transposición de estos argumentos al sistema penal español pecaría de precipitada. El problema del derecho penal administrativo se plantea en él de forma diversa que en Alemania, Italia, Bélgica o Suiza, donde la reducción del derecho penal ha tenido que ser practicada mediante leyes especiales (*deppenalizzazione*, *Entkriminalisierung*), en tanto que en España constituye el punto de partida en virtud de lo que dispone el art. 26, 3.º, del Código. El estudio detallado de estas cuestiones no puede ser proseguido aquí. Tiene que ser relegado a un estudio independiente, cuya conclusión primordial es que, mientras en el Derecho penal (criminal, o de justicia, y administrativo, o de orden) procede dogmáticamente la solución unitaria del problema del error de prohibición en el sentido de la teoría estricta del dolo, en el derecho administrativo represivo hay que adoptar, por el contrario, una posición próxima a las teorías de culpabilidad.

En el derecho administrativo (penal), por seguir utilizando la terminología propuesta por Antón Oneca, la participación en las ventajas de un sector, exige que los interesados actualicen escrupulosamente los mandatos y prohibiciones correspondientes. En el derecho administrativo de tráfico, por ejemplo, no tiene sentido declarar impune, en general, la realización de la materia de prohibición siempre que medie error evitable de valoración por parte del sujeto. Igual sucede respecto a las infracciones urbanísticas, disciplina de mercado, etc. Inexistente en el derecho administrativo una cláusula como la del art. 565 del Código, la teoría estricta del dolo olvidaría las necesidades prácticas existentes en el sector. En él, un punto de vista que se aproxima a las teorías de la culpabilidad —el problema del error sobre los presupuestos reales de las causas de justificación no puede abordarse aquí— garantiza que el sujeto no será alcanzado por la sanción en hipótesis de error inevitable, y, al mismo tiempo, que el error evitable da lugar solamente a la atenuación de responsabilidad.

El destino unitario del error de tipo y de prohibición en el propio Derecho penal hace que resulten oscurecidas las distinciones, relevantes para las teorías de la culpabilidad, entre error directo, o sobre la norma general prohibitiva, e indirecto de prohibición. Dentro de éste la teoría estricta de la culpabilidad no sólo sitúa el que versa sobre la existencia o el alcance de las causas de justificación, sino el que recae sobre sus elementos reales constitutivos, estimado por la teoría limitada como error de tipo. La reforma del título preliminar, art. 6, 1, del C. c. obliga hoy a conceder, prescindiendo de matices que guardan relación con la doctrina de los elementos negativos del tipo, que todas las hipótesis son subsumibles en el art. 565 del Código penal.

En sentido político criminal, la reforma se presta a graves objeciones. En tanto que las hipótesis graves de *error iuris* pueden incluirse en el art. 565, párrafo primero (culpa grave de Derecho), las menos

graves han de ser tratadas como falta, pues la imprudencia simple antirreglamentaria equivale a la culpa de hecho, ya que los reglamentos se infringen mediante acciones. Estos supuestos han de incluirse en los arts. 586, 3.º y 600. Los tipos de estas disposiciones circunscriben ataques culposos a las personas —vida e integridad personal— y al patrimonio —daños— siendo impune, en principio, la lesión imprudente de cualquier otro bien protegido en el libro III del Código. Esto conduce a que la culpa leve de derecho sea normalmente impune, salvo en los tipos de las faltas mencionados. En general, según esto, la punibilidad del error de prohibición depende de dos requisitos. En primer término, de que mediante interpretación se establezca que el delito es susceptible de ejecución culposa, y además de esto, de que el error sea gravemente reprochable. Ante esta consecuencia cabría esgrimir argumentos contrapuestos, que sólo pueden indicarse aquí. La reducción de las reacciones jurídico penales tiene en su favor que la pena privativa de libertad no debe depender, en lo posible, de una mínima reprochabilidad personal de la acción. Mas contra dicha solución habla el pensamiento de que con ello queda debilitada la esperanza de una actitud jurídica más escrupulosa y atenta a las exigencias que plantea la vida comunitaria.

En lo relativo a la necesidad de que el delito permita la comisión culposa para que la culpa de derecho pueda incriminarse, no puede pasar desapercibida su tensión con la culpa de hecho. En tanto que es preciso reducir los delitos que admiten tal forma de ejecución —la jurisprudencia ha llegado a sancionar una apropiación indebida por imprudencia— la culpa jurídica reclama una propagación no dependiente del tipo delictivo, es decir, un módulo general de responsabilidad informado por el principio de culpabilidad. En relación con esto, la reforma del Código civil no deja de prestarse a repercusiones peligrosas en el derecho penal. La regulación unitaria del error de tipo y de prohibición en el art. 565 da lugar a una tensión característica. La imprudencia de hecho, de conformidad con la tradición histórica, ha de ser incriminada en un grupo limitado de delitos; la de derecho suscita el problema del destino general del error evitable de prohibición en el ordenamiento. La primera ha de ser objeto de utilización restrictiva, mientras que la segunda, conforme a su naturaleza, propende a una propagación general. Tales tensiones pueden contribuir en mayor medida a deteriorar en la práctica el problema de la culpa, en el que cualquier observador puede verificar que el 565 ha dejado de ser un tipo de garantía, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*, para convertirse en una cláusula general cuyos presupuestos adolecen de alto grado de indeterminación, y en el que la decisión sobre la presencia de la temeridad o de la simple imprudencia antirreglamentaria constituye, con frecuencia, más que un problema valorativo, una cuestión de azar.

V.—Desde el plano sistemático, que la conciencia de la antijuricidad y el error de prohibición respondan a la teoría estricta del dolo, proporciona un argumento más en favor del sistema clásico del Derecho penal. Es digna de recordarse la célebre afirmación de Schroder de que la teoría del error debe de reproducir como en un espejo la relación entre las doctrinas del tipo y de la antijuricidad. La distinción entre error de tipo y de prohibición es, lógicamente, paralela a la que se practique entre estos elementos del delito.

Sobre dicha relación sólo cabe recordar lo imprescindible aquí. Si se prescinde de puntos de vista menos difundidos, la dogmática presenta dos concepciones fundamentales. El tipo y la antijuricidad constituyen, para numerosos escritores, una realidad unitaria. El tipo es un tipo general de lo injusto (*Gesamtstatbestand*). El delito, más que acción típica y antijurídica, es acción típicamente antijurídica. La distinción entre tipo y antijuricidad —se dice— no corresponde a diferencias de fondo, sino que posee solamente carácter técnico. Es indiferente, en realidad, que el sujeto no haya realizado el contenido del tipo o que lo haya cumplido concurriendo una causa de justificación.

Para la concepción opuesta, patrocinada en la literatura moderna por los autores finalistas, tipo y antijuricidad son elementos no coincidentes. El tipo delimita valorativamente los objetos relevantes para el Derecho penal. La realización del tipo no es exiológicamente neutra, sino que engendra un juicio desvalorativo autónomo, que pervive aunque concurra una causa de justificación. Jurídicamente, no es idéntico no matar que matar mediando una causa de justificación. La ejecución del tipo comporta un desvalor específico: tipicidad y antijuricidad son predicados negativos diversos de la acción. El tipo proporciona la imagen (*Leitbildstatbestand*) de la antijuricidad, pero no es la antijuricidad misma.

Las repercusiones de ambos criterios tienen lugar en la esfera del error. La indistinción entre tipicidad y antijuricidad impide, obviamente, asignar efectos divergentes al error sobre cada una de ellas. En realidad, un error sobre el «tipo general de lo injusto» recae sobre materia unitaria, produciendo lógicamente consecuencias unitarias. El error evitable, sea de tipo o de prohibición, conduce a regular la acción por las disposiciones de los delitos culposos. La teoría del tipo se refleja directamente en la doctrina del error.

La situación es, lógicamente, paralela en el seno del finalismo. La separación entre tipo y antijuricidad permite ulteriormente un tratamiento autónomo del error de tipo y de prohibición. El error evitable de tipo da lugar a responsabilidad por imprudencia. El de prohibición no puede influir retroactivamente, por el contrario, sobre la previamente definida tipicidad de la acción. Esta se decide preclusiva e inderogablemente en su propio ámbito mediante sus elementos constituyentes —desvalor del resultado como menoscabo del bien jurídico; desvalor de acción como voluntad típica en los delitos dolosos—, sin que el contenido de culpabilidad pueda cumplir *ex post* ninguna fun-

ción derogatoria. La declaración «delito doloso» no resulta alterada por existir un error de prohibición inevitable: el *dolo típico* es incompatible con la *culpa jurídica*. La teoría del error está también así mediatizada por la doctrina de lo injusto.

La declaración del Schroder es reversible. No sólo la teoría del error ha de reproducir como en un espejo la doctrina del tipo, sino que ésta no puede ser elaborada dogmáticamente prescindiendo del destino del error. Entre ambas existe una articulación conceptual recíproca. En principio no cabría renunciar a la coherencia entre los elementos del sistema (aunque esto no supone que tenga que emprenderse a todo trance la salvación del sistema, tanto del viejo como del nuevo sistema, como pretendía hace algunos años la dogmática), de forma que si entre las concepciones del tipo y del error se aprecian discordancias, ha de entenderse éste como síntoma de que la solución adoptada precisa una revisión o, al menos, una justificación especial.

En la doctrina española la concepción finalista ha sido desenvuelta por Cerezo Mir, antes de la reforma del Código civil, con absoluta coherencia. El dolo del hecho se estimaba, por motivos dogmáticos, elementos integrantes del tipo; el error evitable de tipo daba lugar a responsabilidad por culpa. El de prohibición se enjuiciaba como delito doloso atenuado, con arreglo al artículo 66. Pero esta tesis está ahora en contradicción con el artículo 6, 1, del Código civil, que proscribire el recurso a la analogía.

La reforma lleva más lejos aún. Puesto que obliga a adoptar la teoría estricta del dolo, origina dificultades adicionales a la recepción del sistema finalista. No es posible afirmar, simultáneamente, que el dolo es el elemento subjetivo más característico del tipo y que el error evitable ha de subsumirse en el artículo 565 como culpa de derecho. El precio de esa doble declaración no podría ser más alto: la admisión de una culpa jurídica implica que el dolo comporta la conciencia de la antijuricidad —con lo que todo finalismo se volatiliza—: por otro lado, como Roxin ha puesto ocasionalmente de manifiesto, la inclusión del dolo en el tipo hace preceptivo pronunciarse en favor de las teorías de la culpabilidad.

VI.—La situación expuesta aporta un argumento considerable en favor del sistema penal neoclásico, susceptible de perfeccionamiento mediante las numerosas aportaciones de la teoría finalista. En sentido técnico, el tipo ha de ser concebido, sin embargo, de forma primordialmente causal. Ni el dolo es en el Código penal elemento suyo permanente o indispensable, ni el error de prohibición puede dejar de subsumirse en el artículo 565.

La investigación de la situación surgida de la reforma del Código civil ha de ser proseguida para verificar la función del error de prohibición en los delitos imprudentes, en los que el conocimiento potencial del injusto es elemento imprescindible. Constituiría una grave perversión valorativa que la aceptada producción del resultado llevase consigo la absolución si el sujeto no pudo representarse lo prohibi-

do de su obrar, y que con idéntica incomprensión normativa fuera alcanzado por la pena criminal si el resultado sobrevino por imprudencia. El error de prohibición debe desplegar su eficacia en toda clase de delitos.

Esto demuestra que la conciencia de la antijuricidad no es un problema exclusivo de los delitos dolosos, sino la cuestión esencial de la culpabilidad jurídico penal, con significado mayor del que, en principio, sugieren las denominadas «teorías del dolo». En relación con ello, no cabe desconocer que, como advertía Armin Kaufmann, en el delito culposo se encuentra, sencillamente, el dominio del error de prohibición.

La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española*

Dr. JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

Es para mí motivo de especial satisfacción y al mismo tiempo un alto honor poder contribuir, aunque sea modestamente, al Libro Homenaje a mi admirado maestro el Profesor Hans Welzel, cuyas enseñanzas tuve la suerte de recibir durante varios años en la Universidad de Bonn. La influencia del pensamiento de Welzel en la Ciencia penal española ha sido grande. En mi conferencia, "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española" (1), tuve ocasión de analizarla ampliamente. Quisiera ahora completar aquél trabajo con una exposición de la polémica en torno al concepto finalista de autor en nuestro país, que no pude realizar entonces por falta de tiempo.

I. REGULACION DE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

Para comprender el alcance y los términos de la polémica es preciso tener en cuenta la peculiar regulación de la autoría y la participación en el Código penal español. Después de la declaración contenida en el artículo 12: "Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los cómplices. 3.º Los encubridores", en el artículo 14 se dispone: "Se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2.º Los que fuerzan o inducen a otros a ejecutarlo. 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado". La complicidad está regulada en el artículo 16, según el cual: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos."

* Este trabajo ha sido publicado en el *Libro Homenaje al profesor Welzel* con motivo de sus 70 cumpleaños. Festschrift für Hans Welzel, zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter. Berlín-Nueva York, 1974, págs. 635 y sigs.

(1) Publicada en la "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1972, tomo 84, fascículo 4, págs. 1033 y sigs., y en "Nuevo Pensamiento Penal", año 1, núm. 2, mayo-agosto 1972, págs. 217 y sigs.

Esta regulación tiene su origen en el Código penal de 1848, que es esencialmente el vigente, pues en él sólo se han llevado a cabo desde entonces reformas parciales, que no han afectado a estos preceptos. Nuestro legislador histórico se inspiró al formular el concepto de autor del artículo 14 en dos viejas doctrinas que se remontan a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron una gran difusión en toda Europa en los siglos XVII, XVIII y XIX: en la concepción del inductor como autor moral, que era equiparado al autor material (*quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur*) (2); y en la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal. Con arreglo a esta última doctrina, el cómplice principal, es decir, aquél que coopera a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*quod causam dedit delicto*) debía ser equiparado al autor material; de él se distinguía el cómplice menos principal o secundario (*quod causam non dedit*), que era castigado con una pena inferior (3). Así vemos que Pacheco, siguiendo a Rossi, distinguía el concepto de codelincuencia o participación principal, donde incluía al autor directo, el inductor y el cooperador necesario, del de participación secundaria o complicidad (4). En el Código bávaro de 1813, citado textualmente por Rossi (5), se dispone en el artículo 45 (5ª): "No solo I El que comete el delito por medio de su fuerza corporal y sus actos, sino también II El que presta al ejecutor, antes o durante la ejecución, con la intención de que el delito se cometa, una ayuda tal, sin la

(2) Véase v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Neudruck, "Scientia Verlag Aalen", 1971, I, pág. 97 y 2, págs. 442 y sigs.; PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, Volume Primo, Napoli, 1882, págs. 270 y sigs., y FRIEDRICH CHRISTIAN SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker-Humblot, Berlín, 1965, págs. 17 y sigs., y 27 y siguientes.

(3) Véase, HIPPEL, *lug. cit.*; PESSINA, *lug. cit.*, y ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª ed., Hamburgo, 1967, págs. 38 y sigs.

(4) Véase PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, 5.ª ed., Madrid, 1887, páginas 214 y sigs., y ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Cayetano Cortés, II, 1839, págs 162-4 y 175 y sigs. Feuerbach distinguía entre Urheber (que comprendía el autor directo, el inductor y el cómplice principal) y el cómplice; véase ROXIN, *ob. cit.*, pág. 38 y v. HIPPEL, *lug. cit.*, págs. 444 y sigs. GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, reimpresión Verlag Detlev Auverman, KG, Glashütten im Taunus, 1970, págs. 26 y sigs., y 74, llamaba Mit-Urheber (coautores) al autor directo, el inductor y el cómplice principal, que distinguía de los cómplices. Véase, todavía, la influencia de esta concepción en GROIZARD, *El Código penal de 1870*, concordado y comentado, I, Burgos, 1870, págs. 521 y 532 y sigs., y en SILVELA, *Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, I, 1874, págs. 228-237 y II, 1879, págs. 282-290.

(5) Véase ROSSI, *ob. cit.*, págs. 155-6.

(5a) "Nicht bloss I. Derjenige, welcher das Verbrechen durch eigene Körperliche Kraft und Tat unmittelbar bewirkt, sondern auch II. Wer den Vollbringer vor oder bei der Ausführung in der Absicht, damit das Verbrechen entstehe, solche Hilfe geleistet hat, ohne welche diesem die Tat nicht möglich gewesen wäre; endlich III. alle Diejenigen, welche mit rechtswidriger Absicht Andere zur Begehung und Ausführung des Verbrechens bewogen haben, sollen als *Urheber* desselben bestraft werden."

cual a éste no le hubiera sido posible realizar el hecho; por último III todos aquellos, que con intención antijurídica han movido a otros a la comisión y ejecución del delito, deben ser castigados como *autores* (Urheber) del mismo". Nuestro legislador formuló en el artículo 14 un concepto jurídico de autor y usó la expresión: "Se consideran autores" para subrayar la disconformidad entre el concepto legal y el vulgar (6) (7).

Sin atender al origen histórico del precepto, que estaba completamente olvidado y sin necesidad de recurrir, pues, expresamente a una interpretación objetiva, los penalistas españoles consideran hoy, sin excepción, que en el artículo 14 no se ha querido formular un concepto, jurídico, de autor, sino sólo indicar a quienes se castiga como autores, es decir, a quienes se considera autores a efectos de aplicación de la pena. Es, pues, tarea de la doctrina y de la jurisprudencia, determinar quienes son realmente autores, entre los codelincuentes mencionados en los tres números del artículo 14. La mayor parte de nuestros penalistas estiman que sólo son autores los comprendidos en el número 1.º del artículo 14. (Los que toman parte directa en la ejecución del hecho), precepto que interpretan en el sentido de la teoría objetivo-formal. Toma parte directa en la ejecución del hecho el que realiza un acto ejecutivo, es decir, un elemento del tipo delictivo correspondiente (8). Discrepan de este criterio Rodríguez Mourullo y Gimbernat. Según estos penalistas, el número 1.º del artículo 14 representa ya una causa de extensión de la pena. El concepto de autor debe deducirse directamente de los tipos de la Parte Especial. Según Rodríguez Mourullo, de los tipos de la Parte Especial se deduce que autor es el que realiza de un modo inmediato o mediato, con su conducta, *todos* los elemen-

(6) Dice Pacheco, al comentar la expresión "se consideran autores", con que empezaba el art. 12 (hoy 14): "No sin motivo se ha empleado esa expresión extraña que señalamos en este instante. La ley la ha creído sin duda más exacta y más propia y nosotros somos igualmente de su parecer. Cuando la definición legal va a separarse de la común cuando un término importantísimo, capital, va a tomarse por aquélla en un sentido diverso que el que natural y ordinariamente le corresponde; cuando se va a consagrar un sentido extensivo, que no es la acepción en que todos empleamos la palabra: juzgamos bien hecho, bien concebido el escrúpulo y el sistema de la ley. Mejor es en tales casos decir "se considera", fórmula por la cual se reconoce algo convencional o facticio, que decir "son", fórmula que lleva pretensiones de rigor y de exactitud. La ley, en semejantes casos, no es sólo declaratoria, es creadora también"; véase PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, quinta edición, 1881, I, págs. 258-9.

(7) Al esclarecimiento del origen histórico del art. 14 de nuestro Código penal han contribuido también los participantes en el Seminario sobre Autoría y participación, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, en el curso 1972-73, especialmente el estudiante señor Romeo Casabona y el profesor ayudante, señorita García de la Torre.

(8) Véase, en este sentido, por ejemplo, CUELLO-CAMARGO, *Derecho penal*, I, Parte general, Vol. II, 16 ed., 1971, pág. 628; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, parte general, Madrid, 1949, pág. 433; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, págs. 245-6, y FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, tomo II, Murcia, 1947, págs. 43-4.

tos del tipo. En el número 1.º del artículo 14 se extiende la pena de los autores a los que realizan sólo uno o parte de los elementos del tipo (9). Gimbernat considera que de los tipos de la Parte Especial se deduce que autor es el que realiza directa o mediatamente todo o algún elemento del tipo y el número 1.º del artículo 14 extiende la pena de los autores a los que realizan actos de carácter ejecutivo que no representan aún un comienzo de realización de la acción típica (10). Con arreglo a la opinión de estos penalistas es posible, pues, castigar como autores, con base en los tipos de la Parte Especial y en el artículo 49 (“A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la Ley”) a personas no comprendidas en el artículo 14 (11). Creo que no es posible, en nuestro Código, castigar como autores a codelincuentes no incluidos en alguna de las categorías del artículo 14; aún dentro del marco de una interpretación objetiva, que prescinda de la voluntad del legislador histórico (que fue la de formular un concepto jurídico de autor). En el artículo 12 se declara que, “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los cómplices. 3.º Los

(9) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, Ariel, 1972, I, pág. 802, y ya antes en *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, pág. 287.

(10) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, páginas 218 y sigs., y *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*; Z. Str. W., 1968 t. LXXX, fasc. 4, págs. 920-1 y 932. No me parece correcta la distinción que hace GIMBERNAT (*Autor y cómplice*, págs. 103 y sigs.), siguiendo a ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, págs. 302 y sigs.) entre acto ejecutivo y realización parcial de la acción típica. Para la existencia de la tentativa se exige en el art. 3.º del Código penal español (y en el art. 43 del Código penal alemán) un principio de ejecución del delito, es decir, un principio de ejecución de la acción descrita en el tipo. El problema de la delimitación de los actos preparatorios y ejecutivos es, pues, el problema de la delimitación de la acción típica (véase el extracto de mi tesis doctoral *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, publicado por la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964, págs. 17 y sigs.). Por esta misma razón, es incorrecto el criterio de distinción propuesto por Welzel, según el cual, el principio de ejecución concurre cuando el autor, conforme a su plan, se dispone a realizar inmediatamente la acción típica (véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., págs. 190 y sigs.; este criterio ha encontrado acogida en la definición de la tentativa del art. 22 de la nueva Parte General del Código penal alemán, aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969). No así, en cambio, el criterio de Frank, que invocan también Roxin y Gimbernat, pues para Frank habrá que considerar ejecutivos, aquellos actos que, dada su íntima conexión con la acción típica, aparezcan, según la concepción natural, como *partes integrantes*. El apuntar el arma y el apretar el gatillo aparecen, según una concepción natural, como partes integrantes de la acción de matar, descrita en el tipo (véase FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 ed., 1931, pág. 87).

(11) En este sentido también Rodríguez Devesa, que al tratar de la autoría mediata dice: “ciertamente que con la limitación de la accesoriidad se pueden construir muchos de estos supuestos a base de la inducción o del auxilio necesario, pero no todos...” y “la equiparación de la autoría mediata a la genuina autoría se deduce de una interpretación de los tipos penales correspondientes”. Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 2.ª ed., Madrid, 1971, págs. 644-5.

encubridores”, y en el artículo 14 se precisa que se consideran autores a los directos, a los que fuerzan o inducen a otros a ejecutar el delito y a los cooperadores necesarios. No es posible, pues, considerar autores, castigar como autores, a codeincentes no incluidos en el artículo 14. El artículo 49 es un precepto de referencia contenido entre las reglas de aplicación de las penas y conectado a los artículos 12 y 14 (12). Es cierto que de este modo se derivan lagunas en la punición de la autoría mediata, como han señalado Rodríguez Mourullo y Rodríguez Devesa (13), pues algunos supuestos (cuando la acción del instrumento no es típica o antijurídica) no pueden ser incluidos de ningún modo en los números 2.º y 3.º del artículo 14 (es decir, castigarlos con inducción o cooperación necesaria), a pesar de regir en nuestro Código (para la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad), según la opinión dominante, el criterio de la accesoriedad limitada (14). Estas lagunas tienen que ser colmadas, sin embargo, por el legislador.

Entre la doctrina y la jurisprudencia españolas existe, en cuanto al concepto de autor, un considerable y progresivo divorcio. El Tribunal Supremo, aunque ha seguido en numerosas sentencias el criterio de considerar autores, conforme a la opinión dominante en la doctrina, a los delincentes comprendidos en el número 1.º del artículo 14, se inclina cada vez con mayor frecuencia por la teoría del acuerdo previo. Con arreglo a esta teoría, elaborada por el Tribunal Supremo, cuando varios delincentes se ponen de acuerdo para realizar un hecho delictivo, todos ellos responden en virtud de este acuerdo, como autores, cualquiera que sea su forma de contribución a la realización del hecho. El Tribunal Supremo castiga a todos como autores, con frecuencia como autores directos, aunque no hubieran realizado actos ejecutivos (núm. 1.º del art. 14), otras como inductores, por inducción recíproca (núm. 2.º del art. 14) y otras como cooperadores necesarios (núm. 3.º del art. 14), por estimar que si hubo acuerdo previo la cooperación es necesaria (15).

(12) El art. 49 está situado en la Sección 1.ª, que lleva por epígrafe “Reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución y las personas responsables de las infracciones”, del Capítulo IV, “De la aplicación de las penas”, del Título III, “De las penas” y los arts. 12 y 14 están situados en el Capítulo Primero del Título II, que trata “de las personas responsables de los delitos y faltas”.

(13) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, págs. 803 y sigs., y especialmente págs. 805 y siguientes, y ya antes, en El autor mediato en Derecho penal español, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1969, fasc. 3.º, págs. 465 y sigs., y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 2.ª ed., Madrid, 1971, págs. 644-5.

(14) Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, I, Parte General, vol. 2.º, 16 ed., 1971, págs. 628; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Parte General, Madrid, 1949, págs. 422-3; RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, II, Madrid, 1949, págs. 279-80 y 294, y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 2.ª ed., Madrid, 1971, págs. 651-2.

(15) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 54 y

II. LA POLEMICA EN TORNO A LA TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Una de las aportaciones más importantes de Welzel a la moderna teoría del delito es, sin duda, el desarrollo del concepto finalista de autor (16). Según Welzel, "autor es sólo aquél que mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico tiene el dominio de la realización del tipo". "El autor se diferencia del mero partícipe por el dominio finalista del acontecer; el partícipe, o bien se limita a apoyar el hecho, dominado por el autor de un modo finalista, o ha determinado la resolución de realizarlo" (17). El concepto finalista de autor, que se ha convertido en el dominante en la doctrina alemana (18) ha encontrado también eco en nuestro país. Córdoba Roda, discípulo de Maurach, sustenta en la Ciencia del Derecho penal española el concepto finalista de autor. Autor, para él, es el que tiene el dominio del acto. El concepto de autor está, en función, según Córdoba, del concepto de acción. "Admitida la premisa de que 'autoría es realización del acto propio', la solución del problema vendrá dada por el concepto de acción. El entender la acción como causación de un resultado, conducirá a la doctrina extensiva. Por el contrario el concepto finalista a una distinta configuración de la autoría. Si la acción es definida como "comportamiento humano, dominado por la voluntad rectora, orientada a un determinado resultado"... será perfectamente comprensible que se recurra al criterio del "dominio del acto" para circunscribir la esfera de los autores: autor lo es quien ostenta el dominio del acto". "Importa destacar que Maurach y en general la doctrina finalista, no llegan a esta circunscripción de la esfera de la autoría a través de la exégesis de una noción legal... sino en virtud de una averiguación del ámbito del concepto material de autor derivado directamente del de acción —con lo que la exposición se desenvuelve en un plano óptico, prejurídico" (19). Aunque parte de un concepto material de autor, Córdoba considera, como Maurach, que es autor todo el que realiza un elemento del tipo (20). "Bien vale

siguientes, y 57 y sigs.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, pág. 828 y sigs.

(16) Sobre los antecedentes del concepto del dominio del hecho, antes de la formulación de la teoría por Welzel, véase ROXIN, *ob. cit.*, págs. 60 y siguientes, y GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, pág. 124.

(17) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, pág. 99.

(18) Véase, a este respecto, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, páginas 68 y sigs., y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 2.^a edición, 1972, pág. 495.

(19) Véase CÓRDOBA RODA, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MAURACH, Barcelona, Ariel, 1962, II, pág. 310 (nota 3). El concepto finalista de autor ha sido acogido en Argentina por BACIGALUPO, en *La noción de autor en el Código penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, págs. 43 y siguientes, y 53 y sigs.

(20) Según Maurach, el que realiza un elemento de tipo tiene el dominio del hecho en virtud de una presunción legal irrefutable; véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil 4.^a ed., Verlag C. F. Müller, 1971, pág. 658.

la pena" dice Córdoba, "poner de relieve que el artículo 14, a diferencia de los 16 y 17, en los que se dice '*son cómplices*' y '*son encubridores*', declara que, '*se consideran autores*' a las distintas clases de sujetos incluidas en los tres números del repetido artículo 14. El texto legal español permite, pues, afirmar que no todos los sujetos a que se refiere el artículo 14 *son* autores. De este modo, si bien todos aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho *son* autores, los que fuerzan o inducen, sólo lo serán cuando la fuerza o inducción alcance el grado de la autoría mediata. Respecto al número 3 la cuestión es incierta. Si la *necesidad* del acto cooperador de este tercer número es referida a la *ejecución concreta del hecho*... el sujeto de ese acto, en cuanto podrá dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo, será titular del dominio del acto y, por lo tanto, autor. Por el contrario, si el acto cooperador es entendido como condición indispensable para la *causación del resultado criminal*, al atribuirse un carácter de ciega causalidad a la cooperación del número 3 del artículo 14, no podrán calificarse siempre de propios autores a los cooperadores del referido número 3" (21). Según Córdoba Roda, por consiguiente, el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho, es autor, si se refiere la necesidad de su contribución a la realización concreta del hecho. Gimbernat y el Tribunal Supremo español, en varias sentencias, han sustentado la opinión de que el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho (22).

Esta tesis de que el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho, no es correcta, sin embargo, como ha puesto de relieve Roxin (23). Se basa en una tergiversación de la teoría del dominio del hecho. El dominio del hecho no lo tiene todo el que pone dolosamente una condición de la realización del hecho delictivo. No lo tiene tampoco el cómplice principal. El dominio del hecho lo tiene sólo de un modo aparente el cómplice principal, como señala Roxin. "Una persona que hace posible un hecho", dice Roxin, "que tiene en su mano, en este sentido, su realización, no por ello domina el curso de los acontecimientos" (24). El técnico que construye la máquina infernal para que otro delincuente cometa un atentado, o el que da la moneda al ladrón para que pague la entrada al Museo donde va a sustraer un cuadro, no tiene el dominio del hecho, aunque hagan posible la realización de esos delitos. La rea-

Para Bacigalupo, en cambio, la realización de un elemento del tipo debería ser sólo un indicio del dominio del hecho; véase BACIGALUPO, *La noción de autor en el Código penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, págs. 54-5.

(21) Véase CÓRDOBA RODA, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MAURACH, Barcelona, Ariel, 1962, II, págs. 310-1 (nota 3).

(22) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 122-3, y las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1963, 4 de marzo y 5 de junio de 1965, 3 de junio de 1968 y 1 de marzo de 1972.

(23) Véase ROXIN, *ob. cit.*, pág. 301; en el mismo sentido, también, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Córdoba-Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código penal*, I, págs. 877-8.

(24) ROXIN, *ob. cit.*, pág. 301.

lización del hecho delictivo tienen que confiarla necesariamente a otra persona, al terrorista o a ladrón. Estos realizan la acción delictiva solos y libremente. La figura del cooperador necesario refleja un enfoque causal —la teoría de la causa necesaria— y es esencialmente diferente del concepto del dominio del hecho. Dentro de los cooperadores necesarios habrá algunos que posean el dominio del hecho y sean en realidad autores (autores mediatos o coautores), pero habrá otros que serán meros partícipes.

* * *

Rodríguez Muñoz, que dio a conocer en España la teoría de la acción finalista e hizo de ella un detenido análisis crítico (25), objetó a la misma que conduce a una escisión del concepto de autor en los delitos dolosos y culposos. El concepto de autor en los delitos dolosos está construido sobre la base de la acción finalista, mientras que el de los culposos lo está sobre el dogma causal. “Forzoso es reconocer”, decía Rodríguez Muñoz, “que si bien el concepto finalista (con su secuela de acción culposa no finalista, aunque referida a la finalidad) puede resolver satisfactoriamente el difícil y controvertido problema del concepto de autor en los delitos dolosos, tan sólo es a cambio de resultados a mi entender inaceptables, en lo que respecta a la determinación del mismo concepto en los delitos culposos”. “Aquí adquiere el contorno de la autoría extensión desmesurada, llegándose al resultado paradójico de que en el grupo de los delitos *menos graves* el concepto de autor es notoriamente *más amplio* que el de los delitos de gravedad infinitamente mayor” (26). Según Rodríguez Muñoz, la mayor parte de los tipos de los delitos culposos del Código penal alemán no están contruidos con arreglo al dogma causal y no lo están, desde luego, en el Código penal español, aunque a primera vista pudiera pensarse otra cosa, dada su peculiar forma de regulación. En el Código penal español, prescindiendo de algunos delitos culposos regulados en forma concreta y específica (27), la mayor parte de ellos están regulados por medio de las cláusulas generales del artículo 565. El artículo 565 dice, en sus dos primeros párrafos: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado... “El que, con infracción de los reglamentos, cometiére un delito, por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de...”. Rodríguez Muñoz demuestra, con argumentos, a mi juicio, convincentes, que en estos preceptos no se regulan dos

(25) Véase RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La acción finalista en Derecho penal*, Jus, marzo-abril, 1944; *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1953, págs. 207 y sigs., *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, 1953, y notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, I, 1955, págs. 202 y sigs.

(26) Véase RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, I, 1955, págs. 203-4.

(27) Véase, por ejemplo, el art. 412 (aborto), 395 (malversación), 355 (prevaricación del juez) y 360 (prevaricación del abogado o procurador).

crimen culpaee, sino *crimina culposa*. Se trata únicamente de una peculiaridad de técnica legislativa, lógica si se parte del principio, como hace el legislador español, de castigar al lado de todos los delitos dolosos los correspondientes delitos culposos. Si se acepta esta interpretación del artículo 565 que es opinión unánime en la doctrina (28), no es posible considerar, dice Rodríguez Muñoz, que los tipos de los delitos culposos están contruidos en nuestro Código con arreglo al dogma causal. "El artículo 565 nos habla de "el que por imprudencia temeraria *ejecutare un hecho que, si mediante malicia, constituiría delito...*". Creo que no se puede decir de manera más clara que no es suficiente colocar una *conditio*, que no basta el dogma causal, que es preciso llevar a cabo precisamente la misma conducta objetiva que en los delitos dolosos" (29). Jiménez de Asúa y Rodríguez Mourullo se han adherido a la crítica de Rodríguez Muñoz (30). "La concepción extensiva de autor que el finalismo propugna para los delitos imprudentes implica", según Rodríguez Mourullo, una concepción causal de la acción. Se produce así una grave contradicción que compromete la premisa básica del sistema finalista" (31).

La crítica de Rodríguez Muñoz, Jiménez de Asúa y Rodríguez Mourullo podría estar justificada cuando Welzel recurriría al criterio de la finalidad *potencial* para la explicación de las acciones culposas. En los delitos culposos existe, decía Welzel, entonces, "una causación que era evitable mediante una actividad finalista". A la actividad finalista real equiparaba, pues, Welzel entonces, una actividad finalista meramente posible (32). A partir de la publicación

(28) El Tribunal Supremo español, en jurisprudencia constante, considera, en cambio, que en el art. 565 se regulan dos delitos, el de imprudencia temeraria y el de imprudencia simple con infracción de reglamentos. Pues cuando de una misma conducta imprudente, por ejemplo, de imprudencia temeraria, se derivan varios resultados, dos de muerte, uno de lesiones y otro de daños, no aprecia un concurso ideal de delitos (art. 71 del Código penal español), sino un solo delito de imprudencia temeraria, del que se derivaron dos resultados de muerte, uno de lesiones y otro de daños. Véase, por ejemplo, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1927, 14 de diciembre de 1931, 11 de mayo de 1940, 2 de abril de 1952, y 8 de noviembre de 1955. El Tribunal Supremo no concibe, sin embargo, el resultado como condición objetiva de punibilidad. Exige que el resultado se haya producido como consecuencia de la inobservancia del deber objetivo de cuidado. Véase, a este respecto, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 2.ª ed., pág. 402.

(29) Véase RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MEZGER, I, 1955, pág. 209.

(30) Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, III, 3.ª ed., 1965, páginas 364 y sigs. (aunque en su *Rapport général* al VII Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Atenas en 1957, se manifestó en favor de la teoría del dominio del hecho; véase "Autoría y participación, en *El Criminalista*, 2.ª serie, 4.º t., Buenos Aires, 1960, págs. 171, 202 y 242-3), y RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Córdoba-Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código penal*, I, págs. 813-5.

(31) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *lug. cit.*, pág. 813.

(32) Sobre la evolución del concepto de la culpa de Welzel, véase mis artículos *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*,

de su *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (El nuevo sistema del Derecho penal), Welzel abandona la idea de la finalidad potencial y la escisión formal del concepto de la acción. En los delitos culposos el juicio desvalorativo de la antijuricidad recae desde entonces, para Welzel, en una acción finalista *rea*. Esta acción es antijurídica si no responde al cuidado objetivamente debido. En el juicio desvalorativo de la antijuricidad se compara la dirección finalista real y la exigida por el Derecho. Autor del delito culposo es todo aquel que al realizar una actividad finalista no observa el cuidado objetivamente exigido por el Derecho para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. Si Welzel dice que "autor de un delito culposo es todo el que, a través de una acción que infringe el cuidado exigible en el tráfico causa en forma no dolosa un resultado típico" (33), es porque está pensando en los delitos culposos de resultado, pues son los más importantes. Los delitos culposos pueden ser de resultado, pero pueden ser también delitos de simple actividad (falso testimonio, acusación o denuncia falsa, etc.). En ellos autor puede serlo sólo el que realiza voluntariamente la acción descrita en el tipo (presta testimonio, acusa o denuncia, etc.), pero ignora una determinada cualidad de la acción o del abyecto de la misma (34). Si en un tipo de delito culposo se describe no sólo la causación de un resultado, sino su causación mediante una determinada acción, autor puede serlo sólo el que realiza la acción descrita en el tipo. Por ejemplo, en el artículo 412 del Código penal español se castiga "el aborto ocasionado violentamente, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo". El concepto de autor de los delitos culposos que formula Welzel no es, pues, un concepto extensivo, ni se basa en un concepto causal de la acción.

Es preciso subrayar, además, frente a la tesis de Córdoba y Maurach (35), que el concepto de autor no se deriva directamente del

Z. Str. W., t. 71, 1959, págs. 136 y sigs. (publicado también en castellano en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1959, fasc. 3.º, págs. 561 y sigs.), y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Z. Str. W., t. LXXXIV, 1972, fasc. 4, págs. 1040 y sigs. (publicado también en castellano en *Nuevo pensamiento penal*, año 1, número 2, págs. 217 y sigs.).

(33) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., pág. 99.

(34) Sobre los delitos culposos de acción, véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 6.ª ed., 1958, págs. 117-8. En las ediciones posteriores de su *Lehrbuch*, Welzel ha suprimido el capítulo especialmente dedicado a los delitos culposos de acción, dada su menor importancia en relación con los delitos culposos de resultado.

(35) Véase CÓRDOBA RODA, *lug. cit.*, en la nota 17, y MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., 1971, págs. 619 y sigs. Stratenwerth dice: "Partiendo del concepto de la acción finalista es casi natural que se busque en el dominio del hecho la característica de la autoría. Si la acción humana se presenta como un acontecimiento dominado y dirigido por la voluntad de un modo finalista..., la pregunta acerca de *quien* haya realizado la acción (típica) y por consiguiente sea autor remite precisamente a aquél que ha dominado el acontecimiento en virtud de su dirección finalista"; véase STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat, 1971, pág. 211.

concepto de acción. La doctrina de la autoría y la participación pertenece a la teoría de lo injusto, según la opinión dominante en la Ciencia penal alemana (36). Welzel dice, por ello: "La doctrina de la autoría contiene la parte final de la teoría de lo injusto. Por ello, los fundamentos de la teoría de lo injusto, especialmente el tipo y sus límites, son decisivos para la definición del autor, sobre todo la diferencia entre los tipos de los delitos *dolosos* y *culposos* es esencial para la definición del autor" (37). Autor es, por ello, todo el que realiza la acción típica o un elemento del tipo en los delitos dolosos o culposos. En los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción (cualquiera o determinada) que no responda al cuidado objetivamente debido, o realiza una acción desconociendo una cualidad de la misma o de su objeto como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. En los delitos dolosos es autor todo el que realiza en todo o en parte la acción, aunque no tenga el dominio del hecho (39). Como dice Christian Schröder: "La negación de la autoría por la falta de alguna característica ulterior a la tipicidad llevaría prácticamente a una especie de restricción supralegal de la tipicidad. Las disposiciones referentes a la participación se convertirían en causas de restricción del tipo" (39). Roxin considera que el que realiza de propia mano, dolosamente, todos los elementos del tipo tiene el dominio de la acción, que distingue del dominio de la voluntad. Roxin considera, incluso, que tiene el dominio de la acción el que realiza dolosamente, de propia mano, todos los elementos del tipo aunque no actúe libremente. Señala, como ejemplos, los casos en que el sujeto actúa bajo coacción, o impulsado por un estado de necesidad provocado por otro, o es un enajenado, un menor, o es víctima de un error de prohibición (40). La distinción que hace Roxin entre dominio de la acción y dominio de la voluntad es, a mi juicio, artificiosa. La voluntad es el factor que impulsa y configura la acción. Si se tiene el dominio de la voluntad se tiene el dominio de la acción.

El que tenga el dominio del hecho será autor, aunque no realice un elemento del tipo (autor mediato o coautor) si el Código se

(36) Véase, por ejemplo, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª edición, 1967, págs. 327 y sigs., y 615 y sigs.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., págs. 98 y sigs.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., págs. 617 y sigs., y STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Die Straftat, págs. 231 y sigs.

(37) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., pág. 98.

(38) Véase, en este sentido, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, 14 ed., págs. 267 y sigs., y 271; SAX, *Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre. Gedanken zum Stachynskij-Urteil*, Juristenzeitung, 1963, págs. 333 y 337-338, y FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter*, págs. 39 y sigs., 68 y sigs., y 191 y sigs.

(39) Véase FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter*, pág. 191.

(40) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, págs. 127 y sigs., y 131 y sigs.

inspira en una concepción personal de lo injusto. Este es el caso en el Código penal alemán y en el Código penal español en que se castiga la tentativa de delito (incluso la inidonea) y es preciso apreciar la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto (41). El que tiene el dominio del hecho aparece entonces como el centro personal de lo injusto. Si el Código se inspira, en cambio, en una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro del bien jurídico, todo el que pusiera una condición de la producción del resultado o de la realización de la acción típica sería, en principio, autor. No podría hablarse entonces de un centro personal de lo injusto. Se llegaría a un concepto extensivo de autor, aunque el Derecho partiera del concepto de la acción finalista, pues el juicio desvalorativo de la antijuricidad recaería entonces exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción.

* * *

Rodríguez Mourullo ha objetado al concepto de autor de los delitos dolosos y culposos elaborado por la doctrina de la acción finalista, que impide apreciar la figura de la autoría mediata culposa en los delitos dolosos y culposos (42). El que con su conducta imprudente da lugar a que otro realice un delito doloso, no es autor mediato, a mi juicio, del delito culposo, sino directo. No puede decirse que use como instrumento al autor del delito doloso. Le faltan los elementos objetivos y subjetivos del dominio del hecho (43). Su conducta podrá ser incluida en el tipo del delito culposo, siempre que se trate de un delito culposo de resultado. En el Código penal español el autor estará incluido, en estos casos, en el número 1.º del artículo 14. (Los que toman parte directa en la ejecución del hecho). Si se trata de un delito culposo de resultado en que se describa en el tipo la acción, sólo podrá ser autor el que realice la acción

(41) Véase mis artículos *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto, 1961, páginas 17 y sigs., y 27 y sigs.; *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1961, págs. 55 y sigs., y 66 y sigs., y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Z. Str. W., t. 84, 1972, fasc. 4, págs. 1034 y sigs., y 1052 y sigs. (publicado también en castellano en "Nuevo Pensamiento Penal", año 1, núm. 2, págs. 218 y sigs. 233 y siguientes).

(42) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Córdoba-Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código penal*, I, págs. 813 y sigs., y 817 y sigs., y ya antes, en su artículo *El autor mediato en Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1969, fasc. 3.º, págs. 477 y sigs. La posibilidad de una autoría mediata culposa ha sido afirmada en la moderna doctrina alemana, por MEZGER, en *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, I, 8.ª ed., Berlín, 1957, pág. 259; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 42 ed., 1959, página 163, y ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª ed., 1967, págs. 358 y siguientes.

(43) Véase, en este sentido, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., pág. 630.

descrita en el tipo. Lo mismo cabe decir de los delitos culposos de acción. Es cierto, como señala Roxin (44), que la interposición entre la conducta imprudente y el resultado de la conducta dolosa (o culposa) de un tercero influirá en el contenido del deber objetivo de cuidado, pero esto es una consecuencia que se deriva del propio concepto del cuidado objetivamente debido. Este se determina siempre en función de las circunstancias del caso concreto y en relación con el resultado causado y que se trataba de evitar. Si una persona utiliza a otra como instrumento para la realización de una acción y al hacerlo no observa el cuidado objetivamente debido, tiene el dominio del hecho en cuanto a la realización de la acción imprudente (45), pero esto no basta para apreciar la autoría mediata en los delitos culposos de resultado. En éstos pertenece al tipo de lo injusto la producción de la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico. El resultado en los delitos culposos no pertenece a la acción finalista real que realizaba el sujeto, pues no estaba comprendido en su voluntad de realización. No puede afirmarse, pues, el dominio del hecho del supuesto autor mediato sobre la producción del resultado, es decir, sobre la realización de uno de los elementos del tipo (46). La conducta del supuesto autor mediato estará siempre comprendida en el tipo de los delitos culposos de resultado. Si en el tipo de estos delitos se describe la acción, la conducta del supuesto autor mediato estará sólo comprendida en el tipo si realiza la acción típica. En los delitos culposos de acción puede darse, en cambio, la autoría mediata, si no son al mismo tiempo delitos especiales o de propia mano (como el falso testimonio).

* * *

Gimbernat considera que la teoría del dominio del hecho permite una mejor comprensión de la autoría mediata, pero encuentra dificultades insuperables para deslindar la coautoría y la complicidad. "La mayoría de los partidarios del dominio del hecho se limitan, en estos casos, a dar criterios demasiados esquemáticos con los que es

(44) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., 1967, págs 539 y siguientes.

(45) Es preciso, sin embargo, que tenga realmente el dominio del hecho, por coacción, error, por la utilización de inimputables, etc. En el caso enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de junio de 1957, que cita Rodríguez Mourullo, el que dirige la maniobra imprudente del camión, que da lugar al aplastamiento de la víctima contra la pared, no tiene el dominio del hecho. El conductor actuaba libremente. Para apreciar el dominio del hecho no basta que se diga que "el chófer seguía puntualmente las órdenes o instrucciones dadas por el procesado", pues seguía estas órdenes voluntariamente sin estar sometido a ningún tipo de coacción. Por otra parte, ni el chófer ni el procesado, propietario del camión, se habían dado cuenta de la presencia de la víctima detrás del mismo.

(46) Maurach fundamenta la falta del dominio del hecho del autor del delito culposo en el error sobre el curso causal. El autor cree poder alcanzar únicamente su fin irrelevante para el Derecho, pero causa el resultado típico. Véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., págs. 625-6.

difícil empezar algo en el caso individual. Pero tampoco han faltado intentos de dar líneas concretas orientadoras a fin de determinar, en base al dominio del hecho, si una conducta —de las que está fuera de discusión que no constituye autoría mediata— es de coautoría o complicidad. Lo único que sucede es que de todos estos intentos hasta ahora no hay ninguno convincente. Es más: no hay ninguno que lleve más lejos de donde se halla, ya desde hace mucho tiempo, la dogmática española” (47). Según Gimbernat, la teoría del dominio del hecho al tratar de deslindar la coautoría y la complicidad se encuentra ante la misma disyuntiva que la doctrina española al tratar de distinguir el cooperador necesario del cómplice. “O se dice que tiene el dominio del hecho todo aquel que pone una condición sin la cual no hubiese habido delito en ningún caso, porque no habría sido posible encontrar a ninguna persona dispuesta a contribuir con una aportación tal (interpretación abstracta). O se dice que domina el hecho todo el que contribuye materialmente al delito tal como éste realmente se produjo (interpretación concreta)” (48). Gimbernat tergiversa la teoría del dominio del hecho al interpretarla con arreglo a criterios causales (49). Como vimos ya anteriormente, la figura del cooperador necesario refleja un enfoque causal y es esencialmente diferente del concepto del dominio del hecho. El dominio del hecho no lo tiene todo el que pone dolosamente una condición de la realización del hecho delictivo, ni lo tiene siempre el cómplice principal o cooperador necesario (50).

El ámbito del problema de la distinción entre coautoría y complicidad queda reducido si se estima que todo el que realiza un elemento del tipo es autor aunque no tenga el dominio del hecho. Desde el punto de vista normativo, aunque no fáctico, aparece como centro personal de lo injusto. Si varios delincuentes cooperan en la comisión del delito y realizan actos de carácter ejecutivo (51) serán coautores y no cómplices (52).

El criterio del dominio del hecho carece, pues, de trascendencia para determinar la coautoría en el ámbito de los actos de ejecución. Sólo podrá adquirirla para determinar la condición de coautor de quien realice algún acto preparatorio o de mero auxilio. ¿Es posible, sin embargo, que quien realice un mero acto preparatorio tenga el dominio del hecho? Según Welzel el que realice un acto preparatorio o de mero auxilio será coautor “si es coportador de la

(47) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 136-7, y *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, Z. Str. W., t. LXXX, 1968, fasc. 4, págs. 925 y sigs., y 928 y sigs.

(48) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, pág. 137.

(49) Esto se advierte claramente en la crítica que hace del concepto del dominio funcional del hecho, de ROXIN; véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 146 y sigs.

(50) Véase, *supra*, págs. 7 y 8.

(51) Sobre la relación entre acto ejecutivo y realización parcial del tipo, véase lo dicho en la nota 10.

(52) Véase, también, en este sentido, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 98-9.

decisión común de realizar el hecho" (53). La decisión común de realizar el hecho delictivo, el acuerdo de voluntades, se da, sin embargo, entre todos los codelincuentes. No puede servir, por tanto, para deslindar la coautoría y la complicidad. Cuando Welzel exige que el que realiza un acto preparatorio o de mero auxilio, se sienta "co-portador" (Mitträger) de la decisión común de realizar el hecho, para ser coautor, apunta ya, sin embargo, rebasando el marco del mero acuerdo de voluntades, el *animus auctoris* de la teoría subjetiva. Esto se advierte aún más claramente cuando Welzel dice que el supuesto inductor será coautor si actúa "con decisión propia de realizar el hecho" (mit eigener Tatentschlossenheit) (54). Esto supone ya, sin embargo, el abandono del criterio del dominio del hecho.

El que realiza un acto preparatorio, por importante que sea, como dice Roxin, llega un momento en que tiene que dejar en manos de otra persona la realización del delito. No tendrá, pues, el dominio del hecho (55). El jefe de la banda, si no tiene el dominio de la voluntad sobre sus miembros (en cuyo caso sería autor mediato) será un mero inductor si no participa en la ejecución del delito. Distinto será el caso, en cambio, si dirige la ejecución del delito, aunque sea a distancia. En este caso toma parte ya en la ejecución del delito, realiza actos de ejecución (56).

El problema de coautores y cómplices se reduce, pues, al ámbito de los actos de mero auxilio durante la fase de ejecución. Se tratará de conductas que no son subsumibles en el tipo. Como la del vigilante en el robo. Para el deslinde de coautoría y complicidad en este ámbito creo que el criterio sugerido por Roxin es el más acertado (57). Serán coautores (tendrán el dominio funcional del hecho) aquellos delincuentes a quienes corresponda, de

(53) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., págs. 110-1; en el mismo sentido, BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1957, pág. 101.

(54) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., pág. 124. Esta influencia de la teoría subjetiva en Welzel y Bockelmann, en este punto, ha sido señalada por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., págs. 295 y siguientes.

(55) En este sentido, también HARDWIG, *Über den Begriff der Täterschaft*, *Juristenzeitung*, 1965, pág. 667. De otra opinión, MAURACH, *Deutsche Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., 1971, pág. 659, y GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 148-50.

(56) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., págs. 292 y siguientes, 298 y sigs. Stratenwerth considera que el jefe de la banda será también coautor, aunque no dirija, personalmente ni a distancia, la ejecución del delito, pues su conducta de elaboración del plan y organización sigue desplegando su eficacia en el ámbito de la ejecución; véase STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil*, I, *Die Straftat*, pág. 228. No puede afirmarse, sin embargo, a mi juicio, que el jefe de la banda tenga en estos casos el dominio del hecho. Tiene que confiar a sus colaboradores la ejecución, conforme al plan previsto, del hecho delictivo.

(57) Véase la crítica que hace Gimbernat de los demás criterios de distinción propuestos por los partidarios de la teoría del dominio del hecho, en GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 141 y sigs., y *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, *Z. Str. W.*, t. LXXX, 1968, fasc. 4, páginas 925 y siguientes.

acuerdo con el plan delictivo, una contribución independiente, esencial, a la comisión del delito. Ninguno de ellos tiene por sí sólo el dominio del hecho, pero todos, en conjunto, lo tienen, pues sus aportaciones están tan engarzadas de acuerdo con el principio de la división de funciones, que si cualquiera de ellos dejase de aportar su contribución a la comisión del delito, éste no podría realizarse o se trataría ya de otro hecho (58).

Gimbernat ha objetado a Roxin que este criterio del dominio funcional del hecho conduce al de la causa necesaria o del cómplice principal (59). Roxin señala, sin embargo, que el carácter esencial de la contribución no ha de determinarse *ex post*, con un enfoque causal, tratando de averiguar si una determinada contribución ha sido "decisiva", de acuerdo con una concepción natural, de la vida. No se puede hacer depender, dice Roxin, la condición de autor del vigilante, de que haya tenido que intervenir, dado el peligro inminente de ser descubiertos los delincuentes. Cumple ya una función necesaria en el sentido de nuestra doctrina, sigue diciendo Roxin, si su actuación sería decisiva en caso de que se diera dicha circunstancia. Es decir, el carácter esencial de la contribución de cada delincuente ha de determinarlo el juez teniendo en cuenta la función asignada a cada uno en el plan delictivo. El vigilante será coautor si la realización del hecho delictivo exige la existencia de un vigilante, si su actuación representa una función independiente, con arreglo al principio de la división del trabajo. Será, en cambio, cómplice, si la realización del plan no depende de su contribución, si los otros podrían actuar sin él. Si le llevan, por ejemplo, para que se vaya "fogueando".

Es cierto que la aplicación del criterio del dominio funcional del hecho puede plantear dudas en algún caso límite, como sucede con todos los principios regulativos (60), pero ofrece, a mi juicio, unas directrices lo suficientemente claras al juez para llevar a cabo el deslinde de coautoría y complicidad.

(58) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., págs. 275 y siguientes, y 277 y sigs.

(59) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 147 y siguientes. En el mismo sentido, FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHRÖDER, *ob. cit.*, página 66.

(60) Véase, a este respecto, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a edición, págs. 282 y sigs.

Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal

La Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre modificación de determinados artículos del Código penal, afecta al Capítulo II bis del Título XIII, Libro II, que figura ahora bajo la rúbrica de "Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos". Recordemos que este capítulo se incorpora al Código por Ley 3/1967, de 8 de abril, con la denominación: "Del robo y hurto de uso de vehículos de motor", y comprendía un sólo artículo, el 516 bis. En cuanto a sus antecedentes hay que remontarse a las Leyes sobre uso y circulación de vehículos de motor de 9-5-1950 y 24-12-1962 (1). En aquélla se regula por primera vez el hurto de uso de vehículos de motor.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Pasemos a exponer las modificaciones de que ha sido objeto el artículo 516 bis:

1. El párrafo primero queda redactado ahora de la forma siguiente: "El que, sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio, utilizare un vehículo de motor ajeno, cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 10.000 a 100.000 pesetas":

a) En principio, se observa la sustitución del vocablo "usare" por el de "utilizare". Este fue el empleado por la Ley de 1950 (art. 9), mientras que el primero lo era en la Ley de 1962 (art. 10). El cambio no supone modificación sustancial y el fundamento parece que ha de buscarse en el deseo del legislador de hacer desaparecer toda referencia al "uso", como robo o hurto, en vista de que no hay un regulación genérica de estas figuras en el Código, por lo que no parece correcto mantenerla para los vehículos de motor. Este deseo de ruptura se aprecia claramente en la nueva rúbrica del capítulo. Sin embargo, algún autor ya venía estudiando tales infracciones bajo la denominación de "uso indebido de vehículos de motor" (2). Si consideramos las acepciones del Diccionario de la Real Academia

(1) Arts. 9, 10 y 11 en la Ley de 1950 y art. 10 en la de 1962.

(2) RODRÍGUEZ DEvesa, J. M., *Derecho penal español*, Parte especial, Madrid. 1973, págs. 417 y sigs.

de la Lengua de "usar" como "disfrutar una alguna cosa, sea o no dueño de ella" y "utilizar" como "aprovecharse de una cosa", el cambio no parece acertado, ya que si bien es cierto que el vehículo se toma en muchas ocasiones para aprovecharse de él —realizar un transporte, por ejemplo—, es más frecuente que el autor lo tome para disfrutar del mismo, o sea, buscar un bien que no posee —pensamos, como se verá después, que la totalidad de los autores tienen menos de veinticinco años— y del que se quiere disfrutar. De todas formas, el cambio no parece tener mayor interés, salvo el de querer suprimir la referencia al uso.

b) Por otra parte, se inserta ahora, con referencia a los vehículos de motor, "cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada". Aunque parece que la idea del legislador es la de incluir los ciclomotores, para evitar la polémica que al respecto se venía manteniendo, no consigue aclarar las dudas (3). La situación sigue siendo la misma, ya que los términos "clase, potencia o cilindrada" no resuelven nada, pues el problema se plantea en torno al concepto "vehículo de motor". No es fácil saber lo que ha de entenderse por tal, pues ni el Código penal ni el Código de la circulación lo definen. El primero se limita a emplear "vehículo automóvil" (4) y "vehículo de motor" (5), pero sin dar ninguna definición. Por su parte, el Código de la circulación, no sólo no lo define, sino que ni tan siquiera emplea la denominación "vehículo de motor", siendo uno de los conceptos más próximos el de "vehículo automóvil", y no considerando como tales a los ciclomotores (6). En el Código penal no se menciona en ninguna parte al ciclomotor.

Se sigue con el grave obstáculo de no poder determinar lo que haya de entenderse por "vehículo de motor". Para resolver esta problemática, y en especial la consideración del ciclomotor con respecto a los tipos del artículo 516 bis, la Fiscalía del Tribunal Supremo da la Circular de 26-2-1973, en la que, tras revisar toda la legislación existente al respecto (7), considera que "vehículo de motor

(3) Véase ALONSO PRIETO, L., *Acotaciones a la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre modificación del Código penal*, en "Revista de Derecho de la Circulación, enero-febrero, 1975; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *La peligrosidad social en el tráfico*, en "Revista de Derecho de la circulación", noviembre-diciembre, 1974, pág. 539, nota; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Consideraciones sobre la reforma del artículo 516 bis del Código penal*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", diciembre 1974, pág. 699; SÁINZ CANTERO, J. A., *Derecho penal*, Parte especial, publicaciones de la U. N. E. D., 1974-1975, Unida Didáctica, núm. 4, pág. 43.

(4) Art. 279 bis del Código penal.

(5) Arts. 340 bis a), 1.º y 2.º, 340 bis c), 565 y 586, 3.º

(6) Dispone el art. 4, g) del Código de la circulación: "Automóvil es todo vehículo dotado de medios de propulsión mecánica propios e independientes del exterior, que circula sin carriles. Se excluyen de esta designación los ciclomotores."

(7) Véanse Decretos de 21-10-1955, 27-1-1956, 11-1-1957, 19-12-1957, 22-7-1958, 8-5-1961, 20-5-1965 y 26-6-1969; Convenio de Ginebra de 19-11-1949, y Convención de Viena de 8-11-1968; Reglamento del Seguro obligatorio, de 19-11-1964, art. 6.º

y permiso de conducción se hallan en perfecta relación lógica, la misma que media entre ciclomotor y licencia de conducir. Si vehículo de motor es aquel que propulsado por un motor requiere para el manejo o conducción el permiso..., es forzoso concluir que el ciclomotor no encaja en las frases vehículos de motor previstas en diversos pasajes del Código penal". Termina diciendo que "si expresamente el ciclomotor no es automóvil, ni vehículo automotor al modo como es definido en el Convenio de Ginebra (8), ni tampoco vehículo de motor, es difícil que lo sea sólo a los fines específicos del artículo 516 bis".

Pese a los esfuerzos de la Fiscalía del T. S. en la circular mencionada, el problema de la definición del vehículo de motor sigue en pie (9). Tampoco es válida la solución que se propone en la circular de equiparar vehículo de motor a los que necesitan permiso de conducir para su manejo (10), con lo que los ciclomotores quedan excluidos, ya que para su conducción sólo se precisa licencia (11), pues su situación penal estaría supeditada a que en cualquier momento se exigiera tal permiso, cosa por otra parte lógica si tenemos en cuenta los problemas actuales del tráfico, con el notable incremento de accidentes y delitos culposos, máxime cuando se les exige a los conductores observar "las reglas generales de circulación que les sean aplicables, y además las especiales" que para los mismos se establezcan (12).

Postura de la jurisprudencia.—(13). En las sentencias dictadas por los Magistrados de los Tribunales unipersonales, conforme a la Ley de 1962 es frecuente considerar el ciclomotor como vehículo de motor (14), así como también por las Audiencias provinciales después de la Ley de 8 de abril de 1967, pronunciándose incluso para aquellos supuestos en los que se pretende equiparar vehículos de motor y permiso de conducir, ya que no se hace distinción entre este permiso y la licencia para ciclomotores, con lo que se oponen

(8) Se define en el art. 4.º el vehículo automotor como: "todo vehículo provisto de un dispositivo mecánico de autopropulsión utilizado normalmente para el transporte de personas o mercancías por carretera y que no marcha sobre raíles o conectado a un conductor eléctrico", en el anexo I se excluyen las bicicletas con motor auxiliar de combustión interna con un máximo de cilindrada de 50 c. c.

(9) Véase LUZÓN CUESTA, J. M., *Problemática penal en torno al uso y circulación de ciclomotores*, en "Revista de Derecho de la circulación", julio-agosto y septiembre-octubre, 1971; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *El vehículo de motor en el Código penal*, en "Revista de Derecho de la circulación", septiembre-octubre, 1973; en la Convención de Viena se define el vehículo de motor como "todo vehículo provisto de un motor de propulsión y que circule por una vía por sus propios medios, excepto los ciclomotores, en el territorio de las partes contratantes que no los hayan asimilado a las motocicletas y a los vehículos que se desplacen sobre rieles", cap. I, (art. 1.º o).

(10) En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *El vehículo de motor...*, cit.

(11) Art. 132. 2, Código circulación.

(12) Arts. 132 y sigs., Código circulación.

(13) Véase LUZÓN CUESTA, *op. cit.*

(14) Véanse SS. 20-12-1965 (Alicante); 27-12-1965, 15-3-1965 (Madrid); 13-12-1965 (Vitoria).

a la pretensión de aquella equiparación de vehículo de motor-permiso de conducción (15).

En cuanto al Tribunal Supremo, apenas ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, pues al autor, en caso de no considerarse atípica la conducta, y ser condenado por hurto común de un ciclomotor, no le interesaba recurrir pidiendo la aplicación del artículo 516 bis (16). Nos estamos refiriendo a situaciones anteriores a la reforma de noviembre último, pues con posterioridad no ha habido tiempo material de poder pronunciarse dicho Tribunal, por lo que las referencias son al hurto o robo de uso de ciclomotores. El robo de uso de uno de estos vehículos era poco probable, pues no suelen disponer de dispositivo antirrobo, por lo que no es necesario el empleo de la fuerza, aunque podían darse algunos casos. Para el hurto común, si el ciclomotor tenía un valor que no excedía de 2.500 pesetas (hoy 5.000), la pena era de arresto menor (art. 587 1.º); si excedía de esa cantidad y no sobrepasaba las 25.000 (hoy 50.000), la pena era de arresto mayor, conforme al número 3.º del artículo 515 del Código penal; para el hurto de uso, conforme al párrafo primero del artículo 516 bis, la pena también era de arresto mayor, o multa de 5.000 a 50.000 pesetas (hoy de 10.000 a 100.000), y siempre que el vehículo se abandonara antes de transcurrir veinticuatro horas de haberlo tomado.

Resulta que la situación era más grave para el hurto de uso que para el hurto común: 1.º Cuando el valor del vehículo no excedía de 2.500 pesetas; 2.º Cuando se abandonaba una vez que habían transcurrido veinticuatro horas desde que se tomó; 3.º En el hurto común cabe la estimación de la atenuante 9.ª del artículo 9, si se restituye el vehículo a su dueño, en el hurto de uso (ahora utilización ilegítima), hoy por lo menos no es posible, cuando la restitución se hace dentro de las veinticuatro horas de haberlo tomado; 4.º Además, resultaba más difícil poder conseguir los beneficios de la condena condicional en el hurto de uso que en el común (17), y 5.º. En

(15) También se considera vehículo de motor el ciclomotor en SS. 3-12-1969 (Almería, se condena por el art. 340 bis a, 1.º); 22-12-1969 (Valencia, artículo 340 bis a, 1.º); 6-8-1968 (Vitoria, art. 516 bis). Sobre aplicación del art. 565 en relación con los ciclomotores, véanse, entre otras, SS. del Tribunal Supremo de 30-6 y 19-11-1966, y 20-3-1970.

(16) Se condena por el artículo 516 bis la sustracción de un ciclomotor, entre otras, en las Audiencias provinciales de Vitoria (S. 6-8-68) y Murcia (S. 25-10-69).

(17) Dispone la Circular de la Fiscalía del T. S. de 22-2-1969, en su apartado b): "... De no acordarse la peligrosidad del reo por el delito y cuando se solicite del Fiscal informe relativo a la remisión condicional de la pena, se tendrá en cuenta al valor 'las circunstancias del hecho' a que se refiere el artículo 92 del Código penal y 'la naturaleza del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurren en su ejecución' que menciona el artículo 93 del mismo Código, las especiales características que afectan a esta clase específica de infracciones, al objeto de que no se conceda al reo el beneficio de la condena condicional, salvo que la personalidad del delincuente lo haga aconsejable, dadas las circunstancias del hecho".

el hurto de uso, por otra parte, cabía el riesgo de una medida de seguridad (18) (19).

Por todo lo anterior no convenía recurrir ante el T. S. cuando al autor de la sustracción de un ciclomotor se le condenaba por hurto común y no por hurto de uso, artículo 516 bis, y menos si la conducta se consideraba atípica, aunque cabía el recurso del Ministerio Fiscal (20).

Las sentencias que hay del T. S. sobre ciclomotores se ocupan especialmente de éstos en relación con la responsabilidad civil subsidiaria por accidentes, pero no a efectos penales del artículo 516 bis (20 bis). Sin embargo, a raíz de la circular citada de 26 de febrero de 1973 aparecen dos sentencias del T. S., de 9 y 15 de marzo de ese mismo año. En ambos casos se trata de la sustracción de un ciclomotor valorados en más de cinco mil pesetas, las respectivas Audiencias absolviéron por considerar atípicas tales conductas. En los dos casos el recurso fue interpuesto por el Ministerio Fiscal, por estimar que debió aplicarse el artículo 516 bis del Código penal. En las dos sentencias se da la misma solución: tras recoger algunas de las directrices de la circular citada anteriormente, se llega a la conclusión de que el ciclomotor no puede considerarse como vehículo de motor, pero lo que resulta inaplicable el artículo 516 bis. Los recursos fueron estimados parcialmente, y aunque, no en cuanto a la aplicación del artículo 516 bis, sí en el artículo 587 número pri-

(18) *Disponía* la Circular de la Fiscalía del T. S., de 22-2-1969, citada: "... Los fiscales de las Audiencias deben tener en cuenta las instrucciones siguientes: a) En todos los procedimientos penales que se sigan por las actividades delictivas anteriormente expuestas (se refiere al robo o hurto de uso de vehículos de motor), deben proponerse y practicarse las diligencias necesarias que tiendan a reflejar la personalidad del inculcado, sus antecedentes penales y del Registro Central de Vagos y Maleantes, los motivos del delito y circunstancias de su ejecución para que, en el escrito de calificación provisional o en las conclusiones definitivas, pueda solicitarse del Juez o Tribunal que conozca del proceso la declaración de peligrosidad con aplicación de las medidas de seguridad que proceda en cada caso. Si por la insuficiencia de elementos de pruebas no pueda instarse o no se declare la peligrosidad solicitada, y ésta es presumible, se pedirá la deducción de testimonio de particulares para que completándose con informes de la Policía, en comprobación de aquellos datos que falten sobre la conducta y peligrosidad de los implicados en el delito, objeto del proceso, sea remitido al Juzgado de Vagos y Maleantes que corresponda con la solicitud de apertura de expediente para que se apliquen las medidas de seguridad previstas en la Ley."

(19) Tras la reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social —Ley 43/1974, de 28 de noviembre— cabe la posibilidad de imposición de medida de seguridad a "los que habitualmente utilicen de modo ilegítimo vehículos ajenos" (art. 2.º, núm. 13). Al no hacer referencia a vehículos de motor, se incluyen tanto éstos como cualesquiera otros, incluso las bicicletas, que también son vehículos conforme el art. 4.º o) del Código de la circulación.

Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *La peligrosidad social en el tráfico*, en "Revista de Derecho de la circulación", noviembre-diciembre, 1964.

(20) SS. de Audiencia de Huesca de 7-10-71 y Audiencia de Oviedo de 18-12-1971. Ambas recurridas por el Ministerio Fiscal, que dan lugar a SS. del Tribunal Supremo de 9 y 15-3-1973, que se expondrán con más detalle.

(20 bis) Véanse SS. 22-6-68, 27-9-68, 6-6-69 y 20-3-70.

mero, por el beneficio obtenido con la utilización del vehículo (21) (22). En la Sentencia de 5-2-1972 se emplea para el mismo vehículo la denominación de motocicleta y ciclomotor.

Tampoco se ha resuelto el problema existente en relación a cómo queda la utilización ilegítima de un ciclomotor, así como los vehículos de motor cuyo valor no exceda de 5.000 pesetas. En relación con los ciclomotores, las opiniones están divididas, existiendo un sector que consideran su utilización conducta atípica (23). Sin embargo, y pese a las vacilaciones de la jurisprudencia, el uso de esos vehículos nunca ha quedado impune, ya como hurto de uso o hurto común (24), incluso se llegó a condenar por el hurto de uso de bicicletas (25).

En relación con los vehículos cuyo valor no exceda de 5.000 pesetas, la situación anterior a la reforma no ha variado. Sigue la duda de si la conducta es atípica, por no existir una falta sobre la utilización ilegítima, considerarla como falta de hurto común del artículo 587 o delito conforme al párrafo primero del artículo 516 bis

(21) "... no es de estimar en su totalidad el recurso del Ministerio Fiscal cuando pretende incardinar la sustracción del ciclomotor de autos en el artículo 516 bis, párrafo primero, del Código penal, si cabe estimarlo parcialmente, en cuanto dicha conducta no se hace acreedora a total impunidad y puede ser perfecta encuadrada como falta de hurto en el artículo 587, 1.º, de dicho Código, y, en su caso, en el artículo 515, 4.º, tal como ya hizo esta Sala, antes de la creación de la figura delictiva de hurto de uso, respecto de vehículos automóviles utilizados sin propósito de apoderamiento definitivo (S. 24-12-1949), como después de dicha innovación legislativa, cuando se proyectaba dicha acción delictiva sobre vehículos no amparados por ella, como la bicicleta (S. 23-11-1967), de modo que el producto de la sustracción no es en estos casos propiamente el vehículo, sino el beneficio obtenido con su utilización, que sin duda integra un lucro encuadrable dentro del hurto común u ordinario, para cuya evaluación puede servir en la "praxis" de modo eficaz y preciso tanto el precio del alquiler, en función del tiempo en que el vehículo fue retenido, como el del combustible ajeno consumido con el uso; de modo que si, como sucede en el caso de examen, no se han llevado a cabo tales valoraciones, habrá que estimar que las mismas no rebasaran el módulo legal de las 2.500 pesetas, sin perjuicio de hacer aplicación de lo dispuesto en los artículos 587, 1.º, y 514, 4.º, del Código penal, dadas las anteriores condenas (dos por robo en la primera sentencia y dos por robo y tres hurtos en la segunda) que al procesado le fueron impuestas; en cuyo sentido se estima el recurso del Fiscal y se casa la sentencia de la Audiencia."

(22) Véase RUIZ VADILLO, E., *Dos problemas derivados del uso y circulación de vehículos de motor*, en "Revista de Derecho de la circulación", enero-febrero, 1974.

(23) Véase BASTERO ARCHANO, J., *Hurto de uso*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", diciembre, 1960; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por Ley 3/1967, de 8 de abril*, en "Revista de Derecho de la circulación", mayo-junio, 1967, pág. 248; FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Robo y hurto de uso de vehículos de motor*, en "Revista de Derecho de la circulación", septiembre-octubre, 1970, pág. 438.

(24) LUZÓN CUESTA, *op. cit.*, págs. 428 y sigs.

(25) S. 23-11-1967.

(26). Aunque ésta última solución sería la más correcta (27), ya que tales conductas deben ser penadas y no quedar impunes, técnicamente tampoco parece aceptable tal solución.

2. El párrafo segundo no sufre ninguna modificación.

3. El párrafo tercero queda redactado como sigue: "Cuando, en los casos previstos en los párrafos anteriores, el culpable dejare transcurrir veinticuatro horas sin restituir directa o indirectamente el vehículo, se impondrán conjuntamente las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, aplicándose, en su caso, las de los artículos 515 ó 505, respectivamente, cuando sean de mayor gravedad". Las modificaciones son:

a) Se prescinde del verbo "abandonar" que figuraba en la redacción anterior, quedando sólo "restituir", que ahora, además, se especifica que esa restitución ha de ser "directa o indirectamente". Por restituir debe entenderse la devolución del vehículo a su propietario o quien tenía la posesión en el momento de ser tomado para utilizarlo. Equivaldrá a devolverlo personalmente o a través de tercero; también dejarlo en el lugar de donde se tomó u otro en que necesariamente haya de encontrarlo el propietario, pudiendo comunicarle la situación por teléfono, telegrama, escrito, etc. Tal vez haya de considerarse ahora como restitución indirecta la señalada en los últimos supuestos, mientras que la directa sería la realizada personalmente o a través de tercero. Hay quien estima que la restitución indirecta equivaldría al abandono del texto anterior (28). Sin embargo, si el abandono en algunos casos puede dar lugar a restitución indirecta, en otros no, pues, dejar el vehículo en cualquier parte, sin protección, y sin apenas posibilidades de ser recuperado —por lo menos en un período corto de tiempo— no puede considerarse como restitución indirecta (29). Para los supuestos de abandono que no puedan suponer restitución indirecta, habrá que aplicar las agravaciones, pese a abandonarse antes de las veinticuatro horas de haberlo tomado (30). Puede surgir en relación con el tema de la restitución, si cabe la posibilidad de aplicar la atenuante 9.^a del artículo 9.º, arrepentimiento espontáneo, ya que con la restitución se consigue reparar o disminuir los efectos del delito, y siempre que se actúe por impulsos de arrepentimiento espontáneo y antes de conocer la apertura del procedimiento judicial.

Aunque el arrepentimiento supone una preocupación moral por el daño causado, sin embargo, al Derecho no le debe importar de-

(26) ALONSO PRIETO, A., *El hurto de uso de motocicletas*, en "Revista de Derecho de la circulación", enero-febrero, 1972, y *Acotaciones a la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre modificación del Código penal*, en "Revista de Derecho de la circulación", enero-febrero, 1975; RUIZ VADILLO, E., *Dos problemas derivados del uso y circulación de vehículos de motor*, en "Revista de Derecho de la circulación", enero-febrero, 1974.

(27) RODRÍGUEZ DEVESA, *op cit.*, pág. 420.

(28) RODRÍGUEZ RAMOS, *Consideraciones sobre la reforma del artículo 516 bis...*, cit.

(29) ALONSO PRIETO, *Acotaciones a la Ley 39/1974...*, cit.

(30) SÁINZ CANTERO, *ob. cit.*, pág. 42.

masiado este elemento subjetivo, al "Derecho le basta con que en el sujeto la voluntad antijurídica haya sido sustituida por la voluntad de realizar ciertos actos cooperadores a los fines de orden jurídico" (31). En todo caso, y aun teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de estimar el arrepentimiento como un sentimiento personal por el mal causado (32), habrá que considerar que ese requisito subjetivo se da en tanto en cuanto la conducta del sujeto se encuentre en la citada atenuante (33). Por otra parte, una vez realizados los actos que pueden llevar consigo la atenuación desde el punto de vista objetivo, difícilmente podrá profundizarse en lo subjetivo, en el sentido de poder comprobar si hubo o no arrepentimiento, en cuanto a dolor moral por el delito. Ha de presumirse, salvo prueba en contrario, que así es (33 bis), pues en último extremo habrá que aplicar la atenuante por el principio "in dubio pro reo" (34).

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la restitución debe hacerse antes de transcurrir veinticuatro horas, espacio de tiempo en que difícilmente se puede dar la apertura del procedimiento judicial, y menos a ser conocido por el autor, en los casos en que esa apertura pudiera darse. Lo normal es que no se instruyan más que las diligencias policiales, que no deben considerarse como iniciadoras del procedimiento judicial (35), máxime si tenemos en cuenta que a veces tardan varias horas en poner los hechos en conocimiento de la policía judicial, pues un vehículo que se tomó después de las diez de la noche no suele ser notada su falta hasta la mañana siguiente. Puede darse el caso de una restitución con anterioridad a la formulación de la denuncia.

Cabe plantearse ahora si en la restitución hay "reparación" o "disminución de los efectos del delito". Al respecto, dice la sentencia de 5-10-1965, en relación con la sustracción de un automóvil que fue devuelto por el autor al mismo lugar de donde lo tomó, pocas horas después, llamando al dueño para comunicarle el lugar exacto donde lo había dejado. El Tribunal Supremo estimó que no cabe el arrepentimiento espontáneo: pues, con esa devolución no se repararon ni disminuyeron los efectos del delito..., ya que con ello no se enmendó cosa alguna ni se corrigió lo utilizado en tal ocasión ni tampoco se dio satisfacción al ofendido al comunicarle simplemente la situación del vehículo. Sin embargo, en otras sentencias se aplica dicha atenuante por el mero hecho de devolver de

(31) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1949, página 345; en contra, QUINTANO, *Derecho penal*, I, Madrid, 1963, pág. 426, nota.

(32) Hay sentencias en que no se tiene en cuenta ese elemento subjetivo del arrepentimiento moral, así SS. 16-3-1943 y 26-11-1946.

(33) Véase CÓRDOBA RODA, J., en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, 1972, pág. 522.

(33 bis) En este sentido, SS. 16-3-43 y 26-11-46.

(34) SOLÁ DUEÑAS, A., *Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia de arrepentimiento*, en "Anuario de Derecho penal", 1971, pág. 434.

(35) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 346; CÓRDOBA RODA, *ob. cit.*, I, página 522; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, 1974, pág. 609.

forma espontánea los efectos sustraídos o la devolución íntegra de la cantidad estafada (36). La situación no es la misma en ambos supuestos, ya que antes, en el hurto o robo de uso, y, ahora, en la utilización ilegítima, el vehículo se toma sin ánimo de haberlo como propio, por lo que se tiene que restituir o abandonar; sin embargo, en un robo o hurto común, donde la cosa se toma para haberla como propia, su devolución representa una forma clara el arrepentimiento.

No cabe duda que la restitución supone una reparación o disminución en los efectos del delito, tanto mayor cuanto antes se haga, aunque en el caso que nos ocupa ha de ser antes de las veinticuatro horas. No es posible la apreciación de la atenuante 9.^a del artículo 9.^o, ya que esa condición forma parte de la figura del párrafo tercero del artículo 516 bis. Nos encontramos ante una situación similar a las recogidas en el artículo 59 para las agravantes. Tres son los supuestos que se contemplan en este artículo: 1) Circunstancias agravantes que constituyen un “delito especialmente castigado por la Ley”, 2) Que la Ley “haya expresado —las circunstancias— al describirlo y sancionarlo”, y 3) Las “inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse”. Es opinión dominante en la doctrina estimar que si bien no se puede aplicar el primero de los supuestos para las atenuantes, por no castigarse en el Código penal ninguna como delito, si es posible en los otros dos casos (37). Es aquí donde debe buscarse la razón fundamental para negar la aplicación de la atenuante 9.^a del artículo 9.^o, en la restitución del vehículo que se tomó para utilizarle y fue devuelto antes de las veinticuatro horas.

Aunque el problema puede resultar controvertido, por tener que abandonar o restituir el vehículo en el uso ilegítimo, creemos debe estimarse la atenuante en la restitución posterior a las veinticuatro horas. De no ser así, recibiría el mismo trato que el abandono, por lo que resultaría preferible abandonar, ya que en la restitución siempre hay más riesgo para el autor de ser detenido. También resultaría absurdo que se pudiera estimar la atenuante en el robo y hurto, y no en la simple utilización, pese a ser aquéllas conductas más graves, máxime cuando para estos casos se equipare el uso ilegítimo al robo o hurto en cuanto a las penas —aunque en algunos casos resulten más graves para el uso—. De todas formas, la pena seguiría siendo mayor en la restitución posterior a las veinticuatro horas, aún con la estimación de la atenuante, que en la restitución anterior a las veinticuatro horas.

Por otra parte, se aprecia un endurecimiento de este párrafo tercero, sobre lo que volveremos después, y continúan en pie to-

(36) Véanse SS. 14-11-1887, 26-11-1946 y 5-5-1959. En contra, la de 17-10-1969, pues aunque se devolvió lo sustraído faltó la repulsa al delito.

(37) CÓRDOBA RODA, *ob. cit.*, II, pág. 250; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, pág. 355; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, *cit.*, pág. 590.

dos los problemas que plantea el plazo de las veinticuatro horas (38).

4. El párrafo cuarto queda redactado así: "Si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas, se impondrán las penas señaladas en el artículo 501". La única modificación que sufre es la de haberse suprimido las palabras finales "de este Código", que resultaban superfluas, pues había que entender que se referían al citado artículo del Código penal.

5. Se añade un quinto y último párrafo, que dispone: "En todos los casos comprendidos en este artículo se impondrán, además, la pena de privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años o la de obtenerlo en el mismo plazo". Hay que destacar que la prohibición para obtener el permiso de conducción que se establece en este párrafo, no figura en la escala general de las penas del artículo 27 del Código penal, situación que no se modifica por el contenido de los artículos 802 y 803 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ya que contempla supuestos distintos a los del Código.

Endurecimiento de la Ley.—Se sigue la tónica de endurecimiento de la Ley, que ya se observó en la Ley 3/1967, con la introducción del Capítulo II bis en el Título XIII del Libro II del Código penal, en relación con las Leyes de 9-5-1950 y 24-12-1962 (39). Cabe destacar al respecto:

1. El incremento de la cuantía de la multa en el párrafo primero del artículo 516 bis, duplicándose el mínimo y el máximo, sigue la tónica general de la reforma de la cuantía de las penas en el Código, según la Ley 39/1974, por lo que no supone endurecimiento especial.

2. Al suprimirse el "abandono" del párrafo tercero, que en el texto anterior tenía el mismo beneficio que la restitución, siempre que se hiciera antes de las veinticuatro horas, tales conductas tienen ahora una pena mucho más severa.

3. También supone endurecimiento, dentro del párrafo tercero, la aplicación de la pena conjunta de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, a la vez que se especifica la aplicación de los artículos 515 ó 555, cuando corresponda, siempre y cuando sean de mayor gravedad (40).

4. La privación del permiso de conducir supone una nueva agravación, que puede ser más importante que la pena de privación de libertad en algún caso, cuando se trate de un conductor profesional, con lo que se le priva de su medio de vida. La situación es todavía más trascendente si tenemos en cuenta que en el robo o hurto de un vehículo de motor no se impone la pena de privación del citado permiso, o se prohíbe obtenerlo, con lo que nos encontramos ante

(38) SERRANO GÓMEZ, A., *Sustracción de vehículos en España*, Madrid, 1970, págs. 98 y sigs.

(39) SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, págs. 74 y sigs.

(40) ALONSO PRIETO, *Acotaciones a la Ley 39/1794...*, cit.

la situación de que conductas más graves pueden tener penas más leves, lo que sucede cuando el vehículo que se cogió para utilizarlo ilegítimamente se tiene más de veinticuatro horas.

La privación del permiso o prohibición de obtenerlo no puede afectar para nada a las licencias para conducir ciclomotores, por lo que los autores pueden obtener, si ya no lo poseen, autorización para conducir vehículos de menor cilindrada, lo que supondría, en parte, una burla a la ley.

Todo lo anterior se completa con la medida de seguridad que se introduce en el número 13 del artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, a la que ya se hizo referencia.

II. CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS (*)

La sustracción de vehículos de motor es un problema que se viene agravando en los últimos años (41), aunque lo normal sea tomarlo para hacer uso y después abandonar y en algún caso restituir (42). Hay una serie de rasgos que cabe destacar:

— Se aprecia un notable incremento en el número de coches sustraídos, que pasa de 4.934, en el año 1966 a 22.821 en 1974 (en 1972 fueron 24.021). Sin embargo, la variación en las motocicletas es menor, pues mientras en 1966, fueron 10.710 las sustraídas, para para el año 1974 ese número se eleva solamente a 14.640.

— Se trata de una criminalidad casi exclusivamente juvenil, pues los menores de veintiún años sustraen casi las tres cuartas partes de los vehículos, e incluyendo hasta los veinticinco años el total de la participación se eleva al 91 por 100, por lo que los mayores de veinticinco años sólo intervienen en un 9 por 100 de los casos.

— El autor se inicia cada vez a edad más temprana, fenómeno que se aprecia en la criminalidad en general y a escala universal.

— Mayor participación de la mujer, que sigue siendo pequeña, pero siempre unida a varones, y aunque utilizan el vehículo es muy raro que participen en la ejecución material de la sustracción. Sin embargo, las cifra negra aquí es importante, pues en caso de ser detenidas alegan no saber que el vehículo no era propiedad de su acompañante, lo que corroboran los varones, escapando muchas veces a la acción de la justicia.

(*) La parte criminológica se recoge de forma más amplia en nuestro trabajo *Sustracción de vehículos en el año 1974*, que se publicará en la revista "Policía Española", mayo, 1975, en prensa.

(41) En 1973 hay un descenso en relación con los años anteriores. Véase nota siguiente.

(42) El número de sustracciones ha sido: año 1966, 15.745; en 1967, 21.175; en 1968, 24.212; en 1969, 28.659; en 1970, 30.667; en 1971, 37.481; en 1972, 38.981; en 1973, 34.750, y en 1974, 37.552. Obsérvese cómo a pesar de la agravación de las penas por la Ley 3/1967, de 8 de abril, que incorpora el capítulo II bis, Título XII, Libro II, al Código penal (art. 516 bis), en ese año el incremento es muy notable.

— Nos encontramos ante un delito donde son muy pocos el número de delitos que no son conocidos por los Tribunales (cifra oscura). Prácticamente se denuncian todos los casos, pues el dueño teme que con su vehículo se puede cometer un delito, o utilizarlo para conseguir la impunidad; también un accidente, con lo que, en principio, le pueden ocasionar molestias.

— Mayor riesgo para la circulación, pues los autores unas veces apenas saben conducir, y en todo caso el cambio de vehículo dificulta su manejo. Esto sin contar con la situación de nerviosismo que suele suponer el haber cometido un delito.

— El vehículo se suele tomar con más frecuencia para cometer otro delito o procurarse la impunidad (esto suponía una agravación de la pena en las Leyes de 9-5-50 arts. 10 y 24-12-64, art. 10).

— Debido al incremento del parque móvil, cada vez se tarda más tiempo en recuperar los vehículos, por lo menos en las ciudades de mucha población.

— Esos rasgos generales son más acentuados en las grandes ciudades como Madrid o Barcelona, que en las pequeñas.

Expuestas estas consideraciones generales, nos vamos a ocupar ahora de aquello que en terreno criminológico puede tener valor para la política criminal, de la que se ocupa la última parte de este trabajo.

POSIBLES EFECTOS CRIMINOGENOS DEL ARTICULO 516 BIS DEL CODIGO PENAL TRAS LA REFORMA

1. En relación con los ciclomotores, la opinión dominante de excluirlos del artículo 516 bis, o considerar atípica la conducta, beneficiaba la sustracción. Nosotros estimamos que debieron incluirse en aquél artículo siempre, sobre lo que volveremos después. Si su valor no excede de 5.000 pesetas, para el hurto común la pena es de arresto menor (art. 587, 1.º); para la simple utilización ilegítima, arresto mayor o multa de 10.000 a 100.000 pesetas (art. 516 bis, párrafo primero). Si excede su valor de aquélla cantidad y no sobrepasa de 50.000 —situación que no puede darse, ya que no podrá llegar a valer tanto un ciclomotor—, para el hurto común la pena es ahora de arresto mayor (art. 515, 3.º), la misma que para la utilización ilegítima (aunque aquí también cabe la posibilidad de imponer sólo multa). Esto para los supuestos en que se restituya antes de las veinticuatro horas, pasado este plazo la pena es más grave para la utilización que en el hurto común, pues sería arresto mayor y la multa indicada (art. 516 bis párrafo tercero). Además, en el hurto es posible la aplicación de la atenuante 9.ª del artículo 9, siempre que se restituya, sea antes o después de las veinticuatro horas. No habrá aquí privación de permiso de conducir (aunque para ciclomotores sólo se necesita licencia, el autor puede disponer de permiso de conducir).

Para los casos en que el vehículo tenga un valor que no exceda de 5.000 pesetas, el robo incluso es más ventajoso que la utilización ilegítima.

De incluir los ciclomotores en el artículo 516 bis —aunque la nueva redacción del párrafo primero puede servir para que la jurisprudencia se incline por este camino— llevaría consigo un efecto criminógeno, ya que sería preferible tomar el ciclomotor para haberlo como propio que simplemente para utilizarlo.

2. *Vehículos de motor cuyo valor no exceda de 5.000 pesetas.*— Aunque no es frecuente que haya vehículos cuyo valor sea tan bajo, sí pueden darse algunos casos de motocicletas. Prescindiendo de la polémica sobre si es conducta atípica o no, y en caso de aceptar la solución propuesta por algún autor de incluir tales supuestos en el párrafo primero del artículo 516 bis (43), la situación viene a ser la misma que se ha expuesto para los ciclomotores. Resulta que conductas más graves, como el robo o hurto, tendrían menor pena que tomar el vehículo simplemente para hacer uso de él, lo que resulta criminógeno, en cuanto desplaza la criminalidad a delitos de mayor gravedad.

3.—*Vehículos cuyo valor sea superior a 5.000 pesetas y no excedan de 50.000.*— También en estos casos es preferible el hurto que la utilización ilegítima, y siempre que se restituya el vehículo antes de las veinticuatro horas. En ambos casos la pena es arresto mayor, conforme al número 3.º del artículo 515 o al párrafo primero del artículo 516 bis del Código penal, respectivamente. No obstante, en la utilización cabe multa en lugar de arresto. Sin embargo, como en los supuestos anteriores, podría pedirse la atenuante de arrepentimiento espontáneo y no habrá privación del permiso de conducir. Por las razones ya apuntadas, de desplazamiento de la criminalidad a conductas más graves, estas situaciones pueden resultar criminógenas.

4. *Supuestos en que transcurren las primeras veinticuatro horas.*— Interesará en todo caso decir que el vehículo se ha tomado para haberlo como propio, ya sea como hurto o robo. La pena será, como para la utilización ilegítima, las establecidas en los artículos 515 ó 505. No obstante, para el uso de vehículos cuyo valor no exceda de 50.000 pesetas, la pena es ahora de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, que resulta más grave que para el hurto (arresto mayor, art. 515, 3.º). Además, y en todos los casos, habrá para el uso ilegítimo privación del permiso. Por todo ello, la situación resulta igualmente criminógena.

Como resumen cabe decir: Que en términos generales la reforma puede resultar criminógena en algunos casos. Además de las razones apuntadas cabe recordar, en la utilización ilegítima, la prohibición

(43) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, cit., página 420.

para obtener el permiso de conducir y mayor riesgo de medida de seguridad cuando estas conductas se realicen habitualmente (43 bis).

Por otra parte, no creemos que la restitución se de en muchos casos, pues el autor preferirá el abandono, ya que el riesgo de ser detenido es menor, aunque la pena resulte mayor. No obstante, hemos visto como no siempre hay ventaja en la restitución.

Pese a todo, no creemos que el endurecimiento de la ley, disminuya el problema, que seguirá su marcha ascendente. Recordemos los efectos de la reforma del Código penal por Ley 3/1967 (44). Por otra parte, hay que tener presente:

a) Que el autor, cuando ejecuta los hechos, procura tomar todas las precauciones necesarias para no ser descubierto. Si estuviera seguro de ser detenido, o fueran muchas las posibilidades, se abstendría de actuar casi siempre. La gravedad de las penas tiene importancia en el terreno preventivo, pero no tanto como pueda parecer.

b) Nos encontramos, como ya se apuntó, ante una criminalidad eminentemente juvenil. Es el delito donde en mayor porcentaje participa la juventud, quienes, por una parte, consideran que su forma de actuar es perfecta, y no serán detenidos, y por otra, no creen que tomar un vehículo para darse unas vueltas sea una conducta tan grave como se refleja en la Ley.

De los dos puntos anteriores, especialmente la participación juvenil, se puede deducir que el problema seguirá. Los chicos quieren disfrutar de una serie de bienes que les muestra la sociedad actual —el vehículo de motor en este caso—, de los que hay miles y miles aparcados en las calles, por lo que la tentación es inevitable ante la facilidad de poder utilizarlo. No tienen dinero para poder comprar uno, y no están dispuestos a esperar unos años para poder conseguirlo.

Enviar a esos jóvenes a una prisión o centros dependientes de los Tribunales Tutelares de Menores no es la mejor solución. No olvidemos que, y dejando a un lado el posible efecto criminógeno de esos centros, por el llamado contagio moral, el separar a los jóvenes de su trabajo, familia, ambiente, colegio, amigos, etc., puede ser grave en su formación para el futuro (45). El internamiento sólo debe hacerse en último extremo (46).

(43 bis) Véase art. 2.º, 13, de LPRS, así como Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 22-2-1969, cit. en notas 17 y 18.

(44) Véase nota núm. 42.

(45) SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil*, en "Documentación jurídica", enero-marzo, 1974.

(46) ORTEGO COSTALES, J., *Los internados*, en *Riesgos de la delincuencia juvenil en la sociedad actual*, Pamplona, 1973, pág. 137.

III. CONSIDERACIONES DE POLITICA CRIMINAL

1. En relación con el párrafo primero del artículo 516 bis, cabe apuntar en cuanto a la inclusión o no de los ciclomotores:

a) El Código penal, lo mismo que sucedía en las Leyes sobre uso y circulación de vehículos de motor de 9-5-1950 y 24-12-1962, al no definir el "vehículo de motor", ha de ir a buscarlo a normas extrapenales, que lógicamente debe ser el Código de la circulación. Sin embargo, ya vimos que en éste no se define, y ni siquiera usa tal denominación, empleando otras como "vehículo de motor mecánico" (47) y "vehículos automotores" (48). Ante esta situación caben dos soluciones: 1) O el legislador busca un concepto puramente penal, ajeno al Código de la circulación, aunque no llegue a definirlo, como podría ser el de "vehículo con motor", o 2) se remite al Código de la circulación o Convenios internacionales, siendo lo más lógico remitirse al Código, pero ya hemos visto que no da una definición.

La situación era más clara en la primera de las Leyes, la de 1950. En esta época todavía no se había incorporado el ciclomotor al Código de la circulación, que se lleva a cabo por Decreto de 27-1-1956 (49). Por ello, en el hurto de uso de vehículos de motor de la citada Ley podían incluirse todos los vehículos con motor, y por supuesto el ciclomotor. Esta situación no fue prevista en la Ley de 1962, donde se sigue haciendo referencia al vehículo de motor, cuando debió decirse vehículos *con* motor (50). La situación no cambia al incorporarse el robo y hurto de uso de vehículos de motor al Código penal.

La exclusión del ciclomotor de los vehículos automóviles (51), la prohibición de circular por autopistas (52), su exclusión del Reglamento del seguro obligatorio (53) y del Convenio de Ginebra, como automotor, así como de la Convención de Viena (54), no quiere de-

(47) Art. 3.º, párr. 3.º del Código circulación.

(48) Art. 36 del Código circulación.

(49) Véanse Decretos de 22-7-1958 y 20-5-1965.

(50) Aunque el Convenio de Ginebra de 19-9-49 se excluye del concepto de vehículo automotor a las bicicletas con motor auxiliar de cilindrada inferior a 50 c. c. (anexo I), y al que se adhiere España, no surte efectos hasta el 13-5-1958.

(51) Art. 4.º, g), Código circulación.

(52) Art. 294, Código circulación.

(53) Art. 6.º Reglamento de 19-11-1964, véase Orden Ministerio Hacienda de 24-12-1964.

(54) Esta Convención sobre circulación vial, se origina por una Conferencia de las Naciones Unidas durante los días 7 de octubre a 8 de noviembre de 1968. Se establece en el art. 1.º, o) del cap. I: "por vehículo de motor se entiende todo vehículo provisto de un motor de propulsión y que circule por una vía por sus propios medios, excepto los ciclomotores en el terreno de las partes contratantes que no los hayan asimilado a las motocicletas y a los vehículos que se desplazan sobre rieles". En la letra m) del mismo artículo se establece: "por ciclomotor se entiende todo vehículo de dos o tres ruedas, provistos de un motor térmico de propulsión, cuya cilindrada no exceda de 50 c. c. y cuya velocidad máxima no exceda de 50 kilómetros por hora".

cir que también se le excluya como vehículo de motor a efectos penales. En las sentencias indicadas de 9 y 15 de marzo de 1973 se dice que la noción de vehículo de motor no puede abarcar a los ciclomotores ya que han pasado por "oscilaciones conceptuales muy acusadas hasta cristalizar en la fórmula vigente, en la que prepondera —en cuanto ciclo que es— la tracción humana o esfuerzo del propio conductor sobre *la tracción mecánica que tiene función meramente auxiliar*; al contrario de lo que ocurre con el verdadero vehículo de motor, en que este mecanismo de propulsión resulta ontológico y funcionalmente esencial, hasta imprimir carácter y diferenciarlo por ello de los demás vehículos". Esto no es exacto, pues también en los ciclomotores el motor es fundamental. Lo que sucede, es que al no ser de tanta potencia como en las motocicletas no precisa de un soporte tan resistente y adecuado a las características del motor de aquéllas. Tampoco en los ciclomotores prepondera la tracción humana sobre la mecánica, sino ésta sobre aquélla, y prueba de esto es que no se hace uso de ellos cuando el motor sufre una avería. A nadie se le ocurre hacer un viaje con el motor estropeado, ya que resulta prácticamente imposible. El motor, por tanto, es un elemento esencial y no accidental.

La situación era distinta en la época en que a una bicicleta normal, y que se usaba como tal, se le acoplaba un motor adicional, que se podía quitar y poner con facilidad, con lo que la bicicleta no perdía su condición, pudiendo utilizarse indistintamente, con o sin motor. Hoy ha desaparecido este sistema.

Desde el punto de vista de *lege ferenda* hubiera sido conveniente, que tanto en la rúbrica del capítulo que comprende el artículo 516 bis, como en el propio artículo, se hiciera referencia a vehículos *con* motor, o vehículos *a* motor, con lo que se incluirían toda clase de vehículos impulsados por un motor, y por supuesto los ciclomotores (55). Puede incluso emplearse una fórmula más amplia, como podría ser sólo la de *vehículos*, como lo hace la LPRS, en el artículo 2.º, número 13. La concepción penal, a falta de una definición legal, debe ser amplia, encaminada a abarcar todos los vehículos con motor (56).

(55) DÍAZ PALOS escribe: "El ciclomotor, que no es automóvil, pero sí vehículo de motor, queda bajo la órbita de protección penal", en *El hurto de uso de vehículos de motor*, "Revista de Derecho de la circulación", marzo, 1965, pág. 166; LATOUR BROTONS, por su parte, dice: "Habrá que incluir como tales (vehículos de motor), cualquier tipo de vehículo de motor, quedando excluidos todos aquellos vehículos que se desplacen por la fuerza del viento o por tracción animal o humana", en *Consideraciones en torno al artículo 516 bis del Código penal*, en "Revista de 'Derecho de la circulación'", enero-febrero, 1968, pág. 28.

(56) SUÁREZ MONTES escribe: "Parece como si precisamente el legislador al exigir la expresión 'vehículos de motor' hubiera querido crear un concepto nuevo capaz de comprender por igual todos los vehículos de tracción mecánica, sea cual fuere la energía empleada."

2. En relación con el párrafo tercero cabe apuntar:

a) Ya veíamos, en las consideraciones criminológicas, que para cualquier clase de vehículo, cuyo valor no exceda de 50.000 pesetas, interesa más al autor el hurto que la utilización ilegítima, y siempre que se restituya antes de que transcurran veinticuatro horas desde que se tomó. Para aquellos cuyo valor no exceda de 5.000 pesetas, las penas son inferiores incluso para el robo.

b) Para los supuestos en que se dejen transcurrir más de veinticuatro horas, también veíamos que al autor le interesa más decir que tomó el vehículo con ánimo de haberlo como propio, para usarlo indefinidamente, venderlo entero o por piezas, que simplemente para utilizarlo. Se evita así, como en los supuestos del apartado anterior, de la privación del permiso de conducir o la prohibición de obtenerlo y del riesgo de la medida de seguridad, cuando habitualmente realice tales conductas. Para los casos de hurto de vehículos cuyo valor no supere las 50.000 pesetas también se evita la multa de 10.000 a 100.000 pesetas, que se impondría para la utilización ilegítima.

c) El abandono anterior a las veinticuatro horas no tiene beneficio alguno, como ocurría antes de la reforma, donde se equiparaba a la restitución. Sin embargo, en los casos de vehículos cuyo valor no exceda de las 50.000 pesetas, el abandono por hurto tiene ventaja sobre la restitución por uso. Allí la pena será arresto mayor (art. 515, 3.º), en la restitución por utilización, la misma pena (cabe sólo multa), más privación permiso de conducir y riesgo de medida.

La mejor solución para el autor es la de restituir, pero diciendo que cogió el vehículo con intención de haberlo como propio, sin emplear fuerza, lo que daría lugar a hurto, y que lo restituye a su dueño para reparar o disminuir los efectos del delito. La pena seguirá siendo arresto mayor, pero puede beneficiarse de la atenuante 9.ª del artículo 9.º, no se le privará del permiso de conducir ni se le prohibirá obtenerlo y menor riesgo de una medida (56 bis).

Resulta que el endurecimiento de la Ley hace inoperante la restitución en muchos casos, siempre que el vehículo se tome para usarlo y se abandone antes de las primeras veinticuatro horas. Sólo resultaría favorable en la utilización ilegítima, por menos de veinticuatro horas, con vehículos que se tomen sin empleo de fuerza y su valor supere las 50.000 pesetas, o su valor sea superior a 5.000 pesetas y se emplee fuerza. En otro caso interesa más decir que el vehículo se tomó para haberlo como propio, por las ventajas ya apuntadas para los supuestos de uso.

De todo lo anterior se desprende que los autores, generalmente jóvenes, no comprenderán el por qué han de decir que la moto o el coche lo cogieron para venderlo, desguazarlo, o quedárselo definitivamente, cuando simplemente pretendían dar un paseo.

(56 bis) Recordemos que también para los autores de hurto o robo de vehículos de motor es posible una medida de seguridad, conforme al art. 4.º de la LPRS.

De *lege ferenda*, y sin entrar en toda la problemática que planteaba este párrafo, antes de su reforma (57), no han resultado acertadas las modificaciones de que ha sido objeto, pues en términos generales resultan criminógenas, por lo que hubiera sido más conveniente su eliminación.

3. También desde el punto de vista de *lege ferenda*, y por sus repercusiones criminógenas, no debió añadirse el párrafo quinto y último. Aunque considerado aisladamente, la privación del permiso de conducir tendría efectos preventivos, en el contexto general del artículo 516 bis tiene efectos criminógenos, pues ya se apuntó que esta privación no se da en el robo o hurto de vehículos, y sí en la utilización ilegítima, lo que desplaza la criminalidad a conductas más graves. No tiene razón de ser la prohibición para obtener dicho permiso, al no encontrarse en la escala general de las penas del artículo 27 del Código penal.

Todo lo anterior nos demuestra que cualquier reforma legal, y en especial de la leyes penales, debe ser objeto de un estudio previo desde el terreno criminológico. Aspecto que resulta fundamental para la política criminal.

En suma, la tendencia del legislador de seguir agravando las penas por el uso ilegítimo de vehículos de motor, puede tener un efecto negativo, o sea, que el endurecimiento de la ley puede resultar criminógeno.

No cabe duda que, en general, las penas más severas deben tener mayor efecto preventivo que las suaves. Esto es lo normal, aunque hay excepciones (58). De la actual redacción del artículo 516 bis del Código penal se deduce que habrá un desplazamiento a conductas más graves, por tener menor sanción penal que otras conductas más leves. Esto es en el plano teórico, pues en el terreno real del delito no siempre el autor conocerá los fallos de la ley o será aconsejado a tiempo.

Tal vez se consiga un pequeño efecto preventivo en relación con el abandono del vehículo antes o después de las veinticuatro horas de haberlo tomado. El efecto criminógeno que este plazo de tiempo tenía en la redacción anterior del artículo 516 bis (59) puede disminuir (al autor le interesaba más, desde el punto de vista de la pena, tomar varios vehículos durante una semana, por ejemplo, dejándolos antes de transcurrir veinticuatro horas, que tener uno varios días (60). Ahora, y como ya se apuntó, hay casos en que interesa más cometer el hurto del vehículo, y disponer de él todo el tiempo que se desee, que tomarlo para hacer uso de él y abandonarlo o restituir antes de las veinticuatro horas. Supondrá esto lo contrario de lo que sucedía antes; ahora un vehículo se tendrá durante una

(57) SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, págs. 91 y sigs.

(58) MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, II, trad. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1935, pág. 376.

(59) Véase ANTÓN ONECA, *Prólogo a obra de Serrano Gómez*, cit., pág. 14.

(60) SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, págs. 92 y sigs.

semana, en lugar de utilizar varios. De todas formas, la realidad criminal no actúa con tanta lógica, ni es cierta la opinión vulgar de que el delincuente conoce mejor la ley que el profesional. El autor seguirá teniendo miedo de disponer del mismo vehículo durante varios días, ya que tiene más riesgo de ser detenido, y eso no sólo lo sabe, sino que exagera su temor, por lo que piensa es más seguro cambiar de vez en cuando.

No cabe duda que la pena y medida de seguridad deben completarse con sistemas de prevención, que en este caso resultarían de gran interés (61).

Como conclusión final cabe señalar que la mejor solución sería la derogación del artículo 516 bis del Código penal, para regular de forma genérica el robo y hurto de uso, ya en capítulo independiente, después del robo y hurto, o ampliando el contenido de los artículos 505, 515 y 587 (62).

(61) Véase nuestro trabajo *Sustracción de vehículos (problemática y prevención)*, Ministerio de Justicia, Comisión Nacional de Prevención del Delito, en prensa.

(62) Véase LATOUR BROTONS, *op. cit.*, pág. 28; LUZÓN CUESTA, *op. cit.*, página 432; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal, cit., II*, Madrid, 1964, págs. 238-239; RODRÍGUEZ DEVESA, *Hurto de uso*, en Enciclopedia Jurídica (Seix), XI, 1962, págs. 230 y sigs.

CONSIDERACIONES SOBRE LA ULTIMA REFORMA DEL CODIGO PENAL

(Comunicación a las "Terceras Jornadas Universitarias de Profesores de Derecho penal"), Santiago, mayo 1975

La ley 39/1974, de 28 de noviembre, publicada en el «B. O. del E.» del 30 del mismo mes, ha introducido varias modificaciones en el Código penal. Contiene cuatro artículos. Eleva el límite mínimo de la multa como pena grave a 10.000 pesetas, y la cuantía de todas las penas de multa, así como las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible (art. 1.º); introduce el concepto de «doble reincidencia» alterando en consonancia la regla 6.ª del art. 61 (art. 2.º); añade un art. 164 bis c) para prevenir la imposición de la inhabilitación especial a quienes cometan alguno de los delitos señalados en los dos artículos precedentes «habiendo prestado el juramento preceptivamente exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones» (art. 3.º); finalmente, sustituye la rúbrica del cap. II bis, tít. XIII, lib. II («Del robo y hurto de uso de vehículos de motor») por la de «utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos», tratando de endurecer la represión de los delitos previstos en el art. 516 bis. Una disposición transitoria alude a los problemas de ámbito temporal para los procedimientos en curso, sin permitir rectificaciones, en las sentencias ya ejecutadas, en orden a los antecedentes penales. La reforma afecta a 221 artículos de los 604 de que consta el Código penal, pero es a todas luces modesta.

I

Se ofrece en primer lugar un reparo sobresaliente. La reforma no ha prestado atención alguna a las sanciones pecuniarias establecidas en la *legislación penal especial*. La ley de 26 de julio de 1878 sobre ejercicios peligrosos de menores mantiene multas de 1.000 a 5.000 pesetas (art. 1.º) que en su tiempo fueron penas graves; la de 18 de septiembre de 1896 relativa a la protección de pájaros insectívoros —extrañamente excluida de los actuales repertorios administrativos y penales pese a estar en vigor— mantiene multas de 20 a 200 pesetas; la de 23 de julio de 1903 sobre una mendicidad de menores, las conserva de 125 a 1.250 pesetas (art. 3.º); la ley electoral de 8 de agosto de 1907 establece multas que en su tiempo fueron penas graves por superar las 125 pesetas, límite fijado en el Código de 1870, y hoy no rebasan en ningún caso las 5.000 pesetas (arts. 65, 67, 71, 73). Y viniendo a tiempos más recientes, tenemos la ley de pesca fluvial de 20 de febrero de 1942, modificada por la de 4 de mayo de 1948, que coloca el límite de la pena entre los delitos y las faltas en 2.500 pesetas; la ley penal y procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964 en 5.000 pesetas; la ley

de caza de 4 de abril de 1970 estima pena grave la multa de 5.000 a 50.000 pesetas (art. 42) y lo mismo hace la ley de emigración de 16 de mayo de 1971 (art. 54), concordante con el Código penal antes de la ley de 1974. Con esto llega el lamentable olvido de la legislación penal especial a términos intolerables. Tras la ley 39/1974 hace presencia, de un lado, la degradación de hechos delictivos a la categoría de faltas, vistos con la óptica del derecho penal común con la que siempre se han contemplado. Y de otro un espectacular endurecimiento, que contrasta con esa descuidada y negligente benignidad, en el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, como resulta, por ejemplo, del art. 439, 3.ª donde se castiga con arresto militar de dos meses y un día a seis meses el enajenar prendas de equipo por valor de 25 a 50 pesetas, por no hablar del olvido en que se encuentran las sucesivas variaciones de frontera entre el hurto delito y la falta de hurto que se mantiene en las 250 pesetas en el art. 443, a pesar de que el Código penal la sitúa hoy en las 5.000 pesetas. La concordancia de la legislación penal especial con el derecho común en cuanto a módulos económicos es una exigencia técnica imperiosa y, además, de insoslayable justicia.

II

La introducción de la «doble reincidencia» con la correlativa modificación de la regla 6.ª del art. 61, ha sido el fruto de una mala inteligencia de la Fiscalía del Tribunal Supremo frente a una nueva jurisprudencia que rectificaba una doctrina casi centenaria, pero errónea y en contra del reo, en cuanto a la apreciación de la segunda reincidencia. Pues no puede haber segunda reincidencia sin una primera reincidencia, y como el concepto de reincidencia exige que el culpable haya sido condenado antes de delinquir por otro delito comprendido en el mismo título del Código, eran y siguen siendo precisas para estimar una primera reincidencia dos sentencias, y para la segunda tres, siendo la tercera aquella en que la segunda reincidencia se aprecia. La cuestión no era ni es baladí. A partir de la segunda reincidencia era preceptiva la imposición de la pena superior en uno o dos grados, es decir, una pena de seis meses y un día a seis años puede transformarse subiendo dos grados en otra de doce años y un día a veinte años. Aparte de este efecto general, la segunda reincidencia tenía y tiene efectos específicos en determinados delitos en los que obliga a imponer la pena superior en un grado, a saber, en los delitos de hurto (art. 516, 3.º), estafa (art. 530) y apropiación indebida (art. 535).

Haciéndose eco de las repetidas y fundadas críticas contra la vieja doctrina jurisprudencial, a partir de la sentencia de 25 de enero de 1972, reconoció el Tribunal Supremo que la reincidencia precisa «como esencial la referencia temporal de la condena anterior al momento de delinquir el culpable, por lo que si esta exigencia es válida para considerar la primera reincidencia debe serlo igualmente para estimar la segunda y sucesivas, con la importante consecuencia de ser necesario que conste de algún modo dicha primera reincidencia en orden a establecer las siguientes recidivas, cosa que ya *a priori* debe destacarse cuando las anteriores condenas se han fulminado en una sola sentencia o cuando tales condenas previas se den con tal proximidad cronológica que sólo por una presunción contra el reo pueda admitirse que el mismo fue delinquirando cuando ya

habían sido pronunciados los fallos procedentes en orden a engendrar la serie de agravantes simples tenidas en cuenta por la Ley para estimar la agravante compleja» (sentencia de 26 de septiembre de 1974; ponente, excelentísimo señor don Fernando Díaz Palos).

La tesis de la Fiscalía del Tribunal Supremo que, sin duda, ha llevado a esta alteración, se contiene en la *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1973* (Madrid, Reus, 1973) por el Fiscal del T. S. Una equivocada opinión criminológica está en el origen del giro que se ha dado a la segunda reincidencia transformándola en «doble reincidencia». En la *Memoria* citada, pág. 229, se declara que «la defensa de la Sociedad contra los delincuentes habituales o profesionales, ha de ser más estricta y su sanción mayor y más grave que la de los delincuentes ocasionales, que sólo una vez han infringido la Ley contraviniendo las normas del ordenamiento jurídico punitivo». El criterio diferencial: delincuente ocasional una condena, delincuente habitual o profesional varias condenas, es falso. Un profesional del delito puede no ser aprehendido y convicto hasta haber cometido un gran número de delitos: el ser delincuente primario a los ojos de la ley no obsta para que haya de ser clasificado entre los profesionales del delito desde un punto de vista criminológico. Por otra parte, el discutible tipo de «delincuente ocasional» puede acumular varias condenas, sea porque se repiten las crisis o se encuentra ante una crisis prolongada durante algún tiempo, sea porque la tentación que provocan las «ocasiones» se reproduce varias veces. Además, el único estudio serio y reciente de importancia de que disponemos, la tesis doctoral inédita de Landin Carrasco, leída el 27 de junio de 1974, llega a la conclusión de que «la multirreincidencia no debe actuar como modalidad agravante» (*Revista de la Universidad Complutense*, núm. 94-II, vol. XXIII, nov.-dic. 1974, pág. 244), corroborando así algo obvio desde el punto de vista dogmático, pues hay delitos de estructura semejantes que están en distintos títulos, como, v. gr., la malversación y la apropiación indebida, y delitos muy desiguales que reúnen bajo un común denominador, como la profanación de cadáveres, el conducir sin permiso y el tráfico de drogas, fundamentando sin base alguna real una «reincidencia» que se niega entre los primeros.

Aún ha de agregarse algo más a este propósito. La reforma muestra en este punto idéntica ligereza a la que traduce en general la ley a que estoy aludiendo. Ha consistido en añadir a la circunstancia decimoquinta del art. 10 un segundo párrafo que reza así: «Existe *doble reincidencia* cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en *una* o varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo Título de este Código», modificando correlativamente la regla sexta del art. 61 para sustituir la «segunda reincidencia» con la que operaba por la «doble reincidencia» que se inventa. Pero ha olvidado por completo los demás pasajes del Código en que se toma en consideración la segunda reincidencia para cualificar los delitos de hurto, estafa y apropiación indebida. De esta inconsciente manera se ha acentuado uno de los más notorios defectos de la ley a partir de la reforma de 1944, a saber, que allí donde tradicionalmente se pensaba que la segunda reincidencia requería un trato más severo es objeto de una mayor benevolencia, ya que no se puede aumentar la pena uno o dos grados como sucede para los restantes delitos por aplicación de la regla sexta,

sino solamente un grado, porque los razonamientos aducidos en la sentencia 26 de septiembre de 1974 continúan conservando su validez para el hurto, la estafa y la apropiación indebida donde se habla de que el sujeto «fuere dos veces reincidente» (lo que requiere al menos una tercera sentencia como antes quedó dicho) y no de «doble reincidencia».

La Fiscalía del Tribunal Supremo se percató de tal descuido, y en una circular de 27 de diciembre de 1974, «a fin de evitar un criterio interpretativo múltiple que estaría en desacuerdo con el principio de unidad que caracteriza las actuaciones del Ministerio Fiscal» manifiesta que «aun cuando en su literalidad la ley no menciona otros supuestos de multirreincidencia específica (artículos 516, 3.º y 530), deben resultar aplicables, en lo que proceda, las declaraciones generales de los artículos 10, 15.^a y 61, 6.^a». Lamento no poder compartir el criterio de la circular. En ella hay un expreso reconocimiento de que la «literalidad» de la ley se opone a la interpretación que propugna, auténticamente analógica. Frente a una letra inequívoca, contradice las reglas más elementales de hermenéutica una interpretación que lleva a resultados en contra del reo.

III

El *art. 164 bis c)*, de nuevo cuño, tiene antecedentes complicados. El Proyecto de 6 de junio de 1974 pretendía introducir un artículo con el número 324 bis dentro del título de las falsedades, que habría de radicarse en un capítulo VIII bajo la rúbrica: «Del quebrantamiento del juramento». La redacción inicial estaba concebida en estos términos: «Los que por actos u omisiones quebrantaren el juramento exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones, como asimismo el que haya de producir efecto ante Autoridades de cualquier orden o jurisdicción, a través de documentos de carácter administrativo, fiscal o de otra clase, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa en cuantía de 10.000 a 250.000 pesetas». La fundamentación se limitaba, sin ulteriores razonamientos, a dar por sentado que había que prestar protección penal al juramento en estos casos.

Fue el tema más debatido en las Cortes. Se presentaron ocho enmiendas. La más radical, del señor Laqueta Pablo (enmienda 19), pidió la erradicación del artículo por opuesto al principio de legalidad al carecer de «las indispensables puntualizaciones» para que se pudiera afirmar «que, propiamente, se ofrece un tipo de delito». El señor Henríquez Hernández (enmienda 22) reforzó el argumento añadiendo que incluso era imposible la tipificación y que el perjurio no debe acarrear sanciones jurídicas, sino morales. También se pronunciaron en contra los señores García Carrero (enmienda 1) y Esperabe de Arteaga (enmienda 10). Otras enmiendas notaban la heterogeneidad de las conductas asimiladas en el art. 324 bis del Proyecto, solicitando su desglose, sea para llevar a las falsedades documentales las declaraciones juradas falsas (enmienda 13, del señor Sancho Rof), sea para reducir el precepto a un quebrantamiento de la «ética profesional» (enmienda 14 del señor Zaragoza Cortés), interesar que se separaran netamente los dos puntos sobre los que versaba el Proyecto (enmienda 15 del señor Mazón Verdejo) o que se redujese la inhabilitación especial a los casos en que la multa fuera superior a 50.000 pesetas (enmienda 7 del señor Yagua Yus). Al fin se admi-

tió la idea del señor Sancho Rof de crear un art. 164 bis c) —el enmendante proponía que llevase el número 164 tris (*sic*)— referido a los delitos comprendidos en la misma sección (no a todos los delitos previstos en las secciones anteriores como en la enmienda número 13) y consignando sólo la pena adicional de inhabilitación para quienes siendo culpables de los delitos sancionados en los artículos 164 bis a) y 164 bis b) hayan prestado «el juramento preceptivamente exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones». Es notable que en el debate ante la Comisión de Justicia nadie defendió el Proyecto tal y como estaba concebido, ni siquiera la Ponencia (*Diario de Sesiones de las Comisiones, X Legislatura*, núm. 367, páginas 22 y siguientes)

IV

Respecto al uso indebido de vehículos de motor, el propósito del Proyecto era cambiar la rúbrica del capítulo II bis del tít. XIII, lib. II, que rezaba: «Del robo y hurto de uso de vehículos de motor», por la de «utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos» y añadir un último párrafo imponiendo, en todo caso, la pena de privación del permiso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años. La tensión emocional que provocan esta clase de hechos dio una extraordinaria animación al debate cuya tónica fue la severidad. Nada menos que once enmendantes atacaron al art. 516 bis con el afán de mejorarlo. La cifra negra en estos delitos es sumamente elevada: alrededor del 90 por 100. La mayoría de los vehículos sustraídos son recuperados a los pocos días, como resulta de las investigaciones practicadas por Serrano Gómez. Los esfuerzos reformistas se han desplegado en cuatro direcciones.

a) Modificación del párrafo primero del art. 516 bis para especificar que es indiferente la «clase, potencia o cilindrada» del vehículo de motor ajeno indebidamente utilizado. La adición proviene de la enmienda del señor De Oña Iribarne (enmienda 4), quien la fundamentó en la necesidad de poner fin a las dudas que ocasiona la cuestión controvertida de si los ciclomotores han de considerarse o no vehículos de motor. Sucede, sin embargo, que una cosa es la *mens legislatoris* y otra la *mens legis*. Cualesquiera que sean las especificaciones siguen estando referidas a los vehículos de motor. Y, por consiguiente, el problema continúa exactamente como antes y consiste en determinar si los ciclomotores son vehículos de motor. La circular número 6 de 27 de diciembre de 1974 antes citada, entiende, con razón, que la situación sigue siendo idéntica a la anterior a la reforma y recomienda atenerse a la circular 2 de 26 febrero de 1973 y sentencias de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973 del Tribunal Supremo donde se abordó esta dificultad interpretativa.

La circular 2/1973 de la Fiscalía del Tribunal Supremo (*Memoria* de 1974, páginas 242 y siguientes) analiza exhaustiva y documentadamente la naturaleza jurídica de los ciclomotores, expresión «desconocida en nuestro ordenamiento penal y administrativo antes del Decreto de 27 de enero de 1956», designando hoy «un vehículo intermedio (*tertium genus*) entre el motociclo y el velocípedo, respondiendo su estructura a la de una bicicleta con pedales practicables en todo momento, pero dotada de un motor auxiliar de potencia determinada» (*Memoria* de 1974, pág. 246). La circular llega a la conclusión de que «en la definición legal

de ciclomotor lo que prima, en definitiva, es su condición de ciclo o bicicleta, si conserva todas las características recogidas en la ley referentes a potencia del motor auxiliar, límite de velocidad a desarrollar, pedales practicables, peso y disponibilidad de la transmisión del esfuerzo humano a través de los pedales con independencia del motor» (*Memoria citada*, pág. 255).

b) Sustitución de la alternativa «restituir o abandonar dentro de las veinticuatro horas» por la exigencia de que el vehículo indebidamente utilizado se restituya «directa o indirectamente» en el mismo plazo. La novedad se produjo en el seno de la Comisión de Justicia (*Diario de Sesiones*, páginas 33 a 36). Tomó la iniciativa el señor De Oña Iribarne: «Pediría a la Ponencia —dijo— sustituir la palabra 'abandonar' por la de 'restituir' o 'reintegrar' directa o indirectamente, ya que el abandono es una palabra ambigua, y a veces tal abandono se hace forzosamente porque se han quedado sin gasolina. De lo que se trata es de que si se deja transcurrir este plazo se considera que la intención no es de uso, sino de apropiación del vehículo, y lo que se produce es un hurto o robo, según las circunstancias que hayan concurrido». Tras vacilaciones de la Ponencia y algunas digresiones sobre la conveniencia o no de elevar el plazo de veinticuatro horas provocadas por una intervención del señor Rivas Guadilla, la ponencia cedió ante las palabras del señor Utrera: «Tal vez —opinó— lo que aquí es perturbador es la palabra 'abandonar' que es la que crea un problema probatorio, un problema de presunciones; realmente va a crear dificultad en las pruebas para saber si se abandonó y cuándo se abandonó». La Ponencia, que tuvo un momento de clarividencia («Complicaríamos el asunto, creo yo —dijo el señor Pérez-Serrabona— variando el texto tradicional que tenemos»), sucumbió al climax y aceptó la petición del señor Oña que se aprobó por unanimidad.

La Circular 6/1974 de la Fiscalía del T. S. antes mencionada advierte las dudas que suscita la nueva redacción. Cierto es que la ley ofrecía antes dificultades para concretar el «abandono», y que «con la expresión 'restitución indirecta' se ha buscado una mayor certeza; pero no parece todavía suficientemente clara hasta el punto de que no vayan a plantearse dificultades interpretativas. En general por 'restitución indirecta' deben entenderse todos los supuestos en que el vehículo se ponga a disposición de su dueño sin que sea material y directamente entregado; en particular, puede entenderse por restitución indirecta la información al propietario, a la autoridad o a sus agentes, por cualquier medio, del lugar en que se halla el vehículo; o bien el empleo de otros medios que permitan la recuperación del vehículo dentro del plazo que señala la ley». La *ratio legis* es, según la circular, «favorecer la recuperación del vehículo dentro de las veinticuatro horas desde que el dueño fue desposeído del mismo». Se trata, empleando la terminología de la circular, de una «atenuación de la pena» y para que se produzca «es precisa la restitución directa o que el culpable emplee los medios necesarios para la recuperación en el referido plazo» guardando semejanza con el sistema seguido para «el peculado de uso del art. 396 párrafo segundo».

Por consiguiente, se ha perdido de vista la diversa estructura del tipo en el hurto de uso y el hurto propiamente dicho. La nota característica del hurto de uso es la falta de intención de apropiarse la cosa, y así se subraya en el párrafo primero del art. 516 bis: «sin ánimo de haberlo como propio». La restitución (o abandono, como antes se decía) no afecta a esta nota esencial del uso indebido.

La no restitución, en realidad, es una cualificación (una «agravante» con la terminología de la circular) no una causa de atenuación. Cualificación porque determina un trato más severo de un hecho que sigue siendo conceptualmente un hurto de uso o uso indebido de un vehículo de motor. En realidad sigue latente la vieja y desprestigiada doctrina que identificaba el ánimo de lucro con el ánimo de apropiarse de la cosa, desconociendo que no puede hablarse de ánimo de apropiarse «transitoriamente» porque sería una *contraditio in terminis*, ya que apropiarse es subrogarse en el lugar del propietario y no sólo en el *ius utendi* que es una de las facultades, entre otras muchas, que comporta el derecho de propiedad. La restitución directa o indirecta dentro de las veinticuatro horas, bajo la amenaza de un trato más riguroso, es en definitiva una manifestación del arrepentimiento espontáneo, una contribución a reparar el mal causado por el delito, sin variar la naturaleza de éste. La reforma ha desconocido, al acentuar tan considerablemente la exigencia de un comportamiento activo por parte del autor del delito, la verdadera índole de las figuras previstas en el art. 516 bis hasta el punto de darles un tratamiento más severo que a genuinos delitos de robo o de hurto del vehículo como se verá a continuación.

c) La reforma afecta también a la pena que señala la ley para el caso de que no se restituya directa o indirectamente el vehículo en el término de veinticuatro horas. Ahora será la de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas a no ser que resulte de mayor gravedad la que procedería imponer aplicando los artículos 505 ó 515, en cuyo caso se acude a la señalada para el hurto o el robo genuinos. Antes había que imponer, si no se restituía o abandonaba el vehículo, la pena señalada para el hurto o el robo ordinario, y si por la cuantía el hecho hubiera constituido falta y no estaba por ello comprendido en la referencia expresa que se hacía a los artículos 505 y 515, imponer la pena prevista en el párrafo primero para el tipo básico.

La modificación proviene de la enmienda número 1 de don Melitino García Carrero que la Ponencia hizo suya y no fue objeto de discusión, sin duda porque nadie se percató de su alcance, es decir, de que se castigaba más severamente el tomar el vehículo sin ánimo de haberlo como propio que si hubiera mediado una intención de hacer suyo el vehículo en cuestión. Sin advertir tampoco que esta injusta regulación, injusta porque trata más severamente hechos de menor gravedad, queda reservada exclusivamente a los torpes o ingenuos, pues basta con declarar que tenían intención de haber el vehículo como propio para que el art. 516 bis quede fuera del juego.

d) Finalmente, el párrafo último del art. 516 bis ha quedado rectado así: «En todos los casos comprendidos en este artículo se impondrá, además, la pena de privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años o la de obtenerlo en el mismo plazo». Sustancialmente recoge las enmiendas de los señores Mazón Verdejo (enmienda 6) y De Llera López (enmienda 8) que pensaron que era oportuno recoger de modo expreso el supuesto en que el sujeto que utilizó indebidamente el vehículo carecía de permiso de conducción. Se aprobó sin discutir, salvo un tímido conato del señor Ladera Vivas para que se elevara el mínimo de la privación del permiso que no tuvo aceptación.

La aclaración me parece peligrosa, porque pudiera dar lugar a pensar que cuando no se declara expresamente la privación del permiso de conducción como

pena no afecta nada más que a aquellos que se hallan en posesión del permiso, no a los que carecen de él. Es una cuestión que revierte sobre el alcance del párrafo último del art. 42, donde se especifican los efectos de la pena de privación del permiso de conducir diciendo que «inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia». El derecho aludido no es el derecho a obtener un permiso, sino el derecho a conducir vehículos de motor. Gramaticalmente no hay duda alguna. La aclaración era innecesaria. Y es conveniente retrotraerse a los antecedentes históricos de ella, a los motivos que llevaron a consignar el supuesto de carencia de permiso para no dejar lugar a una interpretación contraria, para no inferir la errónea consecuencia de que cuando no se consigne —cosa que sucede en todos los demás casos en que se impone esta pena— no abarca a quienes no tienen permiso de conducción. Hubiera sido preferible que se hubiera mantenido la redacción inicial del Proyecto.

V

La estrechez de miras de la ley 39 de 28 de noviembre de 1974 es un distintivo común a las catorce reformas del texto refundido de 1944 que la han precedido. El Código de 1944 sigue siendo el antecedente siempre presente en el Código actual, que es el de 1963, con las modificaciones de 1971 y 1974. Basta referir la fecha de su aprobación por el Decreto de 23 de diciembre de 1944 para marcarlo como un Código de posguerra, elaborando el signo de concepciones sumamente duras, sobre un sistema de organización política que no se había concluido de perfilar, pendiente una guerra mundial en la que mantuvimos la neutralidad sin ocultar la simpatía por las potencias del Eje, prolongadas las tensiones de la guerra civil con la carga emocional de un futuro que a muchos parecía incierto, despobladas las cátedras de figuras que se consideraban eminentes sin que los profesores que quedaban y los que habían cubierto las vacantes hubieran tomado conciencia de los términos en que quedaba planteado el problema penal ni les fuera accesible por no disponer de los datos necesarios a causa de estar sustraídos muchos hechos a la jurisdicción ordinaria. El Código de 1944, que no aspiró a ser otra cosa que una refundición de un copioso número de leyes especiales que vagaban dispersas en el «Nuevo Estado», fue redactado con apresuramiento, método que parece consuetudinario entre nosotros. Ninguna de las numerosas leyes que han modificado el Código de 1944 ha abordado viejos problemas, que continúan abiertos, ni tampoco los que la reforma de 1944 planteó. No solamente se ha hecho una revisión a fondo, sino que se han multiplicado las relaciones de alternatividad, es decir, las repeticiones totales o parciales de preceptos ya existentes. Sin tener tampoco en cuenta que hay zonas necesitadas de una reconsideración global. Algunos ejemplos tomados de la llamada Parte especial corroborarán lo que acabo de decir. Tampoco se ha osado tocar las bases de la determinación de las penas, cada vez más dislocadas en su nomenclatura y efectiva ejecución por una normativa de tipo administrativo que tiende a dinamitar el arcaísmo imperante en el Código.

Entre los viejos problemas que perduran me limitaré a mencionar dos. La violación de sepulturas y profanación de cadáveres se halla colocada en el título V del libro II, al lado de los delitos contra la seguridad del tráfico, v. gr., con-

ducir sin permiso por una vía pública, y de los delitos contra la salud pública, como el tráfico de drogas. El defecto sistemático proviene de la reforma de 1870 y fue acusado inmediatamente por los comentaristas y la doctrina. El lugar que les corresponde es el de los delitos contra la religión o, mejor, el de un título de delito contra los sentimientos religiosos. Otro caso: las lesiones menos graves inferidas a maestros (artículo 423) se castigan con la pena de prisión menor, mientras que las lesiones graves a las mismas personas, si no hubieran producido otro resultado que enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días, se sancionan con arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas. Dicho con otras palabras: si se hiere a un maestro causándole lesiones que le produzcan incapacidad para el trabajo por más de quince días y menos de treinta, la pena puede llegar a seis años de privación de libertad, pero si las lesiones van de treinta a noventa días no puede exceder de seis meses (y multa). El defecto proviene nada menos que del Código de 1848, atravesando, sin ser advertido, todas las reformas ocurridas desde entonces.

El texto refundido de 1944 provocó una serie de desarreglos valorativos al seguir como norma el criterio de imponer penas de la escala general en toda su extensión a cada delito. Prescindiendo ahora de que técnicamente no se consiguió este propósito para todas las figuras de delito, las consecuencias han sido, en algunos supuestos, extravagantes, por no calificarlas de otra manera. El caso más notable, por su frecuencia en la práctica, es la inversión de las relaciones valorativas entre el hurto y el robo. Un delito de robo, cualquiera que sea la cuantía de lo robado, si media la violencia o intimidación en las personas, se castiga —salvo que ocurra alguna cualificación de las previstas en el artículo 501— con la pena de presidio menor; si se comete un hurto por cuantía superior a 200.000 pesetas, la pena es presidio mayor. Es decir, si el ladrón tiene la «precaución» de administrar algún golpe a su víctima, la pena no puede exceder de seis años, si no lo hace y se vale simplemente de la astucia, la pena puede llegar a doce años de privación de libertad. Aquí el reparo ha sido repetidas veces señalado, sin que el legislador haya prestado nunca atención alguna a su remedio.

Las repeticiones entre el Código y la legislación penal especial han sido siempre relativamente frecuentes. Mencionaré la traición, muchas de cuyas figuras se hallan duplicadas en el Código de Justicia Militar; y la piratería que está prevista en el Código penal común, artículos 138 y 139, pero que nunca han encontrado aplicación por ser preferente la Ley penal y disciplinaria de la marina mercante de 1955 en estos hechos de los que conoce la jurisdicción militar con completa exclusión de la ley común. Pero no acostumbraban a darse dentro del Código en los términos en que se vienen produciendo desde 1944. Así, los delitos de estragos han perdido completamente su razón de ser con la incorporación al Código de los delitos de terrorismo que, además, se duplican a partir de la ley de 15 de noviembre de 1971 en el Código de Justicia Militar. Ciertamente que, a primera vista, podrían marcarse diferencias: los estragos no perseguirían fines contrarios a la seguridad interior, el terrorismo organizado quedaría reservado a la justicia militar, en el terrorismo de derecho común habría de insertarse siempre el elemento subjetivo del injusto: la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden insitucional o el orden público. Mas la amplitud con la que se conciben la seguridad del Estado o

el orden público excluye o hace prácticamente imposible unos estragos que no constituyan el delito de terrorismo castigado generalmente con penas más graves. En cualquier caso se impone una delimitación más precisa que la actual.

Hay también zonas necesitadas de una reconsideración global. Por ejemplo, la relativa a la política criminal seguida con los anticonceptivos o procedimientos para «evitar la procreación» (artículo 416), hoy absolutamente obsoleta. También la política seguida en los delitos de estupro. La edad de veintitrés años que se toma como frontera en la tutela de la mujer frente al engaño sexual es por completo irrazonable. Claro está que una reforma penal debería ir acompañada de una atenuación de las reglas para la investigación de la paternidad, pues es notablemente injusto que sea la mujer la única que soporte el peso de la concepción fuera del legítimo matrimonio y luego no pueda reclamar asistencia para ella y el hijo habido de quien lo engendró. En los delitos relativos a la prostitución es asombroso que sean más graves las penas en el caso de que las víctimas sean mayores de veintitrés años que si son menores. Y entre los delitos contra la propiedad habría que atender a una doble dirección, de un lado reducir drásticamente la magnitud de muchas penas que son enteramente desproporcionadas a la gravedad que hoy tienen estos delitos, y de otro atender a un remoldeado de los que Binding llamó «delitos de explotación» sobre los que gravitan las condiciones económicas en que se desenvuelve el mundo moderno haciendo posibles fabulosas depredaciones. *Et sic de coetera.*

Es notable que mientras el Código sigue aferrado a una vieja dosimetría penal, foralista, mecanicista, con reformas epidémicas que no encuentran la vía adecuada para hallar una efectiva resonancia práctica, como la obligación de tomar en cuenta la personalidad del delincuente que preceptúa la regla 4.^a del artículo 61, la Administración penitenciaria esté llena de inquietudes y animada de un espíritu progresivo que ha conducido incluso a que desaparezca la palabra «prisión» de la nomenclatura penitenciaria. La primera de las cuatro escalas graduales en que se agrupan las penas ha perdido por ello su sentido, pues lo único en que se diferencia de la segunda es en que contiene las penas de presidio, desaparecidas las cadenas que hasta 1932 figuraban también en la primera escala. Es obvio que las escalas deberían ser reducidas a tres. Y la misma evidencia tiene el que la variopinta terminología de las reclusiones y prisiones no responde a diferencias de contenido, pues lo que decide el establecimiento en que ha de cumplirse la pena no es la índole de ésta, sino la del delincuente previo un período de observación y clasificación. Igualmente parece que debería retornarse a la clasificación tripartita en delitos graves, menos graves y faltas, abandonando la bipartita que se instauró en 1932 por razones puramente teóricas, porque la división de los delitos en función de la gravedad de las penas está al servicio de la índole del procedimiento que ha de seguirse para su comprobación y castigo; la Ley e Enjuiciamiento criminal ha venido a restablecer ya la tripartición sin correlato en el derecho sustantivo por ahora. No quiero dejar de aludir en este somero recuento de algunos problemas que esperan normas más adecuadas, el tema de la inflación penal: las penas hoy tienen una duración real que no corresponde con su valor facial. La consecuencia es que los tribunales no saben exactamente qué pena imponen, sustraída como está su ejecución a cualquier influencia por su parte. Tampoco debe omitirse una referencia a la cuestión del

perdón judicial: la lentitud en la tramitación de los indultos hace que sean inoperantes cuando las penas son de muy corta duración, con lo que las infracciones de menor gravedad son tratadas, desde este punto de vista, más duramente.

VI

Paréceme que hay que dedicar algunas líneas, en particular a la más importante de nuestras leyes penales especiales: al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Tampoco ha quedado inmune a las injurias del tiempo. En su momento fue una obra considerable, cuyo mérito principal, la unificación de las leyes penales por las que han de regirse las Fuerzas Armadas, debe ser reconocido. Pero la fecha de su aparición denota que ha envejecido. La disciplina es y seguirá siendo un interés jurídico digno de la mayor atención por parte del Estado. Más los medios punitivos para mantenerla han sido profundamente innovados después de la segunda guerra mundial. Las penas y correctivos de nuestra ley penal militar no están ya en línea con las concepciones actuales, ni con la experiencia aportada por las contiendas bélicas en los últimos decenios. Algunas instituciones, como la remisión condicional de la pena deberían hallar cabida en los delitos militares. El régimen de las prisiones militares debería modernizarse. Habría que pensar en una reducción grande de los delitos castigados con la pena de muerte como única pena, e incluso en su supresión o considerable reducción para hechos cometidos en tiempo de paz. Y reconsiderar, como ya antes quedó apuntado, las relaciones de alternatividad con el derecho común, así como las cuantías, hoy completamente desfasadas, en infracciones contra la propiedad.

La idea de una reforma de la legislación penal y procesal militar está viva y ha plasmado en proyectos no publicados. Ha de coordinarse con la necesaria reforma de la legislación común para evitar que se reproduzcan las discordancias que surgieron entre el texto refundido de 1944 y el Código de Justicia Militar de 1945, parte de las cuales subsisten. Y para poner fin de una vez al retardo con el que las leyes penales militares siguen, aunque con constancia, las innovaciones de la legislación ordinaria.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**Consulta núm. 2/1975 sobre rebeldía: prescripción del delito**

Excmos. e Ilmos. Sres.:

En sumario tramitado con el número 73/1964 de un Juzgado de la provincia fuerecordada la rebeldía de los dos procesados, a quienes, en concepto de autores, se imputa la comisión del mismo delito; con motivo de la detención de varios individuos y ser confundido uno de ellos con un procesado, la causa se abrió de nuevo y permaneció en trámite desde el 4 de abril al 5 de noviembre de 1966, y desde el 18 de enero al 9 de junio de 1969. Con base en estos hechos entiende V. I. que es procedente declarar extinguida la responsabilidad criminal por prescripción del delito para los procesados, ya que, tal como está concebido en el Código Penal el instituto de la prescripción afecta al delito como un todo indivisible y único, y por ello la actividad procesal desplegada respecto de uno de los procesados rebelde encaja en el artículo 114 del Código Penal al disponer que «la prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirige contra el culpable», con la consecuencia además de que la interrupción afecta también al otro procesado rebelde, recobrando el procedimiento vigencia general para los dos coautores del delito objeto del sumario.

Esta cuestión se reproduce en la misma consulta, y deriva del sumario 185/1964 seguido en otro Juzgado de la provincia, en la que figuran procesadas tres personas, dos de ellas ya juzgadas y condenadas, y la tercera en situación de rebeldía; la solución que propone es idéntica a la anterior y halla su causa en ser el procedimiento único y haber permanecido activo y sin interrupción durante el curso regular de la causa para los dos procesados condenados esas circunstancias, según la opinión de V. I., son, asimismo, impeditivas del transcurso del término de prescripción del delito para el rebelde, aunque no se hayan realizado actos procesales concretamente dirigidos contra el mismo.

Para los dos supuestos planteados —causas con dos o más procesados y no todos en situación de rebeldía— puede V. I. encontrar solución adecuada en la Consulta número 4/1954, de 10 de mayo (Memoria ídem, pág. 100), resuelta en el sentido de que la rebeldía, conforme a la legislación vigente, no interrumpe la prescripción del delito; y que suspendido el curso de la causa en relación con el rebelde por el auto en que declaró esta situación —art. 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— no se abre de nuevo para él el proceso, sino cuando se presente o sea habido, según ordena el artículo 846 de la Ley adjetiva, y como consecuencia de esta situación del procedimiento las actuaciones que se practican con los otros encartados no afectan al rebelde porque no se refieren ni pueden referirse a él para nada, ya que el sumario está cerrado o en suspenso.

Como es conocido, la figura jurídica de la prescripción del delito responde a la idea de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos que, según la trascendencia de la infracción delictiva, establece el ordenamiento punitivo; en la legalidad vigente, la prescripción extingue la acción penal por el mero transcurso de un período de tiempo determinado y variable según los casos (v. Sentencias 15-III-1973 y 21-I-

1956); al implicar la situación de rebeldía, paralización del procedimiento que impide el ejercicio de la acción penal contra el rebelde, el delito prescribe por el transcurso de los términos señalados por el artículo 113 del Código Penal.

En efecto, el término de la prescripción comienza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito y se interrumpe desde que se inicia el procedimiento judicial, volviendo a correr de nuevo el término de la prescripción desde que aquél termine sin condena o se paralice el procedimiento; es decir, que conforme a lo dispuesto en el artículo 114 del Código Penal mientras el procedimiento judicial iniciado oportunamente actúa, la prescripción no corre. La Ley no distingue entre las diversas causas que pueden motivar la paralización del procedimiento, por lo que resulta indiferente que la paralización se deba a las partes o a incuria de los Tribunales, e incluso cuando la inactividad procesal tenga su origen en la exclusiva voluntad de los que abogan o personifican a los procesados.

Que la rebeldía del procesado extingue la responsabilidad criminal transcurridos los plazos previstos en el artículo 113 del Código Penal, es manifiesta voluntad de la Ley, desde que el Código Penal de 1932 modificó el último inciso del artículo 133 del Código Penal de 1870, suprimiendo el impedimento de la rebeldía. Para que pudieran quedar prescritas las infracciones penales, y así se ha declarado por el Tribunal Supremo, entre otras, en las resoluciones de 28 de noviembre de 1949, 14 de noviembre de 1957 y en la reciente de 30 de noviembre de 1974. En consecuencia, declarada la rebeldía del procesado y ordenado para él el archivo de la causa, comienza el cómputo del tiempo para la prescripción del delito.

Ahora bien, si la apertura del procedimiento judicial interrumpe el término de prescripción del delito cuyo *dies a quo* es aquel en que se hubiere cometido, para que comience de nuevo a correr por la declaración de rebeldía del procesado, han de darse estas circunstancias: la declaración de rebeldía capaz de producir la paralización del procedimiento respecto al procesado que se halle en aquella situación precisa que el auto en que se acuerde *sea aprobado por el Tribunal*; una vez aprobado el auto de rebeldía con paralización del curso de la causa y cumplidos los trámites subsiguientes de remitir la comunicación obligada al Registro Central de Penados y Rebeldes, comienza el término de la prescripción del delito para el rebelde (Sentencia 1 de julio de 1965), ya que en tal estado deviene imposible la prosecución activa del ejercicio de la acción penal, pues ni pudo en su día ser emplazado para que compareciera a defenderse ante el Tribunal que ha de conocer del juicio, según previenen los artículos 623, 794 y 791, regla 7.ª, párrafo segundo, ni el Fiscal, ni, en su caso, la acusación particular, pueden solicitar la apertura del juicio oral formulando conclusiones acusatorias valorando jurídicamente el resultado de las diligencias objeto del proceso como ordenan los artículos 650, 790, regla 2.ª, párrafo primero, y 797, precisamente porque la causa está paralizada para el rebelde, aunque continúe para los que no se encuentran en esta situación, respecto a los cuales sigue el curso normal del proceso (art. 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y se cumplen los trámites procesales a que se refieren los preceptos antes citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, esto no quiere decir que la declaración contenida en el artículo 846 de la Ley ritualia —cuando el declarado rebelde se presente o sea habido, se abrirá nuevamente la causa— deba interpretarse en términos tan absolutos que resulte imposible reanudar el procedimiento por medio de hechos distintos a las conductas:

personales que cita esta norma, pues, como dice la sentencia de 30 de noviembre de 1974, «aunque el término de la prescripción no se interrumpe por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procesado, tales como la expedición de un testimonio o certificación, la personación simple de la acusación particular o la tramitación de una solicitud de pobreza, pero sí se interrumpe cuando se reanuda la actividad procesal instructora (véanse Sentencias de 2 de mayo de 1958 y 10 de marzo de 1965) o se reabre el sumario bien para lograr la extradición del culpable (Sentencia de 26 de junio de 1972), bien para continuación de pesquisas por parte de la Policía judicial en cumplimiento de requisitorias para la busca y captura del mismo (Sentencia de 27 de noviembre de 1959), o bien para la práctica de cualquier diligencia dirigida contra él; sin que obste a esta doctrina el contenido de los artículos 840, 841 y 846 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no prohíben la reapertura de la causa por motivos distintos a los enunciados en el artículo 846 ya citado y que incluso, rectamente entendidos, compelen a dicha reapertura y a la reanudación de cualquier actividad judicial conducente que tienda y se dirija a la localización y aprehensión del relapso o contumaz culpable cuando se tengan noticias de su presunto paradero y haya posibilidades racionales de lograr su captura».

En consecuencia, en tanto la resolución que acordó la paralización del procedimiento por rebeldía no se deje sin efecto por alguna de las causas aludidas, la situación legal de rebeldía adquiere virtualidad jurídica positiva para la prescripción del delito, y ello aunque sigan los trámites procesales para quienes no se hallen en situación de rebeldía.

En la fase del juicio oral, cuando siendo varios los procesados o acusados, alguno de ellos dejare de comparecer o no sea habido, el acto del juicio no puede celebrarse válidamente sin que previamente se acuerde la rebeldía del ausente (arts. 664, 784, reglas 3.^a y 4.^a y 791, regla 7.^a, y 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La sentencia de 17 de mayo de 1972 declara la nulidad del juicio por haberse celebrado sin la presencia de uno de ellos. Esto debe entenderse salvo las situaciones excepcionalmente previstas para el procedimiento de urgencia en los artículos 784, regla 8.^a (caso de delitos conexos cuando existan elementos para juzgarlos con independencia), 791, regla 8.^a, párrafo segundo (ausencia injustificada de acusado citado en forma para el juicio), y 801, párrafo último (incomparecencia de algún procesado, si el Tribunal estimare existen elementos para juzgar con independencia uno de otros).

En lo sucesivo y ante supuestos análogos al que ha sido objeto de esta Consulta, deberá V. I. mantener una posición ajustada a lo que se ha resuelto.

Dios guarde a V. E. y a V. I. muchos años.

Madrid, 1 de marzo de 1975.

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

DISPOSICIONES GENERALES

Decreto-ley 4/1975, de 25 de abril, por el que se declara el estado de excepción en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya.

La necesidad de proteger la paz ciudadana contra intentos perturbadores de carácter subversivo y terrorista, aconsejan utilizar los medios que brinda la legislación para combatir estos brotes antisociales.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 del Fuero de los Españoles; 10, apartado 9, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y 25 de la Ley de Orden Público, previo acuerdo del Consejo de Ministros en su reunión del día 25 de abril de 1975 y a propuesta del Ministro de la Gobernación, dispongo:

Artículo 1.º Durante el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este Decreto-ley se declara el estado de excepción en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya, quedando en suspenso los artículos 12, 14, 15, 16 y 18 del Fuero de los Españoles.

Art. 2.º El Gobierno y el Ministro de la Gobernación adoptarán, en cada caso, las medidas más adecuadas conforme a la legislación vigente.

Art. 3.º El presente Decreto-ley entrará en vigor el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», y de él se dará cuenta inmediata a las Cortes.

Así lo dispongo por el presente Decreto-ley, dado en Madrid, a 25 de abril de 1975. FRANCISCO FRANCO.—El Ministro de la Gobernación, *José García Hernández*.

Jurisprudencia penal

1975

(Primera parte)

Por

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Doctor en Derecho

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Unilversidad Autónoma de Madrid
y Vicesecretario del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»

§ 1. Artículo 9:1.^a, **Enajenación mental incompleta**, en relación con el artículo 8:1.^o (Psicopatías).

Las psicopatías congénitas que padecen los seres humanos, se manifiestan como anomalías de la personalidad, que atacan su sistema afectivo degenerando los sentimientos, al producir una desarmonía caracterológica, y una más o menos extensa inadaptación social, por lo que sufren y hacen sufrir a los demás hombres, al reaccionar frente a estímulos captados, con respuestas desproporcionadas al incentivo externo, poniendo de manifiesto su anormalidad psíquica temperamental y del sentimiento ético, en superior o menor extensión; pero dada su enorme frecuencia y la peligrosidad que suponen para la buena convivencia, y que sus grados más frecuentes son soportables, por manifestar un comportamiento controlable de mera extravagancia o rareza, y al no constituir propias y genuinas enfermedades mentales, han venido siendo por esta Sala sólo excepcionalmente valoradas como meras causas de disminución o atenuación de la responsabilidad criminal, siempre y cuando manifiesten condiciones de gravedad, por su intensidad y características, en debido juicio axiológico, y que actúen en adecuada relación causal con el delito cometido por encajar éste dentro de la distonía del carácter padecida y, además, esté patente que dentro del campo de la conciencia disminuyan o rebajen ostensiblemente la inteligencia o la voluntad.

Esta doctrina, últimamente expuesta en SS. 26 diciembre 1973, 22 abril, 22 octubre y 9 y 16 noviembre 1974, impide que se aprecie la existente incompleta, porque el hecho probado lo estima como personalidad psicopática congénita, que tiene “disminuidas sus facultades volitivas” y que padece “una psicopatía descompensada por desviaciones carac-

terológicas tales que condicionan su comportamiento antisocial, debido a una disminución de sus capacidades de entender y querer”, lo que significa una mera personalidad psicopática grave, que actúa en los delitos contra la propiedad, dentro de su distonía de carácter y que tiene afectadas en tal sentido sus potencias intelectivas y volitivas, sin constituir enfermedad mental propiamente dicha, por lo que estuvo acertadamente valorada la psicopatía, como integrante de una atenuante privilegiada, encajada en el número 1.º del artículo 9, en relación con igual número del artículo 8 del Código penal. Sin que pueda estimarse que tal desviación del carácter suponga ausencia de inteligencia y voluntad, como proceso patológico de fondo, ya que dista indudablemente de esta entidad (S. 8 marzo 1975).

§ 2. Artículo 9:1.ª, Trastorno mental transitorio (en relación con el artículo 8:1.ª).

Deniega el Tribunal Supremo la apreciación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, a causa de la ausencia de base patológica, habida cuenta de que:

“...Ya se entienda con un sector doctrinal y jurisprudencial que el mencionado trastorno exige una base patológica en el sujeto [SS. 1 marzo 1935, 11 abril 1936, 28 junio 1941, 10 enero 1945, 5 marzo 1945, 23 septiembre 1966, 21 abril 1967, 19 mayo 1967, 8 noviembre 1967, 29 abril 1969, 20 noviembre, 24 febrero 1971 y otras]; bien se prescindiera, de acuerdo con otra orientación más plausible, del mencionado requisito [SS 13 marzo 1934, 19 diciembre 1935, 14 octubre 1944, 15 abril 1948, 27 febrero 1954, 28 diciembre 1964, 4 abril 1968, 30 mayo 1968, 25 septiembre 1970 y otras]. como lo acredita que, a diferencia de la enajenación, no se aplique al que padece el trastorno medida asegurativa de internamiento, lo esencial..., es el efecto psicológico que el trastorno produzca sobre las bases de la imputabilidad o, más concretamente, sobre la capacidad de conocer la antijuricidad del acto y de autorientarse conforme a dicho conocimiento, de suerte que si la perturbación psíquica es total o plenaria la eximente será perfecta o completa y si sólo es parcial será imperfecta o incompleta. Pór lo que, aplicado tal criterio rector a la personalidad del reo y a su despliegue en el hecho de autos, por más que en el relato se diga que actuó bajo “una fuerte y repentina excitación que alteró sus facultades mentales y volitivas sin anularlas”, como es harto sabido, tal expresión encierra un juicio de valor sujeto a la censura de la casación en cuanto ha de apoyarse en bases fáctica convincentes y precisas, por lo que, comenzando por la personalidad del procesado, al que se presenta como persona de “carácter tímido, introvertido e inseguro”, “traspasado del medio rural a urbano sin buena preparación para ello”, tal bosquejo caracterológico es evidente que nada decide por sí mismo...; ...como, asimismo, si de la persona pasamos a las circunstancias anteriores, coetáneas y subsiguientes al hecho, hemos de anotar que la frustración sexual de que se creyó víctima el procesado, unido al gasto in-

nerente a la consumición de bebidas alcohólicas provocadas por las camareras que servían en el establecimiento, si bien produjeron en el acusado una impresión de “burla para sus deseos” y “un engaño para el dinero gastado inútilmente”, habrá que convenir que tal situación de humillada frustración para la sensualidad del procesado, podrá servir para desatar un típico estado pasional, incluso una intensa emotividad conectada a la personalidad (relativamente) primitiva del reo, pero no la característica perturbación anímica propia de quien sufre un verdadero trastorno de su psiquismo en mayor o menor grado” (S. 29 abril 1975.).

§ 3. Artículo 9:2.^a, Embriaguez.

“Cualquiera que sea el grado de acierto técnico que, en el plano de **lege ferenda**, se estime que presidió la reforma penal de 1944 al resucitar el requisito de la **no habitualidad en la embriaguez como atenuante**, tomándolo de los Códigos de 1850 y de 1870, en que también se exigía, lo cierto es que en el plano de **lege data** se hace preciso acatarlo; si bien, a diferencia de aquellos arcaicos cuerpos legales que aún forman, en buena parte, el trasfondo de nuestra vigente legislación punitiva, ni es menester fundar la **noción de habitualidad en un determinado número de veces de ejecución del hecho**, ni con vista de las circunstancias de las personas y de los hechos, sino que basta la efectiva constatación de la **asiduitas en la bebida** [SS. 22 mayo 1962 y 30 octubre 1967] y que se exprese por el juzgador con el necesario vigor narrativo eliminador de toda duda al respecto [SS 27 junio 1903, 15 noviembre 1912, 28 noviembre 1917, etc.] para que se tenga por decaída la atenuante por falta de uno de sus requisitos —**obstativo o negativo**— que, para ser apreciada, debe concurrir con otro **positivo**: La falta de **preordenación al delito**”. (S. 12 febrero 1975.)

§ 4. Artículo 9:8.^a, Arrebató u obcecación.

Deniega la Sala 2.^a del Tribunal Supremo la apreciación de la atenuante de arrebató u obcecación, en base a considerar que: “Si bien cabe hablar de la “**idea fija y obsesiva de quemar el local**”, tal **obsesión**, visto el conjunto de circunstancias que rodearon el evento, más bien es **propia de la irritación producida por una alteración emocional de la afectividad que de la perturbación de los fundamentales estratos del psiquismo —intelectivo y volitivo—**; lo que traducido a términos jurídicos podría integrar la atenuante —más afín al estado del procesado— **consignada en el número 8 del artículo 9.º del Código penal**, si no fuera porque la motivación de tal situación pasional, los móviles de la misma, se **compadecen mal con la eticidad y licitud de los mismos que esta Sala viene exigiendo para la estimación de tal atenuante**. Y, si bien es cierto que una parte la **doctrina censura con acritud la exigencia por entender que no está expresa en el texto legal**, no es menos verdad que **otro sector del penalismo entiende, con arreglo a esa tendencia jurispruden-**

cial, que la locución **adverbial naturalmente**, que se inserta en la definición del Código, dice relación con una **apreciación social**, admitida comúnmente, de los móviles, con lo que dicho se está que queda excluido el móvil bajo y abyecto y no hay duda de que, en el caso enjuiciado, la satisfacción a ultranza de la sexualidad del procesado y su desproporcionada reacción no son “comprensibles” para el común de las gentes; no son, en una palabra, “naturales en el sentir del hombre medio, destinatario de la norma penal”. (S. 29 abril 1975.)

§ 5. Artículo 9:9.^a, **Arrepentimiento espontáneo.**

“...Esta circunstancia, que implica la **no persistencia del ánimo perverso** en el delincuente, o bien una **anulación retroactiva del dolo**, ha de estar necesariamente **provocada por impulsos de arrepentimiento espontáneo** que había de surgir de **sentimientos internos ético-sociales** y hasta **religiosos, contrarios al delito ejecutado**, producto por la **recapacitación del agente** que impulsado por ellos trata de **reparar o disminuir los efectos del delito, dar satisfacción al ofendido o confesar a las autoridades la comisión del mismo**; pero no cuando tal proceder obedece a **motivos o presiones externas** o a **consideraciones utilitarias dirigidas a buscar la impunidad del delito o la disminución de la pena**, porque entonces, además de **faltar la espontaneidad requerida por el precepto no puede hablarse de una menor peligrosidad del sujeto** que es lo que, en definitiva, presta fundamento a la atenuante”. (S. 28 febrero 1975.)

§ 6. Artículo 9:10.^a, **Atenuantes por analogía.** Cfr. § 14.

§ 7. Artículo 10:13.^a, **Nocturnidad.**

La circunstancia agravante de **nocturnidad** se halla inscrita, con otras (despoblado y cuadrilla), en el número 13 del artículo 10 del Código penal vigente, con una redacción que apenas ha variado desde el Código de 1848, si bien se puede señalar:

a) Los Códigos de 1870 y 1932, quizá con mejor criterio, le daban un **carácter potestativo**, esto es, que su aplicación era discrecional para los Tribunales: “según la **naturaleza y accidentes del delito**” (Código de 1870) o “**conforme a la naturaleza, los motivos y efectos del delito**” (Código de 1932); mientras que su aplicación era y es **imperativa en los Códigos de 1848, 1850, 1928 y 1944.**

b) El Código de 1928, consagrando legislativamente lo que ya era constante exigencia jurisprudencial, describía la agravante —entonces 8.^a del artículo 66— como “**ejecutar el hecho de noche... cuando fueren buscadas esas circunstancias de propósito o se aprovechara de ellas el delincuente**”.

La **fundamentación** de esta discriminación agravatoria se encuentra en la **mayor peligrosidad del agente que se ampara en las sombras de la noche para mejor conseguir sus fines y antijurídicos propósitos, preten-**

diendo, y logrando generalmente, el mayor desamparo de la víctima con las consiguientes facilidades comisivas, dificultar o impedir que ésta pueda recibir auxilio de otras personas, ocultar su identidad, propiciar su fuga y lograr la impunidad; habiendo expresado esa especial fundamentación, de modo sumamente gráfico y didáctico, la S. 15 junio 1970 al decir "que la circunstancia agravante de nocturnidad tiene su "ratio essendi" en la intensa peligrosidad del agente que quiere o acepta el auxilio idóneo de la oscuridad para conseguir mayor facilidad y libertad ejecutiva del delito, superior posibilidad de huida e impunismo, más alta dificultad de identificación y, por último, deseo de conseguir la indefensión de la víctima, mermada o anulada en su capacidad de reacción personal y de ayuda ajena, todo lo cual determina un menor riesgo para el delincuente y una más intensa alarma social".

Desde su incorporación a la legislación codificada española, la doctrina y la jurisprudencia vienen sosteniendo con unanimidad [SS. 30 diciembre 1946, 20 noviembre 1956, 11 mayo 1963, 13 marzo 1967, 22 mayo 1968, 17 febrero 1970 y 29 octubre 1974] que los elementos o requisitos de la nocturnidad son los siguientes:

1.º) **Elemento objetivo**, compuesto o integrado por dos notas: **oscuridad**, la que se identifica con la falta de luz natural o solar, y **soledad**, la que implica que, dedicándose los humanos durante ciertas horas de la noche al sueño, la citada oscuridad se complementa con la ausencia de otras personas que pudieran auxiliar al ofendido, impedir o dificultar la perpetración del delito, identificar al delincuente, aprehenderle o evitar su fuga con el producto de su rapiña o con los instrumentos del delito.

2.º) **Elemento intencional o subjetivo**, caracterizado por la voluntad empleada finalísticamente en la búsqueda o en el aprovechamiento de la noche como medio de ejecución o dinámica delictivas.

3.º) **Elemento probatorio**, pues la nocturnidad como cualquier otra circunstancia agravante no puede presumirse en contra del reo y tiene que estar tan acreditada y probada como el hecho delictivo mismo (S. 24 enero 1975).

§ 8. Artículo 10:15.^a, **Reincidencia** (en relación con el artículo 61:6.^o)
Multirreincidencia.

Viene siendo doctrina reiterada de la Sala 2.^a, a partir de la S. 25 enero 1972, que para que pueda ser aplicada la circunstancia agravante de **multirreincidencia**, prevista en el número 15 del artículo 10 del Código penal, que obliga al juzgador a elevar la pena legalmente señalada al delito cometido en un grado y le faculta a aumentarla en dos, de acuerdo con lo preceptuado en la regla sexta del artículo 61, no basta que se haya producido una pluralidad de condenas ejecutorias contra el imputado en una misma sentencia o incluso en varias, de la misma o distintas fechas, siempre que éstas hubieran sido dictadas tan próximas en el tiempo, que el Tribunal no hubiera podido tener en cuenta racionalmente la primera sentencia, para declarar en la segunda la existencia de la cir-

cunstancia agravante de reincidencia simple, ni esta declaración, de todo punto necesaria para poder apreciar la agravante de plurirreincidencia, en la tercera o posterior sentencia, por exigirse para ello: que se hayan dictado contra el reo, por lo menos, dos sentencias condenatorias con anterioridad al hecho que se enjuicia; de tal modo que en el segundo de dichos fallos se haya apreciado la simple reincidencia, generada por la primera condena, o sea, la duplicidad o pluralidad de condenas ejecutorias, en la segunda de las cuales conste formal y procesalmente la declaración de la primera reincidencia. (S. 11 diciembre 1974.)

§ 9. Artículo 14:2.º, Inducción.

Conforme al número 2.º del artículo 14 del Código penal se reputan autores quienes inducen directamente a otros a ejecutar un hecho punible. Inducir, según su acepción académica, sustancialmente coincidente con la acepción corriente del vocablo, no es otra cosa que “incitar, instigar o persuadir a otro”, por lo que la inducción penal equivale a producir en otra persona, en todo caso, no decidida —aunque no necesariamente indiferente— la decisión de ejecutar el hecho antijurídico. Estima la doctrina jurisprudencial que existe autoría por inducción cuando el influjo psíquico ejercido sobre el autor material es causa de la resolución de éste de cometer el acto o hecho incriminado. [SS. 4 octubre 1934, 25 agosto 1954 y 26 junio 1962, entre otras].

De esta concepción, asimismo predominante en la doctrina científica, se deducen los elementos básicos que la configuran, consistentes: en que sea directa, o sea, que recaiga sobre un sujeto determinado y dirigida a la comisión de una infracción punible concreta (con la salvedad prevista en el párrafo final del artículo 4.º del referido Código); que sea eficaz, es decir, determinante de la acción, sin que revista tal carácter el simple consejo o la mera indicación del procedimiento ejecutivo; y que sea dolosa, o sea, con voluntad consciente de persuadir a otro a la realización del delito, aunque los fines perseguidos por inductor o inducido no sean coincidentes (S. 2 diciembre 1974.)

§ 10. Artículo 251, Propagandas ilegales

El delito de propaganda ilegal, que reprueba criminalmente la libre expresión de ideas estimadas legislativamente como perjudiciales para la soberanía del Estado, al poder dañar o lesionar su seguridad interior o el orden público, o su organización material, se tipifica en la amplia fórmula del artículo 251 del Código penal, en base a dos elementos:

— Uno, normativo y objetivo, determinado por la impresión, distribución o tenencia para ser repartida de la propaganda no autorizada, en cualquier forma que sea, dentro o fuera de España, y que se enumera en el párrafo 6.º de dicha norma.

— Otro subjetivo, que se desdobra, en relación a la culpabilidad, exigiendo el conocimiento por el agente del delito, de la propaganda ilegal

en su manifestación, dando existencia al requisito espiritual del dolo, y que se enraiza con la antijuricidad, a medio del propósito de esparcir la propaganda con “*animus diffundendi*”, otorgando sentido al injusto típico, por tenderse con ello a la deseada consecución —lógrese o no— de alguno de los cuatro fines que el precepto tal citado exige como indispensable en sus cuatro apartados anumerados (S. 17 enero 1975.)

Al no requerir tal infracción un resultado material, por bastar la mera intención o deseo de conseguirlo en el sujeto activo, a medio del contenido de la propaganda, es evidente que se trata de un delito de tendencia o peligro; pero su finalismo es de carácter concreto y no abstracto o remoto, pues exige actúe a modo de provocación al delito, contra el Estado nacional y su seguridad interior, por lo que deja fuera de su tipicidad la propaganda meramente doctrinal y extranacional, como ya determinó la S. 20 noviembre 1972, que no venga a representar una ataque cierto y directo, a la vez que concreto, a la organización política, social, económica o jurídica patria, con alguno de los designios previstos en el apartado primero de dicho artículo 251 o cualquiera de los tres restantes; pues no resulta posible hacer una interpretación extensiva o “*in malam partem*” del tipo, abarcando supuestos no previstos en él de manera precisa, como sucede con las obras políticas de condición marxista o similar de carácter general, máxime cuando su impresión está por lo común autorizada y se pueden adquirir libremente en el mercado de los libros, y la exposición de sus principios doctrinales, por su condición general o abstracta, no puede incluirse dentro de las finalidades concretas que constituyen la esencia del reproche penal típico (S. 17 enero 1975.)

Según la S. 4 noviembre 1974, si, semánticamente, propagar significa “extender, aumentar o dilatar una cosa o los efectos de ella” o “extender el conocimiento de la misma”, por propaganda se entendió, primitivamente, “congregación de cardenales de la Curia romana encargados de difundir la religión católica” (Sagrada Congregación de Propaganda FIDE) y, más tarde, “asociación cuyo fin es propagar doctrinas, opiniones, etc.”, o “trabajo empleado con el mismo fin”, hoy día podría definirse como cualquier actividad —palabra impresa, escrita o hablada, imagen (fotografía, caricaturas, dibujos), actuación o espectáculo— dirigida a transmitir, comunicar o extender las ideas, criterios, opiniones, preferencias o programas de actuación de un individuo, grupos o asociaciones, con propósitos proselitistas o de contagio intelectual, y presentando tales ideas o criterios del modo más suasorio, atractivo y persuasivo posible para que, obrando eficazmente, se facilite: en primer lugar, la recepción o captación de tales ideas; la asimilación de las mismas después, y, por último, el comportamiento de ellas.

Debe, además, de destacarse:

1.º) Que cuando esta propaganda versa o se refiere a materias políticas, el desarrollo de sus técnicas actuales no puede contemplarse con indiferencia por el legislador penal, ya que significa el aporte de medios tan poderosos como lo puede ser el empleo de violencia en la con-

secución de los fines de trastornar la estabilidad del régimen político de cualquier país.

2.º) Que la propaganda, política o no, puede tener un signo o naturaleza positivos, que son los antes descritos, u otros negativos, consistentes en la comunicación, extensión o transmisión a otras personas, físicas o jurídicas, o al público en general, de pensamientos, ideas, criterios u opiniones, convicciones o creencias o planes de actuación o de gobierno contrario a otros preexistentes o, por lo menos, contemporáneos o coexistentes, de tal modo que se los presente y describa como perniciosos, nocivos o inconvenientes, denigrándolos, desprestigiándolos o vilipendiándolos, invitando a todos, o a algunos en particular, a apartarse de ellos y a repudiarlos (S. 30 enero 1975.)

En España, y refiriéndose concretamente a la propaganda política, con excepción de algún atisbo en los Códigos de 1822 y 1848, la punición de ciertas formas de difusión de ideas, concepciones o actividades, no se inició hasta la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, concretamente en su artículos 31, 33, 34, 37, 38 y 39, los cuales, con redacción sensiblemente parecida, pasaron, en 1944, al Código, promulgado el mismo año, integrando el capítulo XI del Título II del mismo, el que dedica a tales delitos los artículos 251 al 253.

Habiendo sostenido la doctrina, y también la jurisprudencia, que se trata de un delito de actividad, de tendencia, de mero peligro, de consumación anticipada y de resultado recortado, toda esta variedad idiomática significa que la acción se confunde con el resultado o que no es necesario para la perfección del delito que la actividad difusora alcance los fines propuestos, razón por la que se trata de infracciones que no admiten frustración o tentativa.

Agregando la referida doctrina que la regulación del artículo 251, por falta de tradición legislativa, adolece de insuficiencia técnica y de vaguedad excesiva en alguna de sus descripciones, consagrando un imposible —según su concepto— inmovilismo o estancamiento involutivo de las instituciones políticas. Exigiendo como requisitos dignos de destacar, merced a ofrecer alguna singularidad: dentro de la antijuridicidad, dos elementos subjetivos del injusto: uno expreso, la persecución de cualquiera de los fines enunciados en los cuatro números del artículo 251, y otro tácito, que se infiere del concepto legal de propaganda —párrafo 6.º del mismo precepto— y que equivale a persecución consciente de la difusión de las ideas de las expuestas de un modo u otro de los reseñados; y dentro de la culpabilidad: que el dolo del agente abarque la idoneidad del medio empleado.

Por su parte, la jurisprudencia, representada por SS. 17 marzo, 5 y 14 mayo ,16, 24 y 26 octubre, 2, 16 y 30 noviembre y 5, 13, 17, 20 y 27 diciembre 1973 y 4 noviembre 1974, entre otras muchas, con mayor claridad, exige la concurrencia de dos elementos estructurales:

— Uno de índole normo-objetiva, o de dinámica criminal o de descripción de la especial actividad delictiva tipificada, contenido en los párrafos 1.º y 2.º (mejor sería decir los cuatro números y el párrafo 6.º) y

que se refiere, por una parte, a los **fines perseguidos** y, de otra, a la **misma propaganda subversiva**, de la que se da en el mencionado sexto párrafo una definición o interpretación auténtica, condensada en tres figuras:

Impresión u obtención de toda clase de libros, folletos, hojas sueltas, carteles, periódicos y de todo género de publicaciones tipográficas o de otra especie, los discursos, la radiodifusión y cualquier otro procedimiento que facilite la publicidad.

Distribución del mismo o difusión en otra forma, y

Tenencia para ulterior distribución, reparto o difusión.

— Y otro de **matiz subjetivo**, que se bifurca a la vez en otros dos: el ánimo difusor o "**animus diffudendi**" que se entraña en la **antijuridicidad** como elemento subjetivo del injusto, y la **conciencia del sentido atentatorio para la seguridad interior del Estado**, que se incardina en la culpabilidad; es decir, y simplificando, que ha de concurrir un elemento objetivo o dinámico —actividad— con otro subjetivo y finalista —intención, ánimo y propósito de los partícipes de difundir ideas con fines subversivos (S. 30 enero 1975.)

Elementos del delito tipificado en el artículo 251:

1.º Un elemento objetivo o conducta comisiva, consistente en realizar **propaganda de todo género o cualquier forma, tanto dentro como fuera de España, elemento territorial**. Consiste ésta, según el tenor del precepto legal, en la **impresión** de toda clase de libros, folletos, hojas sueltas, carteles, periódicos, toda clase de publicaciones tipográficas o de otra especie; en la **distribución**, en la **tenencia** para ser repartidos, en **discursos, radiodifusión o cualquier otro procedimiento que facilite la publicidad** y, por fin, uso de símbolos o emblemas propios de organizaciones declaradas fuera de la Ley.

2.º Un elemento subjetivo, que es el ánimo de difusión de tal material objetivo, que el Código penal recoge con las expresiones de **realizar propaganda, tener para repartir** —donde se observa la consumación anticipada dispuesta por el Código— **impresión, distribución, facilitar la publicidad**.

3.º Un elemento finalístico, que se recoge en los cuatro apartados del precepto y que en síntesis son: **subversión violenta del Estado, ataque al sentido nacional, a la Nación española y perjudicar el crédito del Estado**.

4.º El elemento intencional o voluntario, siempre presumible, del conocimiento de lo que se difunde y voluntad de difundir (SS. 23 octubre 1973, 18 marzo, 24 abril, 2 mayo, 24 junio 1974 y 14 enero 1975.)

Propaganda ilegal para la huelga (distinción de la propaganda con fines políticos y la propaganda con fines económicos).

Respecto al argumento de que la propaganda para la huelga que hacía el recurrente con las pegatinas no puede estimarse como vulneradora del citado precepto, ya que para la aplicación del mismo se precisa no so-

lamente un ánimo, sino fuerza y adecuación necesaria a los fines perseguidos, no puede aceptarse, porque existente el propósito de hacer propaganda en pro de la "huelga solidaria" "frente al despido y la represión", como indicaban las pegatinas que colocó el procesado en las paredes de la Ciudad Laboral donde cursaba estudios y en las fachadas del casco antiguo de la población en que vivía, la falta de reivindicaciones económicas, pues se propugnaba la huelga solamente "frente al despido y la represión"; y el propagar en nombre de las denominadas Comisiones Obreras, que, como creación del Partido Comunista, persiguen con él subvertir violentamente, o destruir la organización política, social, económica y jurídica del Estado, hace advertir que estos fines y no otros de simples mejoras económicas perseguía el recurrente al fijar las pegatinas en cuestión, sin que pueda ponerse en duda la fuerza de convocatoria de ellas ni su poder de captación de voluntades para la huelga ilegal preconizada al solo objeto de imponer a las autoridades del Estado, por medios violentos, las decisiones de los simpatizantes de élla (S. 14 diciembre 1974.)

La actividad dinámica difusora del material propagandístico, para realizar con eficacia el afán proselitista que impulsa la actuación idealista del agente difusor, tanto puede conseguirse por el reparto, más o menos directo de textos ilegítimos a distintas personas, a cuyo fin tiene indudable importancia el número de las publicaciones prohibidas y hasta la índole de su potencia difusora, exigiéndose por la Sala 2.^a que la cantidad posea cierto alcance numérico, como en supuestos "uti singulares" o especiales, puede cometerse el delito con la entrega, reparto o permisión de uso de una sola unidad propagandística, en atención a su mismo poder difusorio, que se logra hacia muchas personas, como pusieron ya de relieve las SS. 28 noviembre y 23 diciembre 1970, 15 julio 1971, 30 noviembre 1972, 14 febrero, 6 marzo y 14 mayo 1974, en orden a los carteles murales, "affiches" y "graffiti", pintadas, etc, y a los que debe asimilarse la constitución de una sala o lugar de lectura en que, a través, del tiempo, se ponga a disposición del público que se capta, para su lectura y conocimiento o estudio, un ejemplar, con indudable tono subversivo, deshonrrante y ofensivo para el Estado español, porque este medio es capaz, por su misma potencia difusora, de alcanzar los fines prohibidos en dicho artículo 251, a medio de la actuación calculada del propagandista, cuyos antecedentes personales e ideología también cuenta a estos efectos para conocer la tendencia de su actuación, constituyéndolo en eficaz agente difusor de material unitario. (S. 17 enero 1975.)

La frase consignada en los referidos impresos, "en la lucha contra los mercenarios del Estado asesino durante la larga noche del franquismo", es gravemente ofensiva para el actual Estado español y para su especial estructura y, por tanto, "per se", logra que el caso, con todo merecimiento, se incluya y subsuma en el número 4 del citado artículo, donde se plasman, entre otras, las conductas propagandísticas perjudiciales para el crédito y prestigio del Estado hispano. (S. 30 enero 1975.)

"...El número de impresos...es indiferente o irrelevante pues, en todo

caso, se habrían impreso o poseído publicaciones subversivas en número suficiente para que los mismos pudieran incardinarse en los preceptos aplicados, siendo también indiferente la falta de concreción de la fecha de impresión.

La propaganda ilegal, por lo general, proviene de asociaciones declaradas fuera de ley, que pretenden alcanzar las finalidades prohibidas criminalmente en dichos apartados del párrafo segundo del artículo 251 del Código penal, pero no basta, para estimar la presencia de tal delito, que se trate de meras publicaciones de dichas asociaciones ilegales, sino que, además, han de tener por sí mismas un contenido prohibido y tendencial, por lo que tiene que atenderse esencial y necesariamente al alcance de este último. De manera que si aún proviniendo la propaganda de asociación ilícita, no se dirige al logro finalístico de los objetivos tutelados criminalmente, el delito resulta inexistente, y a la inversa, sea cualquiera su procedencia, si su finalismo o tendencia resulta la indicada, el tipo operará, a pesar de proceder el material propagandístico de persona jurídica, de hecho o de derecho, admitida legalmente, o de sujeto individual, cualquiera que sea su ideología o afiliación. (S. 16 enero 1975.)

Renuncia la Sala 2.^a a establecer, a efectos penales, una distinción entre el régimen político imperante y la organización estatal, ya que, de una parte, como ya recordó la Sala 2.^a [S. 6 diciembre 1971], los conceptos de Estado, Nación, Régimen y Gobierno se hallan tan interrelacionados que el ataque a cualquiera de ellos repercute ineluctablemente en los demás, como lo muestra la amplia gama de finalidades asignadas por el artículo 251 al delito de propagandas ilegales, de las que no se excluye ningún aspecto de la organización política básica. (S. 20 enero 1975.)

Si al recurrente le sorprendieron con un paquete de 235 hojas tamaño cuartilla, con el contenido que indica la sentencia recurrida: “huelga general revolucionaria al coronar al heredero del yugo fascista, hagamos huelgas, asambleas y paros contra el patrón yanqui de España”, firmado por el Comité de Madrid del Partido Comunista de España, aunque tales hojas fueran ocultas bajo el pantalón, la Sala sentenciadora concluyó con acierto en la existencia del *animus diffundendi*, conforme a doctrina ya sentada por la Sala 2.^a, en SS. 23 junio 1972, 1.^o de febrero 1974 y 14 enero 1975.

Tentativa.

Si bien los delitos de tendencia —entre los que se cuenta el de propaganda ilegal— son de consumación anticipada o de resultado cortado, según expresión doctrinal consagrada, sobre todo en sus formas de mera tenencia, en que basta la mera posesión de la propaganda, unida al propósito difusor de la misma, para perfeccionar el tipo delictivo, no es menos verdad que pueden darse casos, ya que no de frustración —de difícil comprensión y encaje— sí de tentativa, por haberse manifestado al exterior los actos encaminados a lograr la efectiva tenencia de la propaganda aunque sin llegar a conseguirlo por la interferencia policial u otra causa

causa obstativa. [En contra, S. 30 enero 1975]. Esto es justamente lo que aconteció en el caso debatido, en que el procesado recurrente recibió aviso de la agencia de transportes para retirar el envío con la propaganda comunista que contenía y cuando se disponía a realizar tal operación, para lo cual ya había tomado el paquete y lo había entregado momentáneamente a su casual acompañante, fue conminado por funcionarios de la Policía, antes de que firmara el oportuno recibí, para que les fuera dado el paquete en cuestión, orden que acató el ocasional tenedor del mismo, ignorante de lo que acaecía, pero no así el procesado, quien perfecto conocedor del carácter del envío, se dio a la fuga; pues de este contexto de acción se desprende que, si bien el recurrente estuvo a punto de lograr la tenencia o posesión de la propaganda que le era remitida con fines de difusión, no lo consiguió con la necesaria autonomía para que pueda hablarse de la posibilidad de disposición de aquélla, gracias a la intervención policiaca. (S. 23 diciembre 1974.)

§ 11. Artículo 344, Delitos contra la salud pública.

El delito del artículo 344 del Código penal, en su redacción, según la Ley de 15 de noviembre de 1971, recoge una infracción criminal de riesgo abstracto y autónomo, ante el tráfico, la promoción del uso y el despacho ilegal de sustancias tóxicas o estupefacientes, naturales o sintéticos, haciendo punibles tales conductas, constitutivas de alguna de las facetas del ciclo económico de producción previo al consumo, o ya de posterior mercantilidad, cuando se eliminen por el agente las normas de control administrativo de condición estricta, que dan lugar a la antijuridicidad o ilegalidad integrante del delito, por originarse el elemento negativo de la infracción sanitaria. Debe coincidir la conducta peligrosa con cualquiera de los verbos típicos pródigamente empleados en la amplia fórmula legal y, concretamente, con el tráfico —elemento subjetivo del injusto—, de las sustancias estimadas como drogas o estupefacientes en las listas I, II y IV del Convenio Unico de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificado por España el 1 de marzo de 1966, que se realiza, entre otras formas, a medio de la venta o cambio, en intermediación, lucrativa o no, que lleve las sustancias nocivas a la disposición de otras personas, para su consumo particular, como drogadictos, o con cualquier otra finalidad. (S. 4 abril 1975.)

El artículo 344 del Código penal, en la redacción que le dio el Texto refundido conforme a la Ley de 15 de noviembre de 1971, enumera una serie, no exhaustiva, de medios ejecutados ilícitamente, para promover, favorecer o facilitar el uso de drogas tóxicas o estupefaciente, de lo que se desprende: que la tenencia de los dichos productos, para que sea delictiva, ha de ser medio para conseguir alguno de los fines aludidos expresados en el precepto sancionador y, por tanto, la tenencia para uso propio está excluida de la normativa sancionadora, siempre que por la cuantía de lo poseído y dadas las circunstancias que rodeen el hecho, no pongan de manifiesto la intención del agente de dedicar los productos nocivos para la salud al tráfico comercial, con el consiguiente perjuicio

para la sociedad y las personas que llegaran a consumirlas. Y, como en el caso contemplado se afirma en la relación circunstanciada de los hechos declarados probados, que al procesado le fue ocupada una pastilla de "Haschish", dividida en varias porciones y mezclada entre tabaco, de 127 gramos, que había adquirido para su consumo, es vista la ausencia de eficacia penal de la conducta del procesado, y se acoge el recurso...

En consecuencia, el T. S. casa la sentencia del Tribunal y absuelve al procesado del delito que se le había imputado, si bien "constando en la Sentencia que el procesado estuvo al parecer recluso en Casa de Templanza, por su peligrosidad social como consumidor de drogas estupefacientes, debe deducirse testimonio de los particulares necesarios para remitirlo a la jurisdicción especial para que surta los oportunos efectos, dada la continuación de su peligroso y destructivo vicio, bien para unirlo al expediente que se le siga o bien para abrirlo de nuevo o incoar otro distinto, ya que se trata de nuevos hechos que acreditan su recaída en el vicio del que se creía curado". (S. 20 enero 1975.)

La tenencia de drogas para consumir el agente es impune por falta de tipicidad, porque la tenencia para traficar con un tercero es el delito del artículo 344; y cuando el hecho probado demuestra que la tenencia de 330 gramos de marihuana por los procesados —"aficionados a su consumo"— era para su propio consumo, como ocurre en el caso de autos, la absolución se impone, sin perjuicio de que el hecho pueda ser incluido en la Ley de Peligrosidad Social de 4 de agosto de 1970 (artículo 2.º, número 7.º), según doctrina expuesta en SS. 14 febrero, 21 marzo, 8 y 10 mayo, 4, 5 y 20 junio, 24 y 30 septiembre 1974). (S. 11 febrero 1975.)

Aun no estimándose que hubiere tal venta (que sí la hubo, pues se concertó el precio de mil pesetas, aunque de momento no se hiciera efectivo), habría, al menos, donación del producto tóxico, también expresamente incluida en el precepto penal aplicado, como hubo otros actos de favorecimiento del uso de la droga, al facilitarse el local o piso de autos de que disponía el recurrente para que en él pudieran instalarse los adquirentes y consumir la sustancia nociva, como en efecto ocurrió. Conducta que en su conjunto está evidentemente incurso en el precepto penal aplicado, si bien, dada la escasa cuantía acreditada de la droga entregada (catorce gramos) y circunstancias personales concurrentes, el Tribunal a quo hiciera aplicación del párrafo tercero del mismo precepto. (S. 10 febrero 1975.)

§ 12. Artículo 399, Malversación impropia.

El delito de malversación de caudales impropia, que tipifica el artículo 399, en su relación con el 394 del Código penal, con claro criterio extensivo, indudablemente se apoya en una doble ficción, decretada "ex lege", pues a los depositarios, o suministradores de caudales embargados, secuestrados o meramente depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, los hace funcionarios públicos, al menos.

de manera transitoria y episódica por su actividad de tales y, además, estima caudales de tal condición, a las cosas o valores que no lo son por sí mismos, por no pertenecer al erario público y en atención a la intervención sobre ellos de dicha autoridad, y misión encomendada, estimando delictiva su conducta si se dan los requisitos de alguno de los delitos de los artículos 394 a 398, en el primero de los cuales se reprocha la sustracción para sí, o el consentimiento para que otro lo efectúe, de los caudales o efectos públicos que aquellas personas tengan a su cargo o disposición.

A este respecto, la doctrina de la Sala 2.^a, expuesta, entre otras, en SS 27 febrero y 2 marzo 1973, ha venido calificando como delitos de malversación impropia, de los citados artículos 399 en relación con el 394 del Código penal, el depósito de cereales y leguminosas que el Servicio Nacional de Cereales, como organismo oficial, adquiere en compra, según las facultades que le están asignadas en los artículos 1.º, apartados b) y c), 4.º y 5.º de la Orden del Ministerio de Agricultura de 19 de noviembre de 1953 y que deja depositados en poder del mismo vendedor, con carácter regular y necesario, para conservarlos a su disposición y restituirlos cuando se le pidieran —artículos 1.766 y 1.767 del Código civil—, en el supuesto que tal depositario, designado por autoridad pública, y que adquiere el carácter, a esos efectos, de funcionario público, así como los cereales, el de caudales, realice la conducta de sustraer por sí, o permitir que otro sustraiga de los mismos, de manera antijurídica, resolviendo el depósito por acto de autoridad propia prohibida en desdoro y perjuicio económico de la finalidad pública que está vinculado a cumplir. (S. 2 abril 1975.)

Responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

“El principio añejo *“societas delinquere non potest”*, que repudia la responsabilidad criminal de las personas jurídicas o morales, por faltarles capacidad de culpabilidad e imputabilidad, que no se cree posible, al no poseer unidad de conciencia y de voluntad, ha decretado la consecuencia teórica y práctica, ante la realidad de delitos por ellas cometidos y la necesidad de represión, de personalizar la conducta ilegal criminalmente en los miembros componentes de los órganos de manifestación, o personas físicas, que integrando la *“universitas”*, posean expresas y directas facultades de dirección, gestión, representación o administración, o que meramente impulsen el comportamiento de la persona colectiva en dirección punible, y bien actúen en provecho de ella o en el suyo propio; a cuyo fin de ha valorarse judicialmente, tanto la situación de derecho de tales personas dentro del ente pluripersonal, como la de hecho constituida en la realidad práctica, pues unas veces obedece la representatividad a normales legales o pactadas y otras se actúa de manera irregular y, en ambos supuestos, la responsabilidad penal recaerá sobre el órgano de gestión operante; doctrina últimamente expuesta por la Sala

2.^a, en sus recientes Sentencias 4 octubre y 2 diciembre 1972 y 31 enero 1973. (S. 2 abril 1975.)

§ 13. Artículo 405, Parricidio

Condena el T. S., por el delito de parricidio, a la pena de 18 años y seis meses de reclusión menor, con las consiguientes accesorias, apreciando la atenuante 4.^a del artículo 9, de preterintencionalidad, considerando que:

Según la más reciente doctrina de esta Sala, para que se dé la preterintencionalidad, ya sea homogénea o de menor grado (amparada por la circunstancia atenuante 4.^a del artículo 9.^o del Código penal), ya sea heterogénea o de grado mayor (cubierta por el párrafo 3.^o del artículo 1.^o en relación con el 50 del Código penal), es menester, en todo caso, un hecho —inicial o base, de carácter doloso, en conexión causal con un hecho— resultado o consecuencia atribuible a mera culpa o al fortuito, de suerte que exista una especie de progresión delictiva entre el delito propuesto y el cometido, desbordando este último a modo de plus effectum el mal realmente querido por el culpable. Por lo que, si se obtiene la convicción de que el dolo estuvo ausente en todo el decurso de la acción, no habrá preterintencionalidad de ninguna clase, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológico y normativo— en que encarna la culpa y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que, si bien es exigida en la noción legal del casus por el número 8.^o del artículo 8 del Código penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del *versari in re illicita*, cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal [SS. 15 noviembre 1969, 15 octubre 1971, 22 febrero y 6 noviembre 1972, 30 marzo 1973, 26 abril y 29 mayo 1974].

Esta doctrina puede encontrar perfecta aplicación al delito de parricidio, ya en su forma preterintencional o ya en la culposa, sin que ignore esta Sala la oposición a esta tesis de un sector doctrinal que exige en dicho delito un *dolo doble o duplicado*, a saber, el ánimo de matar y el de matar a determinadas personas, precisamente alguna de las mencionadas en el artículo 405 del Código penal, lo que vendría a constituir una suerte de *dolo con destinatario concreto incompatible con la preterintención o con la mera culpa*. Tesis esta que es impugnada por otra parte de la doctrina científica, en la que es opinión dominante la de que basta el *dolo eventual* en el parricidio y aun la posibilidad de su *comisión culposa*, de acuerdo con la antigua dirección de la jurisprudencia de la Sala 2.^a continuada hasta el presente [SS. 19 diciembre 1871, 5 mayo 1880, 13 junio 1887, 25 diciembre 1947, 18 octubre 1962, 28 septiembre 1964 y 15 noviembre 1969]. Pues, en efecto, la *relación parental no funciona en el tipo del parricidio como uno de los llamados elementos subjetivos del injusto que imposibilitan la comisión culposa del delito, sino como una característica del sujeto pasivo, que, desde luego, debe ser captada por*

el sujeto activo, pero que no impide la comisión culposa, una vez que el agente conoció o debió conocer su ligamen familiar con el paciente, del mismo modo que pudo y debió conocer el resultado mortal que sobrevendría causalmente de su acción homicida, quedando únicamente por dilucidar si, por ser el parricidio un *delictum sui generis* respecto del homicidio, con el que está en relación de subsidiariedad tácita, al no venir en aplicación el parricidio doloso previsto en el artículo 405, recobrará su imperio el artículo 407 en relación con el 565 del Código penal (homicidio culposo); cuestión esta última de pura técnica jurídico-penal que no entraña consecuencias prácticas desde el momento que con una u otra nomenclatura —parricidio u homicidio culposos— la pena a imponer siempre sería la señalada para la imprudencia, notoriamente inferior a la conminada tanto en el artículo 405, como en el artículo 407 del Código penal. (S. 7 abril 1975.)

§ 14. Artículo 429, Violación.

El bien jurídico protegido en esta figura delictiva es “no sólo el honor, sino también la libertad de la mujer, al tener que soportar el acceso carnal del varón, sin quererlo y en contra de su voluntad”. (S. 12 abril 1975.)

Aprecia el T. S. delito de violación por existir “intimidación y oposición firme de la mujer a realizar el coito...”, a pesar de que “con su actuación voluntaria, la joven, al entrar en la habitación que servía de hospedaje al recurrente, permitir que la cerrase y su posterior desnudez, como la del varón, y la realización mutuamente consentida de tocamientos lascivos y besos..., contribuyó a crear el clima favorable a la comisión del delito, al excitar al varón...”, el cual “se encontraba en una situación de sobrecarga pasional, análoga o similar a la de arrebato u obcecación que en otra S. de 3 febrero 1964 sirvió de fundamento a esta Sala para estimar la circunstancia atenuante 8.^a del artículo 9, que aquí no ha sido alegada, ni estudiada...”. Por todo lo cual, “razones de equidad aconsejan hacer uso de la facultad que otorga el artículo 2 del Código penal y proponer al Gobierno la rebaja de la pena (12 años y un día de reclusión menor) en dos grados. (S. 12 abril 1975.)

§ 15. Artículo 430, Abusos deshonestos.

El delito de abusos deshonestos consiste en “la exteriorización impúdica de un íntimo propósito lujurioso o libidinoso..., que supone un atentado contra el pudor del sujeto pasivo, materialmente realizado sobre la honestidad de su cuerpo...”. (S. 22 abril 1975.)

Es un delito de tendencia, consumado con la exteriorización del acto impúdico y el propósito libidinoso.

El bien jurídico protegido es la honestidad de una persona concreta y determinada.

La acción del sujeto del delito es de dinámica externa sobre el cuerpo

de dicha persona concreta o de obligarla a actuar sobre el cuerpo del agente.

El ánimo ha de ser deshonesto, libidinoso o impúdico, matizado por cualquiera de las circunstancias del artículo 429, y estando excluido el fin de yacer con la víctima. (S. 17 febrero 1975.)

Para su consumación requiere “la realización sobre otra persona de actos obscenos que, por sí mismos, tengan un contenido o significación sexual clara e inequívoca, por la que resulten contrarios a los sentimientos de pudor y decencia observados por la colectividad...”. (S. 28 diciembre 1974.)

Admite la tentativa como forma de ejecución imperfecta la S. 24 febrero 1975. Por el contrario, la niega, al considerarlo delito formal, S. 6 febrero 1975, al declarar que “...en el momento en que se realizan dichos actos deshonestos queda consumado el delito, no habiendo hasta entonces más que actos preparatorios impunes, siendo irrelevante la lubricidad del autor quede o no satisfecha...”.

“...El acto de levantar las faldas a una niña es ya de por sí impúdico y deshonesto...”; y juntamente con el ánimo lúbrico integran indudablemente un ataque a la moral y al pudor, siendo constitutivos de una falta contra el orden público prevista en el número 3.º del artículo 567. (S. 28 diciembre 1974.)

El “beso erótico”.

El tema de si el beso erótico constituye por sí mismo el delito de abusos deshonestos o integra más bien una simple contravención sin mayor trascendencia, es un tema eminentemente circunstancial si lo hay, puesto que, como viene afirmando la Sala 2.ª en sus últimas resoluciones, la distinción debe ser ensayada no sólo con arreglo a criterios cuantitativos de gravedad—como lo confirma el artículo 567, 3.º del Código penal, definidor de la falta, cuando habla de actos que ofendieren levemente a la moral—, sino también conforme a a criterio cualitativos; de modo que, así como en el delito se quebranta de forma preponderante la libertad sexual individual, en la falta, la mayor nimiedad de tales embates a la pudicia ajena—el simple beso como más representativo— viene compensada por su mayor trascendencia a las buenas costumbres o a la decencia pública citadas expresamente en el precepto, en línea equivalente a la moral, dando así a entender la mens legis que castiga la liviana infracción en tanto en cuanto trasciende a la moralidad sexual colectiva, a los hábitos morales públicos—lo que explica el encuadramiento de la falta entre las que atacan el orden público— con todo el relativismo que comportan tales conceptos standard en orden a su vigencia cultural en la sociedad y con arreglo a lugares y tiempos [SS. 2 febrero, 22 septiembre, 28 octubre y 2 diciembre 1970, 8 marzo, 8 mayo y 18 octubre 1971, 15 febrero 1972, 19 enero 1973, 18 junio 1974, entre otras]. De todo lo cual cabe concluir que el beso dado con carga o intención lasciva, unido a otros actos de libidine que claramente atentan contra la libertad sexual del

individuo, ya en forma real, ya en forma presunta (dada la edad de aquél) rebasan la esfera meramente contravencional, para integrar directamente un formal ataque al pudor ajeno previsto en el artículo 430 del Código penal en tanto en cuanto este precepto se conecta a las formas comisivas violentas descritas en el artículo que le precede. (S. 12 abril 1975.)

Diferencia entre el delito de abusos deshonestos y la falta contra el orden público del número 3.º del artículo 567.

Según doctrina reiterada y constante del T. S., no puede predicarse “ni la paridad, ni siquiera una tangencia ideológica” entre el artículo 430 y la falta referida, como tampoco ésta es una manifestación venial intensa del delito de abusos deshonestos.

Las diferencias existentes entre ambos, no son sólo cuantitativas (como declara la S. 22 abril 1975), sino también, y sobre todo, cualitativas. (S. 18 octubre 1971.)

Así, en lo que respecta al **bien jurídico protegido** en ambas figuras:

— **En el delito**, es la honestidad, pudor y libertad sexual individual ajena. (SS. 12 diciembre 1964, 22 septiembre 1970, 22 diciembre 1970, 25 febrero 1971, 21 diciembre 1974 y 21 marzo 1975). Es decir, el núcleo privado de la intimidad sexual de personas particulares, más que hablar propiamente de libertad sexual, máxime si se trata de sujetos pasivos menores de 12 años, ya que ello parecería poco ajustado a la realidad... (S. 17 febrero 1975.)

— **En la falta**, la colectividad social, el orden público, al que se ofende levemente en los valores representados por la moral, las buenas costumbres y la decencia públicas, no particulares, ni privadas.

De otro lado, los sujetos pasivos son diversos:

— **En el delito**, personas particulares; de ahí la condición de procedibilidad establecida en el artículo 443, de la denuncia del agraviado o sus representantes legítimos.

— **En la falta**, son los entes públicos como sinónimo de la colectividad social. No se requiere para su perseguibilidad la denuncia previa del agraviado.

Respecto al **modus operandi**:

— **El delito** precisa un “acto deshonesto en sí” y la “abusividad del mismo contra o sin la voluntad de la víctima”.

— **La falta**, exhibición de estampas o grabados u otra clase de actos que no sean los de tocamientos impúdicos. Cfr. SS. 21 diciembre 1974, 21 marzo 1975 y 17 febrero 1975.

§ 16. Artículo 431, Escándalo público.

El delito de escándalo público, previsto y penado en el artículo 431 del Código penal, para su estimación y concurrencia exige la presencia de los siguientes requisitos:

1.º **Ofensa al pudor o a las buenas costumbres**, pudiendo consistir la dinámica de la ofensa en actos, palabras o escritos, libros, periódicos, di-

bujos, cuadros y toda clase de imágenes, cintas cinematográficas, discos y toda clase de objetos obscenos.

La palabra "pudor" alude a la moralidad de personas determinadas, y la frase "buenas costumbres" a la moralidad social colectiva pública; si bien hay sectores doctrinales que identifican ambos conceptos como comprensivos de los sentimientos de recato, morigeración y decencia del común de las gentes en la medida media en que son experimentados en una sociedad determinada y en un momento temporal también determinado, pues sostienen, con razón evidente, que el sujeto pasivo de este delito es siempre el mundo circundante, la colectividad o la comunidad social; añadiendo que la definición y concepción de lo que es ofensivo para el pudor o las buenas costumbres es mudable, versátil y pleno de relativismo, porque al compás de los tiempos, las épocas, de las filosofías imperantes y de las normas de cultura existentes, los mismos o parecidos la execración y repulsa social, repugnar y repeler, despertar la indignación o, por el contrario, aceptarse y admitirse sin pasmo ni repulsión, sin sobresaltos ni proscripción, como propios y característicos de su tiempo, como naturales y totalmente disculpables, dentro de una normalidad de hábitos sociales y de modos habituales de conducirse; por lo que en las legislaciones positivas se suele establecer una cierta imprecisión típica, confiando al arbitrio de los Tribunales y a su prudente criterio, la calificación tolerante o desfavorable de los mismos, y, en su caso, la necesidad o conveniencia de su punición, toda vez que lo que se persigue con este delito no es tanto la inmoralidad intrínseca como su proyección social;

2.º Que los actos integrantes de la ofensa sean constitutivos de grave escándalo o trascendencia, habiendo creado la conjunción "o" constantes y graves problemas de interpretación:

- Así, ciertas Sentencias [20 octubre 1908 y 2 junio 1917, entre otras] entendieron que se trataba de una conjunción disyuntiva y que, por lo tanto, "escándalo" y "trascendencia" son palabras heterónomas, queriendo significarse: con la primera, que los actos incriminados produjeron la grave repulsa social antes descrita; mientras que la segunda evoca la idea de relevancia o importancia, albergando dentro de sí a las ofensas de gran monta o de considerable significación peyorativa, siendo esencial la publicidad, divulgación o comunicación social de los actos integrantes del escándalo (sea coetánea a la comisión de los hechos, posterior y emanada de los mismos, derivada del conocimiento de ellas, o meramente policial o procesal, según diferentes criterios plasmados en unas u otras corrientes jurisprudenciales), mientras que tal publicidad aunque no sobre, no es esencial en los actos trascendentes, los cuales pueden realizarse en la intimidad o en el secreto y con la mayor discreción y total sigilo y, sin embargo, tener carácter punible, por revestir caracteres de singular relevancia e importancia en orden a la moral colectiva o por poner de manifiesto conductas o hábitos aberrantes o desviados suma-

- mente nocivos y gravísimamente lesivos, según la "communis opinio", en orden a lo que se reputa obsceno, torpe e inadmisibles en el terreno erótico o en el de una sana y normal sexualidad;
- Por el contrario, otras resoluciones de este Tribunal mantienen que la conjunción "o" es de naturaleza copulativa y que, por tanto, en la mente del legislador, "escándalo", y "trascendencia", tienen una significación sinónima u homónima, equivaliendo ambos a que los actos trascendieran, se divulgaran o difundieran, llegando al conocimiento de los demás, bien por haberse realizado en su presencia, bien por publicidad ulterior, mereciendo el reproche social y la repulsa colectiva, con execración y rechazo general;

3.º Voluntad criminal (S. 6 marzo 1975).

Dos son los bienes y sujetos jurídicamente protegidos:

El primero, la defensa de la paz moral de la comunidad, para que no sufra alterando el desarrollo de la normal convivencia, a medio de acciones lesivas al recato o morigeración de sus miembros, según los sentimientos de moralidad media culturalmente establecidos, que afecten a una pluralidad de personas, ofendiéndoles en sus sentimientos y valores éticos, con dicho escándalo público;

Y el segundo, el sentido moral que todo ser humano posee individualmente, y que tiene derecho a que se le respete, sin quebrantamientos por actos obscenos y ajenos, que lo desconozcan, siempre que la acción tenga por sí misma trascendencia suficiente, por herir los sentimientos individuales del pudor, en cuyo especial supuesto, puede ser el sujeto activo no ya la colectividad social, más o menos ampliamente representada, pero siempre pluripersonal, sino una persona única, que resulta ofendida ciertamente. (S. 30 enero 1975.)

El bien jurídico protegido es tanto la moral individual de una persona concreta, como la moral colectiva de la sociedad, cuando las mismas se hieren de "cualquier modo". (S. 8 marzo 1975.)

La ofensa a la moral personal queda puesta de relieve suficientemente en el Código con las frases "ofensa al pudor", "con hechos de grave trascendencia" y las del párrafo segundo "si el ofendido fuere menor de veintiún años"; lo que supone que el legislador admite un solo sujeto pasivo, cuya moral individual se ofende.

La ofensa a la moral colectiva viene descrita con la ofensa a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo, que puede producirse según doctrina de la Sala 2.ª: bien simultáneamente al hecho, o con su conocimiento posterior por aquellos terceros cuyos sentimientos de honestidad queden lesionados por la noticia y verdadera del hecho escandaloso, cuya naturaleza repugnante en el orden de la honestidad ha de ser la esencia del acontecer delictivo. (S. 8 marzo 1975.)

El escándalo público, tipificado como delito en el artículo 431 del Código penal, exige la ofensa, de cualquier modo, al pudor o a las buenas costumbres, con hechos de grave escándalo o trascendencia.

Si bien se venía entendiendo, antes de que el legislador creara, con

la reforma de 1963, el tipo agravado del último párrafo de dicho precepto, que el único jurídico protegido, se refería al sujeto pasivo constituido por la comunidad en general, o grupo social, cuya moral se tutelaba, contra las actuaciones que lesionaran al recato sentimientos, y ética media, culturalmente establecida, sin embargo, ante la nueva típica protección, en singular, como "ofendido", de las personas menores de veintiún años, de edad, que tal subtipo agravado estableció, y de la disyuntiva normativa, entre escándalo público y trascendencia, se estimo, por la doctrina de esta Sala, que podían también lesionarse, individualmente, la moral de todo ser humano, con edad inferior a la dicha, siempre que la acción poseyera, por sí misma, trascendencia suficiente para herir sus sentimientos personales de pudor, en cuyo singular supuesto, puede constituirse en sujeto pasivo, no ya como en el tipo base, la colectividad social, más o menos ampliamente representada, aunque siempre pluripersonalmente herida, sino también una sola y ofendida persona o varias sin dimensiones de generalidad apreciables. (S. 7 febrero 1975.)

El delito del artículo 431 puede darse por una doble modalidad: Cuando los hechos "per se" fueran constitutivos de grave escándalo; o cuando tuvieren trascendencia; dándose además en el caso que se incrimina el doble condicionamiento, pues los tocamientos de los órganos genitales de un niño de más de doce años, pero menor de catorce años, es de por sí gravemente escandaloso y extraordinariamente dañoso para la formación moral y sexual del menor a quien se iniciaba por caminos de homosexualismo en el difícil estadio formativo de su personalidad. Además, era trascendente porque se realizaba delante de otros menores a quien además se pensaba hacer seguidamente destinatarios de tan aberrantes actividades. Las mismas consideraciones son por entero aplicables a los hechos constituyentes del segundo hecho que se enjuicia. (S. 17 febrero 1975.)

El delito de escándalo público, de mera actuación y comportamiento, no de resultado, viene objetivamente cualificado por la conducta del culpable, constitutiva de actos inmorales o deshonestos, consumándose conforme a su definición legal contenida en el artículo 431 del Código penal por la ofensa "al pudor o a las buenas costumbres", lo que equivale a ofender a la moral sexual pública, según valoración socio-cultural contingente, ya que el pudor al que se contrae el texto punitivo es el general o colectivo, y las buenas costumbres las representadas por principios morales de honestidad y recato, arraigados, sentidos, confesados y respetados por la comunidad nacional, materializándose la ofensa "por hechos de grave escándalo o trascendencia"; vocablos utilizados por el legislador disyuntivamente por su diferente significado finalista, al contraerse:

El escándalo, a los efectos repulsivos que origina en las personas que no siendo las directamente afectadas por el delito, tienen conocimiento del mismo al tiempo de su ejecución o de su posterior descubrimiento; mientras la trascendencia afecta al daño moral que el acto o hecho reprehensible ocasiona en el sujeto pasivo ofendido, máxime si se

trata de menores de edad, en cuyo supuesto el trauma psíquico es más hondo y lamentable. (S. 14 marzo 1975.)

No puede aceptarse que sólo existe escándalo público “cuando haya existido publicidad y ofensa a la moralidad y honestidad colectiva, constituida por muchas personas, pues alcanza a su vez los actos de trascendencia grave en lo personal, que lesionen sólo el pudor de una o más personas determinadas, de manera intensa...”, como se deriva del párrafo 2.º del artículo 431”. (S. 21 enero 1975.)

No es necesario que tan torpes u obscenos actos sean representados en un a modo de escenario frente a multitudes o a vecindario, sino que la “o” que separa las palabras “escándalo” y “trascendencia” tiene un valor disyuntivo y no copulativo, que permite incluir en la definición legal no sólo los actos rodeados de publicidad o que han sido conocidos y trascendieron a terceros o a la sociedad en general, sino también a aquellos otros que, aun realizados discretamente o sin otros espectadores que los protagonistas o el sujeto pasivo, revisten importancia, relevancia y trascendencia porque, reñidos y en pugna con las ideas morales dominantes, lesionan gravemente el concepto de la decencia, recato y morigeración del común de las gentes. (S. 21 marzo 1975.)

La razón de la mayor penalidad en el artículo 431, párrafo 2.º, del Código, cuando de menores se trata, no es otra que la conmoción moral, el impacto psíquico que el hecho escandaloso produce a los afectados en pleno período de formación de su personalidad, que puede ser influido, nocivamente, en lo más íntimo y digno de la persona que es su esfera moral. (SS. 27 junio 1972, 11 mayo y 7 noviembre 1973, 3 octubre y 10 octubre 1974, 8 mayo 1975.)

Exhibicionismo sexual.

El exhibicionismo de las partes más íntimas del cuerpo humano, por un varón, a personas del sexo contrario, acompañado de masturbación u onanismo, realizado en lugar público, imponiéndoles la visión indecorosa, no deseada, ni permitida, con ofensa de su natural y personal pudor, representa una indudable infracción criminal grave, tipificada dentro del artículo 431 del Código penal, como escándalo público, porque atendiendo a las actuales normas socio-culturales de la convivencia humana y a su sistema ético, que impone guardar el recato debido y prohíbe tales ostentosas y desviadas manifestaciones sexuales, se lesiona los valores normativamente protegidos del pudor ajeno y de las buenas costumbres.

- tanto porque tales actos se proyecten o trasciendan al exterior de la comunidad en mayor o menor medida, por su publicidad, produciendo la ofensa de sus sentimientos de morigeración y decencia;
- como si actúan con grave trascendencia sobre una o varias, pero escasas personas, sin genérica expansión, si se trata de acto de importancia, que afecta a sus valores personalmente de manera

cierta. Así como el grave escándalo público exige número relevante de personas ofendidas en sus sentimientos, la trascendencia se remite a los efectos personales logrados con la conducta deshonesta sobre una o varias personas. (S. 21 enero 1975.)

La plaga de exhibicionismo sexual que viene padeciendo la sociedad de nuestros días, proyectado con harta frecuencia sobre menores de edad, impone al órgano jurisdiccional representante en este punto del ente social y de sus módulos valorativos atinentes a la moral sexual colectiva, la necesidad de que tales actos—cualquiera que sean las medidas terapéuticas que la clínica aconseje para corregir, en casos, tal desviacionismo lindante con lo patológico—, su corrección mediante la imposición de la pena, con todo su saludable y ancestral prestigio, singularmente cuando se trata de proteger a los miembros de la colectividad más inermes ante tales ataques al pudor individual y público, cual acontece con los menores de edad, necesitados cual ningún otro de que su recta formación moral y sexual no sufra menoscabo y deje, acaso, huella indeleble en los mismos. Estas razones, sin duda, han motivado la inclusión en el artículo 431 del Código penal, definidor del delito de escándalo público, a los menores de veintiún años, de uno y otro sexo, como sujeto pasivo especialmente amparado con un plus de penalidad. Todo lo cual ya postula por la estimación de dicho delito cuando además de la ofensa a la moral y buenas costumbres que como *standars* jurídicos se mencionan en el precepto, la conducta gravemente escandalosa—y no hay duda de que la hay en el hecho de exhibición sexual públicamente realizada— se proyecta sobre dichos menores de edad en atención a las razones indicadas.

«Los actos de impúdico exhibicionismo son constitutivos “per se” de gravedad por su trascendencia directa e inmediata sobre personas que tuvieron conocimiento de tan reprochables manifestaciones impúdicas, concurriendo los requisitos que correctamente tipifican la conducta del procesado como incurso en el ámbito del artículo 431». (S. 14 marzo 1975.)

Pornografía.

La literatura pornográfica, entendiéndola por tal la impudorosa, obscena y torpe tarea gráfica que trata de despertar artificialmente y de modo enfermizo, un erotismo exacerbado, estéril, malsano y nocivo, con la descripción, narración o exhibición descarnada, salaz y soez, aunque disfrazada de atractiva incitación, de escenas, muchas veces viciosas y aberrantes de particularidades anatómicas humanas de carácter íntimo y de relaciones sexuales entre personas de diverso o del mismo sexo, así como las estampas, dibujos, objetos, aparatos, revistas, películas o discos de igual significación, constituyen una nefanda, abismal y productiva actividad, destinada primordialmente a la inexperta juventud, a la que pervierten, corrompen y envilecen y en la que despiertan precoces y prematuras apetencias sexuales, halagando y provocando pasiones eróticas desbordadas y torpez e insaciabiles apetitos cuando no desviaciones imaginativas originadoras de impotencias psíquicas o de viciosas.

aberraciones, siendo de consecuencias nefastas y funestas para la misma a la que dañan no solamente, desde el punto de vista moral, sino físicamente merced a lo que este Tribunal ha llamado "codicia de los mercaderes de tal vil tráfico"; por tanto, si bien la tenencia de tales publicaciones, cuando persigue una finalidad coleccionista o de mero, aunque perjudicial y malsano, recreo o deleite contemplativo propio, se ha reputado, desde el punto de vista penal, conducta impune y atípica, este Tribunal ha estimado constitutivo del delito de escándalo público tanto la fabricación, confección y redacción de tales literaturas, revistas, estampas, objetos, fotografías o películas pornográficas, como su exhibición, comunicación y venta, y también la simple tenencia, conservación, depósito o almacenamiento con finalidad de ulterior exhibición, propagación, comunicación o venta; siendo de destacar a este último respecto no sólo el apartado quinto del artículo 2 de la Ley de 28 de noviembre de 1974, que modificó ciertos artículos de la también Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1971, pues al fin y al cabo sólo declara la peligrosidad de ciertos estados y no define delitos, sino las Sentencias de 3 octubre 1907, 19 mayo 1909, 24 septiembre 1914, 18 mayo 1928, 13 febrero 1953, 15 abril 1914 y 15 marzo 1969, entre otras muchas, las cuales, en diversas hipótesis fácticas deferidas por la praxis cotidiana, reputan unánimemente delito de escándalo público la simple tenencia de publicaciones, objetos o material pornográfico, cuando estaban destinados a su posterior venta, exhibición o comunicación "hasta causar el estrago consiguiente a la difusión de su impudicia". (S. 6 marzo 1975.)

Condena el T. S., en consecuencia, por cuanto el procesado, con fines de lucro, adquirió, en Italia, revistas, fotografías y películas pornográficas que introdujo en España, encontrándose en su poder material de la clase indicada, significando inequívocamente la frase subrayada que no tenía tales objetos en su poder para su reservada lectura solitaria y autárquica y contemplación propia, podría decirse con propiedad "a puerta cerrada", sino para posterior y lucrativa venta, conducta que, como se ha dicho, queda plenamente inmersa en el artículo 431, sin que importe si hubo o no publicidad de los actos integrantes, pues dichos actos son trascendentes y relevantes en sí, gravemente nocivos y peligrosos para la sociedad y atentatorios y ofensivos para la moralidad colectiva, mereciendo la indignada repulsa a que se hacen acreedores quienes se dedican a tan nefando tráfico. (S. 6 marzo 1975.)

El hecho probado de mostrar una fotografía, tal como se expresa a una niña de ocho años, es hecho especialmente escandaloso, y de gran trascendencia, al afectar a la forma psíquica y moral de la menor que contempla aberrante representación, como la del coito bucal, lo que, según doctrina de esta Sala, es de trascendencia grave, por herir los sentimientos de pudor de una persona de ocho, sensible a estos efectos, con el consiguiente impacto en el cuerpo social; alegación que es de recoger en todo su contenido, ya que los hechos sientan los requisitos que integran el delito citado: por su trascendencia como el recurso señala, afectando al sentimiento de moralidad de la sociedad; reuniendo

también los **elementos subjetivos** (ánimo lúbrico) y **objetivos** (delito formal y no de resultado) que configuran la infracción penal; pues, como se dice, ofendió gravemente y con trascendencia a la moral, por lo que no puede ser calificado de simple falta, como lo hace la Sentencia recurrida y por ello procede dar lugar al recurso, aplicando las sanciones del artículo 431, párrafo 2.º, del Código Penal, al ser la perjudicada menor de veintinueve años de edad (S. 27 febrero 1975).

La venta clandestina de las revistas que se citan, cualquiera que fuese su número, conteniendo fotografías notablemente eróticas, en las que se reproducen escenas sexuales realizadas en su mayoría contra natura, de onanismo, sadismo y lesbianismo, por sujetos de diferente y aun de idéntico sexo, y por tanto idóneas para ofender gravemente el pudor de las personas normales en las que tienen que suscitar en las mismas profundos sentimientos de escándalo y repugnancia y también para excitar indebidamente la lubricidad de las personas anormales, favoreciendo y estimulando su sexualidad desviada, transgrediendo en ambos supuestos la ordenación sexual constituida por normas de carácter no sólo legal, sino moral, cultural, religioso y consuetudinario que integran el concepto de pudor público y buenas costumbres, que es el bien jurídicamente protegido, al traficar clandestinamente con las mismas con conocimiento y conciencia de su obscenidad e impudicia, constituye indudablemente un delito de escándalo público tipificado en el artículo 431 del Código Penal, porque si bien la simple tenencia del material pornográfico no es punible mientras se mantenga dentro del ámbito de la intimidad privada, como sucede en este caso con las dos personas que últimamente las adquirieron del recurrente, su distribución o exhibición resulta delictiva no sólo porque con ello se consuma la concreta ofensa al pudor de la persona que la reciba o por lo menos se crea la posibilidad abstracta de que tal ofensa se produzca, que es lo que en realidad quiere prevenirse, sino también porque al salir de la esfera de custodia del vendedor o distribuidor se produce el peligro consistente en la posibilidad del conocimiento público del escrito o imagen obscena, bien por una ulterior difusión, que puede consistir en préstamos sucesivos a varias personas o en la exhibición en reuniones privadas, con lo que queda de un modo indeterminado a disposición de la sociedad, sin que sea legalmente estimable el argumento de que las personas que adquirieron del recurrente, tales revistas eran personas mayores de edad, con formación e instrucción, a quienes la exhibición de las mentadas revistas no podía causar grave perturbación ni ser causa de escándalo o de ofensa a su sentido del pudor, porque la apreciación no puede ser hecha desde un punto de vista personal más o menos amplio, sino que basta la abstracta posibilidad de que pueda resultar ofendido el sentimiento colectivo de pudor público (S. 20 marzo 1975).

Homosexualismo.

Condena el T. S. por escándalo público los actos de homosexualismo consentidos, intra-muros y entre menores de edad, y declara que, según ha declarado la Sala 2.ª [SS. 2 de febrero de 1971, 12 de febrero de

1972], los actos de homosexualismo no constituyen por sí mismos materia delictiva, sin perjuicio del estado peligroso que denoten, apto para atraer medidas de seguridad establecidas al efecto por la legislación patria, de modo que la tipificación de tales actos de pederastia en el artículo 431 del Código Penal exigen el grave escándalo o trascendencia a que disyuntivamente se refiere el precepto y que, a no dudarlo, incluye —desde el plano semántico valorativo con que el legislador emplea tales expresiones— ya al escándalo propiamente dicho o activo, que mira al daño y ruina moral del prójimo inherentes al hecho ofensivo, como al pasivo, que, en estado más avanzado, alcanza la efectiva decepción del daño moral ajeno por la difusión del hecho escandaloso o mortificante para las buenas costumbres, según criterios culturales de lugar y tiempo; por lo que el vicio nefando no traspasará la esfera ética si se realiza estrictamente en privado y sin posibilidad de herir los sentimientos de rectitud y ortodoxia sexual de la colectividad representada por mayor o menor número de personas; pero, por el contrario, alcanzará a entrar en la esfera delictiva si de algún modo trasciende o difunde a círculos concomitantes de personas, ofendiendo aquel sentido del pudor colectivo.

Por consiguiente, los hechos que se relatan en la sentencia recurrida no pueden por menos de constituir el delito de escándalo público previsto en el artículo 431 del Código Penal, una vez que se afirma como probado que el recurrente y sus otros dos co-reos se entregaron a las prácticas homosexuales que se detallan en el factum, hechos que se difundieron al círculo de sus conocidos, especialmente a raíz de surgir entre ellos desavenencias que dieron lugar a la intervención de la Guardia Civil y a su detención; pues es visto que el hecho enjuiciado es en sí mismo activa y operativamente escandaloso, todo lo que pueden ser las prácticas de inversión sexual en una sociedad sana que mayoritariamente las repudia, como, asimismo, concurre el aspecto pasivo o recepticio del escándalo con la trascendencia o difusión de tales hechos o personas ajenas a los mismos que, al sentirse heridas en su pudicia y repudiarlos, provocaron la detención de los autores de los mismos (S. 8 marzo 1975).

La Sala 2.^a del T. S. casa la sentencia de la Audiencia —condenatoria por delito— y condena por falta contra el orden público (art. 567, 3.^o) un supuesto de tocamientos homosexuales entre un hombre de cuarenta y cinco y un muchacho de quince años, al que aquél “tocaba y abrazaba”, siendo sorprendidos por la Guardia Civil, habida cuenta de que no existió publicidad coetánea, aunque los hechos supongan ofensa a las buenas costumbres; en cuanto a la trascendencia, es necesario una cierta publicidad..., que no hubo en este caso..., y, por último, no se concreta el lugar de los tocamientos para poder deducir la gravedad de los deseos lúbricos de que habla el hecho probado... (S. 11 marzo 1975).

En un supuesto en que el inculpado “se hizo masturbar” en cuatro ocasiones dentro de un mes, por tres menores (de doce, trece y catorce años cumplidos), aprecia delito de abusos deshonestos y un solo delito de escándalo público, pues esta Sala no puede abordar el problema de la compatibilidad del delito-tipo o del subtipo, contenidos respectivamente en los párrafos 1.^o y 2.^o de dicha norma, y que parece admitir la Sen-

tencia de 20 de octubre de 1970, porque no se recurre para que se acepte el delito de escándalo público del párrafo primero, y no puede formular cuestiones nuevas en perjuicio del reo, de acuerdo a la posición tradicional y humanitaria de la Sala, y, por tanto, si los ofendidos fueron los muchachos indicados, y la actuación impúdica de masturbación la misma, realizada en fechas muy contiguas, la trascendencia que tal actuación les produjo, si bien pudo y debió haber sido calificada, como constitutiva del delito más grave de corrupción de menores antes indicado, con superior penalidad, ello no autoriza a entender presente un concurso de cuatro delitos de escándalo público, pues la trascendencia fue unitariamente realizada en lo subjetivo, y no puede descomponerse y fraccionarse el resultado, dada la naturaleza de permanencia de la acción misma, hasta el momento final de la antijuricidad, con la denuncia referida; por lo que en tal sentido ha de estimarse la sentencia ajustada a derecho, al sancionar un único delito de escándalo público, porque la trascendencia del escándalo se produjo en una sola dimensión subjetiva única al margen de su distinta y diversa dimensión objetiva (S. 7 febrero 1975).

Los factores decisivos a tener en cuenta a este respecto son:

- Identidad de sujetos activos y pasivos.
- Idéntico bien jurídico lesionado.
- Idéntico "modus operandi".
- Reiteración de idéntica trascendencia inmoral.
- Permanencia de la situación antijurídica creada (S. 7 febrero 1975).

Diferencias entre el delito de escándalo público (art. 431) y la falta contra el orden público (art. 567, 3.º).

Teniendo una misma naturaleza, se distinguen por la gravedad de la ofensa causada con el mal quehacer, apreciado a medio de un criterio relativo y cuantitativo, de valoración judicial; porque directamente el delito exige que la lesión a la moral o a las buenas costumbres sea "grave", mientras que el ataque a tales bienes jurídicos, o a la decencia pública, impuestos por la falta, ha de ser "leve"; a cuyo fin de actuarse axiológicamente, a medio de matizaciones socio-culturales, que tengan en estima la intensidad de la acción impúdica, su extensión, el impacto ocasionado y las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión, así como de las personalidades de los sujetos activos y pasivos, todo lo cual comporta el uso adecuado de módulos generales y personales, mudables, relativos y de caso concreto, para lograr atemperar siempre la norma jurídica grave o leve, a la norma de cultura que la integra o subyace en ella, a fin de preservar el decoro necesario para las buenas y adecuadas relaciones públicas (S. 21 enero 1975 y en idéntico sentido 30 enero 1975).

Acentúan la diferencia cualitativa existente entre el delito y la falta las SS. 21 diciembre 1901, 30 marzo 1909, 18 abril 1925, 27 febrero 1957, 13 febrero 1963, 17 mayo 1965, 12 marzo 1970, 20 diciembre 1972, 18 enero 1974 y 14 marzo 1975.

§ 17. Artículo 434, Estupro autoritario.

Aprecia la Sala 2.^a del T. S. estupro autoritario en un supuesto de hecho en que la estuprada era de condición honesta y diecisiete años de edad, condenando al sujeto activo, maestro de profesión, a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor y accesorias. Aplica la pena en grado máximo, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 484 y 452 por darse en el supuesto contemplado los requisitos de ser maestro el estuprador y abusar de su encargo educativo para delinquir, al estimarse como probada la relación educativa con la estuprada (S. 28 febrero 1975).

Honestidad.

En un supuesto en que el T. S. condena por estupro autoritario (maestro con alumna), declara que:

“... la doncellez se presume con presunción “*iuris tantum*” en una joven menor, de buenas costumbres y honesta, condiciones concurrentes todas ellas en la ofendida...”; pues la honestidad “no es inconciliable con que fuese seducida por el que debió ser su formador y se prevaleció de su función para corromperla llegando a inspirarle un apasionado amor disculpable en una adolescente deslumbrada por su seductor...”, “... Las buenas costumbres y la honestidad se pregonan como anteriores al estupro, no referibles a la situación anímica creada por la seducción en tal juvenil edad...” (La alumna había dirigido al maestro cartas en las que expresaba su deseo de tener un hijo con él) (S. 28 febrero 1975).

§ 18. Art. 436, párrafo 1.º, Estupro simple, común o de seducción.

Por vez primera, en lo que respecta a esta modalidad delictiva, la Sala 2.^a del T. S. declara que:

“... de “*lege ferenda*” y dada la preconizada igualdad absoluta de sexos, la creciente emancipación femenina y la progresiva educación sexual, la figura delictiva del estupro de seducción, plasmada en el párrafo primero del artículo 436 del Código penal, resulta anacrónica y un tanto superada y desfasada, así como necesitada de remodelación en virtud de la cual o desaparezca el tipo, o sea, al menos rebajada la edad de la estuprada a los dieciocho años, reformándose paralelamente la legislación civil, de modo que sean ampliados los casos permisivos de la investigación de la paternidad”, si bien, en tanto no se lleven a cabo esas reformas de “*lege data*”, esa figura subsiste sin modificación ni derogación, y en el supuesto planteado debe aplicarse (S. 25 abril 1975).

El bien jurídico protegido en este delito es “la honestidad y la disponibilidad libre por la mujer de su sexualidad” (S. 18 febrero 1975).

Elementos constitutivos del estupro simple son:

a) En primer término, que el sujeto pasivo sea una mujer de edad comprendida entre los dieciséis y los veintitrés años.

Como elemento normativo del tipo, la mujer debe ser de “condición

honestas”, “pues aún cuando no se precisa esta última exigencia normativamente, la virtuosidad y buena fama se requieren, en adecuada interpretación sistemática y finalista, referida a las demás formas de estupro, y ha de estimarse existente en tan incipiente mujer (diecisiete años), salvo declaración expresa en contrario, que la destruya...”.

b) En segundo, requiere un presupuesto fisiológico o real: que el sujeto activo sea un varón, que consiga de dicha mujer la entrega carnal o yacimiento sin el empleo de fuerza o violencia.

c) En tercero, como elemento psicológico o ideal, que “el agente utilice, como medio para conseguir dicho fin sexual, la seducción o el engaño, que sugestione idónea y eficazmente a la mujer, con solapada conducta y falaz promesa de cierta entidad, viciando su consentimiento y libertad moral y espiritual, por el error creado...”.

En síntesis, son elementos constitutivos del delito: la calidad fisiológica de hembra en el sujeto pasivo y de varón en el activo, la honestidad de la primera, el engaño del varón, el yacimiento, la relación causal, eficaz e idónea entre aquél [el engaño] y éste [el yacimiento], y el incumplimiento del matrimonio prometido (S. 18 febrero 1975).

Los elementos constitutivos del estupro simple son:

a) El sujeto pasivo: mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés años.

b) De condición honesta, es decir, “buenas costumbres, fama y reputación, conserve o no el signo físico de su integridad nativa”.

c) Yacimiento o acceso carnal con el seductor: *coniunctio membrorum*.

d) Engaño, del cual pueden darse muchas formas, entre ellas:

— En primer término, la ordinaria, constituida: por la promesa seria y creíble de contraer matrimonio, o por las relaciones de noviazgo formales, públicas y persistentes, conocidas y aprobadas por las familias respectivas.

e) El engaño debe ser el causante de la entrega de la mujer, de tal modo que tal entrega no sea absolutamente voluntaria y espontánea..., sino que “el consentimiento o la voluntad anente de la mujer se hallen influidos o viciados por el engaño..., porque no se apercibe de la perfidia del hombre y cree firmemente en el fiel cumplimiento de sus falaces promesas” (SS. 13 y 31 mayo 1974, 25 abril 1975).

Engaño.

El engaño o la seducción ha de ser la causa determinante del vencimiento de la voluntad de la mujer honesta y del yacimiento otorgado (S. 18 febrero 1975).

Entre las formas que reviste el engaño, el que “tradicionalmente se usa por el varón con más frecuente... es la promesa de matrimonio, más o menos reiterada, dentro de las relaciones serias de noviazgo —con consentimiento de los parientes y manifestación ostensible ante la sociedad—” (S. 18 febrero 1975).

Se da el engaño, cuando la promesa “aparece luego incumplida, sin razón o causa atendible y justificada por el promitente, lo que pone de

relieve a posteriori que se valió de ella para sus fines sexuales...” (S. 18 febrero 1975).

En un supuesto de hecho, en que la ofendida tenía dieciocho años de edad, entablando relaciones amorosas con el recurrente al mes de conocerse, y cohabitando después, bajo previa promesa de matrimonio, el T. S. aprecia estupro simple y declara que:

“... El elemento esencial que lo caracteriza y constituye el dolo específico es el engaño, por medio del cual se consigue que la mujer seducida por aquel engaño... acceda al acceso carnal...” (S. 21 marzo 1975)..

Entre las distintas modalidades del engaño, “la más corriente es la promesa matrimonial, que con su persistencia y apariencia de formalidad hace imaginar a la mujer que sólo hace un anticipo carnal al que va a ser su esposo...”.

Dicha promesa suelé ser expresa: “con palabras de presente, que la hacen verosímil y más aún cuando se conjuntan con el modo de proceder de la pareja, que se presenta públicamente como tales novios con propósitos matrimoniales, que conocen sus amistades y parientes...”; y también tácita: “... no excluye el ofrecimiento matrimonial tácito el poco tiempo de relaciones amorosas que llevaban los novios, pues lo sustancial para estimarlo es su conocimiento por los demás, su publicidad y la seriedad de las mismas que les dan visos de buenos propósitos finalistas” (S. 21 marzo 1975).

Existe el delito de estupro cuando “la duración de las relaciones, sin ser largas y prolongadas, dentro de las condiciones de libertad en que hoy se desarrollan los noviazgos, eran lo suficientemente continuadas y persistentes para producir la aproximación o acercamiento espiritual y corporal y la mutua confianza y estimación que facilitan la comisión del delito..., máxime si se alude después a “la prolongación de las relaciones después del coito y a la adquisición común de alianzas matrimoniales y mobiliario; lo cual, aún sucedido a posteriori, revela inequívocamente que la conducta del recurrente permitía fundadamente creer en la honradez y seriedad de sus ofrecimientos, así como en la posibilidad de cumplimiento y en la verosimilitud de los mismos...” (S. 25-abril 1975).

§ 19. Artículo 437, Estupro laboral.

Condena el T. S. a seis meses de arresto mayor y las accesorias correspondientes a un encargado o capataz de cuadrilla de vendimiadores de la que formaba parte la estuprada, una joven de veintidós años, de buena conducta, indiscutible honestidad y en apurada situación económica, con la que, bajo amenaza de expulsarla y prescindir de sus servicios, logró yacer. La joven se suicidó a los dos meses del hecho.

Considera la Sala 2.^a que “el artículo 437 es un subtipo penal dentro del estupro denominado por la doctrina autoritario o de prevalimiento”, y viene caracterizado por los siguientes elementos:

— En primer término, “la existencia entre sujeto activo y pasivo, mujer menor de veintitrés años y de acreditada honestidad, de una rela-

ción de dependencia jerárquica laboral y económica, de la que se prevale y abusa el autor para vencer la voluntad contraria de la víctima”, que accede a su proposición “... ante el temor de perder su empleo u ocupación...”.

— En segundo, “... esta posición se personaliza por el precepto en las figuras de jefe o patrono, que, según la jurisprudencia, son interpretadas extensivamente, en base a que “entre ambas fluye intensamente la intención de la ley de no atenerse estrictamente a la relación de patronazgo, sino de extenderla al amparo de la palabra jefe a todo aquel hombre que tenga a la víctima bajo su dependencia o disciplina y, por ello, se halle en situación de autoridad y superioridad sobre ella” (SS. 10 junio 1969, 22 enero, 2 febrero y 30 septiembre 1970, 18 abril 1975).

Por consiguiente, aunque, en el caso debatido, “el sujeto activo no era patrono, sí tenía la condición de capataz, que debe estimarse comprendida bajo la cualificación de jefe, en cuanto, como tal, venía encargado del gobierno, dirección, vigilancia y disciplina de un cierto número de obreros, como delegado o representante laboral del patrono, general y consuetudinariamente con poder para reclutar y despedir al personal temporero a sus órdenes...”.

Ello, no obstante, aclara el T. S., si se hubiese calificado el supuesto por la Audiencia como estupro de prevalimiento de la situación de angustiosa necesidad de la perjudicada (párrafo 2.º, del artículo 436), “no sería preciso acreditar la situación de subordinación laboral...” (S. 18 abril 1975).

§ 20. Artículo 440, Rapto violento o propio.

Condena el T. S. por el delito previsto en el artículo 440 del C. p., en base a considerar que:

En lo que respecta al bien jurídico protegido, “el delito de rapto violento del artículo 440 del Código penal, no definido legalmente, aunque sí descrito como el rapto de una mujer ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, lesiona indudablemente, en primer lugar, la libertad personal de deambulación o traslado libre, como derecho de la personalidad inmanente de la mujer, que es el bien jurídico conculcado primordialmente, frente al uso de la fuerza o intimidación que suplanta o anula la voluntad de tal sujeto pasivo; aunque también más lejanamente se tutele la honestidad de la hembra, contra la mera intención, o los hechos ulteriores, de signo sexual, que gobiernan finalísticamente la conducta “libidinis causa” del agente, llegando su compleja naturaleza también a amparar el ultraje inferido a la familia de la víctima, especialmente si es menor de edad y existe un derecho-deber de guarda o tutela que se quebranta” (S. 24 marzo 1975).

Elementos constitutivos del rapto propio o de fuerza:

a) La sustracción de una mujer del lugar donde se halle o a donde quiere ir, trasladándola a otro —admonitio de loco ad locum—, conculcando su libertad personal deambulatoria y hallándose sexualmente me- nos protegida, no teniendo importancia el tiempo que pueda durar la sus-

tracción, que puede ser incluso corto; y aunque no se hubieren apercibido de ello, en su caso, los familiares guardadores, de ser la mujer menor, en mera "abductio" o apartamiento del hogar.

b) Que tal sustracción se realice contra la voluntad de la ofendida, mediante violencia, coacción o imposición que supere la opuesta voluntad de la ofendida, hembra, en disenso real, y no meramente formal o aparente, que debe ponderarse circunstancial y casuísticamente.

c) Que el sujeto activo actúe teniendo miras deshonestas, al realizar tal sustracción, bien de yacimiento, o bien de efectuar actos lúbricos de cualquier condición, y consiga o no realizarlos; pues en el supuesto que se consiga violación, estupro o abusos deshonestos, según el último párrafo de dicha norma, se producirá un concurso ideal de delitos de medio a fin, penados conforme al artículo 71 del propio cuerpo legal, ya que el acceso carnal o las acciones libidinosas de otro carácter, no son precisas para la consumación, al bastar la mera intención finalista de las ideales "miras deshonestas". Por lo que se aprecian, además cuatro delitos de estupro del artículo 436, párrafo 3.º, del Código penal. (S. 24 marzo 1975.)

§ 21. Artículo 449, Adulterio.

El delito de adulterio, tipificado en el artículo 449 del Código penal, es delito de resultado y no de mera tendencia, porque exige como elemento constitutivo, el yacimiento de mujer casada con hombre que no sea su esposo, estando vigente el ligamen matrimonial; porque tal uso extramatrimonial destruye el deber de fidelidad conyugal, que al casarse se concertó, ofendiendo con tal acción la fe jurada, el derecho del marido a la exclusividad corporal de su consorte sexualmente, y acaso a la misma legitimidad de la familia. (S. 28 febrero 1975.)

"Hablar de vida marital lleva implícito el uso del matrimonio y por consiguiente la realización de actos sexuales propios de marido y mujer, es decir, el yacimiento carnal; dándose así los elementos propios de la figura de adulterio, según la doctrina de esta Sala, al concurrir todos los elementos de tal delito: relaciones ilícitas, conocimiento del varón de la condición de casada de la mujer, y el yacimiento carnal de éste con aquél". (S. 4 abril 1975.)

Los Tribunales penales pueden llegar a determinar la presencia de ese indispensable trato o unión carnal sexual entre la mujer casada y el varón que no es su esposo, determinando su existencia de una manera directa, porque tal sea su convicción psicológica fáctica, sin necesidad de determinar por qué medios justificativos han llegado a tal creencia, al estarle atribuida la soberana interpretación de las pruebas en conciencia; o también pueden adoptar, si son más escrupulosos, el sistema descriptivo de situaciones externas, o de medios indirectos conocidos, que, al margen de la sorpresa "in actu", revelan un trato continuado, intimidad, entrevistas en lugares solitarios, o medios análogos, de cuyo conjunto de externas actividades conocidas deduzcan, sin ninguna incertidumbre, de manera racional y exacta, en adecuada lógica, y experiencia práctica no-

ral, lo que se guarda en la intimidad, y no es susceptible de una demostración directa, por tratarse de actos íntimos celosamente ocultados, es decir, el contacto carnal íntimo, la cohabitación, la vida marital o la unión ilícita carnal, sin que puedan confundirse en esta última las conjeturas o suposiciones meramente hipotéticas, con aquellas deducciones perfectamente equilibradas y racionales, que desde los actos conocidos, lleguen a la precisión indudable de los desconocidos, por su carácter reservado u oculto. (S. 28 febrero 1975.)

§ 22. Artículo 450, Perdón del cónyuge agraviado (en adulterio y amancebamiento).

El artículo 450 del Código penal, aplicable por su texto al adulterio de mujer casada y por extensión del artículo 452 al adulterio de marido con manceba, exige determinados requisitos, algunos de los cuales afectan a la procedibilidad: **necesidad de querrela del cónyuge agraviado**; otros al sujeto del delito, pues se exige que la querrela se dirija contra ambos culpables; y otros de carácter negativo o prohibitivo: **siempre que el cónyuge agraviado no hubiera consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de los adúlteros**, pues en este caso y automáticamente, el perdón se extiende al otro, extinguiendo la responsabilidad penal de ambos por imperio del artículo 112, núm. 5, del Código penal. (S. 15 marzo 1975.)

Consentimiento tácito.

En relación con el consentimiento del adulterio, el T. S. distingue entre: el consentimiento expreso, manifiesto o ex profeso para el adulterio, que rara vez se observa en la vida cotidiana, y el consentimiento tácito o presunto, para las relaciones adulterinas; estableciendo en reiteradas sentencias que forman cuerpo de doctrina que el mismo se integra por el aquietamiento y la conformidad ante el delito, manifestada por una absoluta pasividad del cónyuge inocente sin reacciones judiciales ni extra-judiciales contra la situación delictiva y el lapso de un tiempo suficientemente extenso para estimar que se tenía consentida la anormal situación de su cónyuge.

Ad exemplum, se ha estimado por la Sala 2.^a que el transcurso de doce años sin aquella abierta y manifiesta repulsa a la situación anormal del cónyuge equivale al consentimiento tácito, y, por tanto, si concurren más años o, como alguna sentencia dice, décadas de años. (SS. 27 febrero y 26 abril 1956, 22 mayo 1969, 13 octubre 1972, 12 enero 1973 y 15 marzo 1975.)

Este lapso de tiempo —cerca de catorce años desde que la querellante “adquirió certeza de las relaciones ilícitas de su marido” hasta que presentó la querrela—, con absoluta pasividad respecto a tales relaciones, determinan que se considere su aquietamiento como un consentimiento tácito, que la impide, conforme al artículo 450, deducir con éxito la querrela por adulterio. (S. 15 marzo 1975.)

§ 23. Artículo 452, Amancebamiento.

Considera el T. S. que “si no hubo lugar de convivencia mutua y no se hacía vida marital común, será cosa reprochable, pero no infiere a la mujer la cualidad de manceba, según el contenido de la Sentencia 8 junio 1917, que exige trato con el varón como marido”: “Manceba, a los efectos del artículo 452 discutido aquí, es la mujer no legítima, que sostiene trato carnal asiduo y duradero con varón que no es su marido, y así consta en la Sentencia 16 febrero 1912, entre otras muchas, por lo cual, lo que hay que examinar es si el trato carnal citado fue asiduo y duradero, cosa que en este caso existe; y si existió la notoriedad requerida, porque amancebamiento es concubinato en casa conyugal o fuera de ella notoriamente. [S. 26 enero 1954] y en el caso de autos se da este último supuesto, que sólo precisa el ser un hecho ostensible, como aclara la Sentencia 11 abril 1946”. (S. 17 marzo 1975.)

Es menester distinguir, a efectos del artículo 452, entre “el amancebamiento, y el concubinato, pues de lo que aquí se trata es solamente del primero: la estancia de una mujer extraña a la propia (que admite una manceba), y que este detalle sea conocido como ocurre en el supuesto que se juzga, porque el precepto sustantivo penal que se aplica no exige la necesidad de hacer vida en común el hombre y la mujer, y siempre en un mismo lugar, para que se confundan los interesados con un matrimonio ordinario, sino solamente que se den los supuestos de una unión carnal en plan de mancebía, sostenida con carácter de continuidad, y que ella sea conocida con notoriedad”. (S. 17 marzo 1975.)

El requisito de la “notoriedad” en el delito de amancebamiento.

El delito de amancebamiento del artículo 452 del Código penal, cuando se cometa por el esposo teniendo manceba con notoriedad fuera de casa conyugal, ha venido siendo interpretado por la Sala 2.^a en el sentido de que la situación irregular sea pública y sabida por la sociedad, al menos en el círculo de personas que conozcan a los esposos; o la situación de ilegitimidad de la unión, con rechace por su moral colectiva, según apreciación axiológica judicial de caso concreto; pues en el supuesto de que la relación sexual ilegítima resulte oculta o desconocida del círculo social que estiman a la pareja como esposos, dada su aparente y ordenada conducta, falta la ofensa a la mujer legítima conocida comunitariamente, y el hecho aparece como penalmente atípico; por lo que es enteramente necesario que en los hechos probados de la sentencia penal no se empleen expresiones de dudosa significación, o ambivalente sentido, para fijar tales decisivos datos, pues si se habla de “vida marital” sin mayores concreciones, diciendo es pública y notoria, puede tomarse en el doble sentido anteriormente expuesto, de vida marital debida al matrimonio o al mero ejercicio de una sexualidad de la pareja, sin ligamen contractual, y de conocerse la ilegalidad de la situación constituye delito, y en otro supuesto, encajar en la atipicidad de la conducta.

Para cometerse tal delito no basta la concurrencia objetiva de la mancebía, ni el desprecio de los vínculos legítimos del matrimonio, con la esposa burlada, sino que es preciso que la unión en mancebía sea notoria al exterior y repugne la ofensa a la mujer legítima, en el círculo de amistades del matrimonio, o donde aquéllos moren. De ahí que ha de concentrarse de manera directa tan esencial extremo, máxime cuando no se dice dónde habita la mujer, y existía el domicilio conyugal, y dónde fueron públicas las relaciones anormales, si en el lugar en que tal domicilio se hallaba sito y en dicho círculo de amistades de los esposos, o si además en los lugares de ejercitarse la mancebía, conociendo en este caso su condición, y no estimándose que la irregular pareja fueren casados, con la afectación de los valores éticos sociales, por lo que en tal sentido debe despejarse la duda creada por la sentencia con su ambivalente relato fáctico, que debe aclarar tales dudas irresolubles para, por derivación, conocer si existió o no el delito de amancebamiento, pues el Considerando primero de la sentencia no resuelve tal duda. (S. 7 marzo 1975.)

§ 24. Artículo 500, Robo.

La consumación en el delito de robo la determina el verbo típico “apoderar” del artículo 500 del Código penal, lo que es más que la mera aprehensión material de la cosa —“contrectatio”—, y menos que la consecución de la apropiación real y definitiva con obtención de provecho —“illatio”—, bastando según conocida doctrina de la Sala 2.^a, la “aprehensión”, con desposesión de la “res furtiva” del dueño, y correlativa posesión adquisitiva del delincuente, determinada por disponibilidad mínima o al menos potencial del efecto, por fugaz que esa o pueda ser, quedando los objetos fuera del definitivo control del propietario y bajo el total control del sujeto activo. (S. 8 marzo 1975.)

§ 25. Artículo 516: 2.º, Hurto doméstico.

El hurto simple o común, tipificado en el número primero del artículo 514 del Código penal, viene específicamente agravado en su penalidad si el culpable fuere doméstico, conforme al texto punitivo del número 2.º del artículo 516. Se entiende concurre dicha calidad o condición necesaria para cualificar el hurto, si éste se comete por “cualquier persona que preste sus servicios en lo que constituye y es hogar o casa habitación del perjudicado, sin entrar en juego la clase de trabajo que se desempeñe o el sitio concreto donde se efectúa la sustracción, siempre que pertenezca a lugar o recinto comprendido dentro del domicilio; dado que la razón de ser de la circunstancia expresada viene determinada por la naturaleza del servicio prestado que ordinariamente proporciona acceso a todas las dependencias de la casa habitada, permitiendo al culpable prevalerse de la ocasión más propicia para sustraer cosas u efectos que se encuentran a su alcance, con indudable facilidad para su comisión, mayor impunidad para su posible ocultación y en todo

caso quebranto de la lealtad debida al ofendido, pudiendo considerarse en términos generales y corrientes como hurto doméstico: “toda sustracción fraudulenta verificada por dependiente o criado durante su permanencia en la casa en la que se encuentra y en la que presta su trabajo o servicio, de cosas muebles existentes en la misma”. (S. 11 marzo 1975.)

§ 26. Artículo 516: 2.º, Hurto con abuso de confianza.

Para la aplicación de tal norma no es necesaria la demostración de la existencia de una especial relación de confianza entre autor y víctima, que resulta irrelevante para la apreciación de la agravante, cuando haya existido un aprovechamiento de la situación de hospitalidad por aquél, que le ha permitido ejecutar más fácilmente el hecho punible. [SS. 6 febrero 1951, 15 diciembre 1967, 15 noviembre 1968 y 24 octubre 1969, entre otras]. (S. 11 febrero 1975.)

§ 27. Artículo 522, Quiebra fraudulenta (complicidad en relación con el artículo 520).

En materia de insolvencia punible, en especial de la quiebra, el entrecruce de legislaciones que en la misma se produce, la antigua data de las que rigen el aspecto mercantil de la falencia, el reenvío que el Código penal hace al de Comercio no sólo para llenar los tipos penales en blanco, sino para permitir, en auténtica “dejación de soberanía”, que este último modele los casos de complicidad de la quiebra con grave quebranto de la técnica jurídico-penal, puesto que el artículo 893 del Código mercantil considera como complicidad casos de verdadera coautoría, cuando no de favorecimiento y mero encubrimiento, todo ello contribuye a dotar a esta materia, en especial en tema de coparticipación, de una nota de confuso arcaísmo que la doctrina concertada de las Salas Primera y Segunda del T. S. ha tratado de paliar, señalando en verdadera labor de *finium regundorum* los límites de una y otra jurisdicción, el verdadero alcance que para la criminal tiene la declaración civil de la quiebra no menos que su calificación en ese ámbito, con las repercusiones que ello comporta en el orden procesal (presupuesto procesal de perseguibilidad) y en el sustantivo (condición objetiva de punibilidad).

“La labor depuradora de la Sala 2.ª se ha hecho notar también en el aludido tema de la participación [S. 19 enero 1974], de suerte que el reenvío que el artículo 522 del Código penal hace al artículo 893 del Código de Comercio para señalar los supuestos de complicidad no debe ser considerado excluyente de las normas comunes, sino complementario de las mismas, esto es, como casos de complicidad específica. De suerte que si se dan casos de auxilio en la acción de bancarrota del quebrado que no tienen encaje en dicho artículo 893, ello no quiere decir que deban quedar impunes, sino que entonces deberán retornar las normas comunes previstas en los artículos 14 y 16 del del Código penal.

para señalar si tal cooperación confabuladora con el quebrado merece el rango de coautoría o de mera complicidad, con lo que bien se advierte que estamos ante un supuesto de concurso de normas en que la especial prevalece sobre la general, pero en que, desaparecida la primera, entra en funciones la segunda". (S. 23 enero 1975.)

§ 28 Artículo 529, Estafa.

La estafa criminal, en fórmula compendiosa, exige el uso de un engaño, de cualquier condición, que alcanza lucro antijurídico, en perjuicio ajeno; y representa, más ampliamente y en el mejor concepto doctrinal, la conducta engañosa, ejecutada con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en otra u otras personas, les induce a realizar un acto de disposición, a consecuencia del cual se genere un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero. Por lo que tal delito acogido en el artículo 529 y siguientes del Código penal, requiere para generarse, como requisitos integrantes:

- a) El engaño o maquinación dolosa, originadora de la culpabilidad.
- b) El ánimo de lucro, o de enriquecimiento injusto, como elemento subjetivo del injusto, perteneciente al ámbito de la antijuricidad.
- c) El daño o perjuicio económico, que actúa como presupuesto objetivo.
- d) La relación o lazo causal, entre el ardid primario, que determinando la equivocación vicia el consentimiento y el desplazamiento patrimonial defraudatorio. (S. 14 marzo 1975.)

Engaño.

El presupuesto ideal o psicológico del engaño, alma de la estafa, y consistente en cualquier falta de verdad, debida a simulación, entre lo que se piensa o dice, o se hace creer, provocando una inadecuación frente a la realidad, persuadiendo, instigando o induciendo al agente, al sujeto pasivo, y logrando viciar su consentimiento perjudicialmente, ha de ser idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genere el fraude; manifestando, por lo tanto, potencia causativa suficiente para alcanzar el perjuicio patrimonial buscado; porque tiene que ser la razón única del perjuicio logrado, enlazándose así, inexorablemente, por lazo de causalidad, el engaño con el perjuicio, y debiendo de ser aquel antecedente, por su prioridad cronológica, de éste, de manera que representen respectivamente un "prius" y un "posterius". (S. 14 marzo 1975.)

El engaño, elemento esencial del delito de estafa, opera con mayor efectividad si se apoya en fragmentos de realidad que luego se tergiversan poniéndolos al servicio de la idea defraudatoria, de tal modo que la futura víctima de la maquinación engañosa es persuadida más eficazmente para el acto dispositivo que pretende el sujeto activo del delito al captar tan sólo aquella parte de verdad que le es ofrecida, pero desconociendo la parte decisiva, omitida cuidadosamente por quien se ampara en la contratación civil o mercantil ocultando su verdadera

solvencia y su imposibilidad de llevar a cumplimiento la prestación ofrecida por su parte [S. 18 abril 1964]. Este *modus operandi* de la estafa alcanza perfecta virtualidad en la actual *praxis* bancaria, en la que los créditos solicitados a los Bancos, de corto vencimiento y documentados mediante letras de cambio, son respaldados por declaraciones de bienes, inventarios o balances de situación que en buena parte quedan librados a la buena fe del solicitante del crédito, sin perjuicio de los peculiares canales de información de la empresa bancaria. Por lo que, si en tales relaciones patrimoniales se incluyen bienes inexistentes o que ya no se tienen en el momento de la solicitud del préstamo o que están bajo la acción ejecutiva de otros acreedores es evidente que, pese a la apariencia de verdad o, por mejor decir, de una parte de la misma, se finge algo que no se tiene, con potencia causativa para mover la voluntad de la entidad bancaria para la concesión del ansiado crédito, con lo que así se dan todos los requisitos del delito de estafa: engaño, error en el sujeto pasivo, acto de disposición patrimonial, perjuicio y relación causal entre aquel elemento psicológico y este resultado material y objetivo, tal como ya ha declarado esta Sala en caso análogo. (SS. 25 septiembre 1970 y 22 enero 1975.)

Tampoco puede traerse a colación en este caso la antigua S. 25 junio 1892, pues en esta resolución se aludía a la obtención del préstamo "bajo la simple afirmación de ser propietario (el prestatario) de bienes inmuebles", cuya generalidad no puede parangonarse con la relación escrita de bienes concretos y determinados ofrecidos como base y respaldo de un crédito personal real, que hubo de obrar con mucha mayor virtualidad y eficacia para mover la voluntad de la entidad bancaria acreedora que, por otra parte, no hizo sino ajustarse a los usos (usos) y prácticas mercantiles de nuestros días. (S. 22 enero 1975.)

Uno de los medios del engaño precisado en el delito genérico de estafa contenido en el artículo 529, núm. 1.º, del Código penal, es el de apariencia de bienes, que tanto supone, por lo general, como hacer creer positivamente, o por falta de declaración, del estudio de insolvencia que se padece, que el agente tiene medios o bienes matriales, de cualquier clase, que supongan un patrimonio económico valorable, y de los que en realidad se carece, produciéndose con esta equívoca y ostentosa posesión, la inducción en el ánimo del sujeto pasivo, que le hace concluir un negocio jurídico, con transmisión por éste de algún bien, del que se ve desposeído por el engaño sufrido, sin que reciba a cambio la falaz contraprestación prometida, y siendo, por lo tanto, objeto de defraudación; debiéndose de admitir una gama muy amplia de actos de apariencia de bienes, de acuerdo siempre con la "praxis" o realidad común, y al ingenio humano tan variado, dentro siempre del principio, si se trata de ámbito mercantil, de la "verdad sabida, buena fe guardada", con su seriedad y honestidad de formas y acciones; por lo que caben tanto las declaraciones de bienes falsas, como la omisiva reserva del estado de insolvencia que se padece, y que, de ser expuesta, impediría el negocio jurídico celebrado, pues no contaría con un insolvente, por el

riesgo indudable de imposible cumplimiento de su falaz prestación. (S. 27 enero 1975.)

Ilícitud civil y penal.

Si bien el fraude no es incompatible con los negocios civiles o mercantiles, ello no quiere significar que todo incumplimiento o cumplimiento irregular de obligaciones pactadas, cuando entrañe un perjuicio, suponga la comisión de un delito de estafa, puesto que es preciso distinguir entre la estafa contractualmente amparada y buscada, con dolo causante y con perjuicio puesto de manifiesto en el incumplimiento de la falaz contraprestación prometida, y el negocio jurídico bilateral seriamente concertado, que con dolo posterior, no se cumple por una de las partes, luego del desplazamiento patrimonial, a su favor logrado; pues mientras aquélla entra en el campo penal, este último, pertenece, en su delimitación y efectos, al ámbito civil.

La línea diferencial entre ambas figuras la ha determinado la doctrina de esta Sala, atendiendo al momento del engaño y a su eficacia dentro del contrato, pues si éste es buscado, en su perfección negocial, con "dolo antecedente", inicial o "in contrahendo", como medio en que se alberguen las maniobras engañosas del deseado y logrado desplazamiento patrimonial, sin contraprestación entonces ya deseada y prevista para el futuro, que se proclama banalmente, se estará ante la estafa criminal; pero, si celebrado el contrato seriamente y sin simulación artificiosa alguna, no se cumplimenta la prestación realmente prometida por una de las partes, por "dolo subsequens" o posterior, cuando deba consumarse aquélla, operando ésta maliciosa y sobrevenida ineffectividad, en el proceso de ejecución del contrato antecedente, se producirá un mero incumplimiento de prestación, que únicamente tiene valoración civil y que ante la jurisdicción privada debe ventilarse, porque el perjuicio no tuvo su causa en el engaño previo, sino que fue precisamente anterior al "dolo in solutum"; por lo que no cabe apreciar delito de estafa. (S. 14 marzo 1975.)

Artículo 532: 2.º.

El artículo 532, núm. 2, del Código penal, regula aquella modalidad de estafa, por virtud de la cual se perjudica a otro mediante el otorgamiento de un contrato simulado. La doctrina constante de esta Sala, considera que tal figura penal aparece en el campo del Derecho, cuando existe fingimiento de contrato, o declaración aparente contractual, con ausencia de causa, o móviles concretos e individuales del mismo, con el propósito o intención de perjudicar, aunque este perjuicio se concrete posteriormente, consumándose el delito cuando se otorga el contrato ficticio o simulado, con independencia de que la lesión económica llegue o no a producirse, que el contrato simulado sea o no eficaz para transmitir el dominio y de que la acción civil que los perjudicados por la simulación sea o no viable porque el éxito de las pretensiones civiles.

no sirve para despojar al acto criminal de sus requisitos esenciales. [SS. 20 junio 1959, 7 noviembre 1959, 25 marzo y 18 octubre 1972, 24 enero 1973 y 4 abril 1974]. Por consiguiente, se aprecia delito de estafa prevista en el artículo 532: 2, "al existir contrato de venta de dos fincas rústicas con carácter fingido, simulado o sin causa". (S. 22 enero 1975.)

§ 29. Artículo 535, Apropiación indebida.

"El delito de apropiación indebida se da cuando el sujeto agente intravierte o convierte arbitrariamente y por propia autoridad la posesión de dinero, efectos o cosas muebles que ostenta legítimamente y en virtud de un título válido que produzca obligación de entregarlos o devolverlos en propiedad ilícita o antijurídica con ánimo de disponer de la cosa definitivamente para sí en concepto de dueño y lucrarse de ella; propósito que en aquellos casos en que no aparezca determinado expresamente todavía puede ser deducido de conductas y manifestaciones externas unívocas o inequívocas realizadas por el mismo como dueño, dando a la cosa o dinero apropiado un destino o dedicación que resulte incompatible con el título por el que se posee o ejecutando actos concretos que demuestren la intención de dar a la cosa un destino diverso al señalado en dicho título, que sólo corresponde efectuar al propietario y que por ello revelan una clara intención de adueñamiento" (S. 28 febrero 1975).

La esencia u objetividad jurídica del delito de apropiación indebida se halla, en definitiva, en el incumplimiento por parte del sujeto activo del delito de su obligación jurídica de restituir, entregar o devolver la cosa o dar a ésta el fin o uso convenido y que es correlativa al derecho a la restitución que compete al sujeto pasivo (activo de tal obligación), generalmente el tradens, que le faculta para exigir del obligado la ejecución de la misma, consistente en que el bien mueble le sea devuelto o que se dé al mismo el uso convenido, derecho que es el bien jurídico protegido y que se fundamenta en los diversos títulos o relaciones jurídicas que justifican la tenencia de las cosas muebles objeto de la relación, sin transferir su dominio, como son, por ejemplo, la comisión, el mandato o el contrato de obra con suministro de materiales, que resultan incumplidos o quebrantados con la intraversión realizada por propia autoridad del obligado a su restitución y con la que trata de convertir su posesión lícita en propiedad antijurídica que es lo que en realidad viene a significarse con la rúbrica o "nomen iuris" de dicho delito.

Por lo que, en aquellos casos, en los que no existe tal incumplimiento arbitrario o no puede ser esabecido claramente, como sucede en el de autos, en el que el inculpado que había recibido el encargo y el género, en cantidad indeterminada, pero suficiente para confeccionar un número de blusas o camisas que podría variar entre dieciocho y veinte mil, confeccionó y entregó, efectivamente, diecinueve mil de ellas, como consta en los hechos probados, con lo que cumplió tal obligación, dentro de los límites convencionalmente fijados, sin que

el aprovechamiento de algunos retales sobrantes del corte de las mismas, que consuetudinariamente son tirados o abandonados como desperdicios sin valor económico alguno, ya que en este caso fueron aprovechados por el inculpado en unión de otros, pertenecientes a diversos clientes, para confeccionar alguna blusa, con el fin de no tener parados a sus obreros, pueda tener entidad suficiente para dar vida a dicho delito, por no tratarse en realidad de una apropiación, sino de "un ius usus innocui", que en todo caso excluiría el ánimo de lucro ilícito del agente y con ello su culpabilidad (S. 21 marzo 1975).

Elementos del delito:

1.º En cuanto al objeto, que se trate de dinero, efectos o cualquiera otra clase de cosa mueble.

2.º En cuanto al título, que la posesión de los objetos mencionados se reciba a virtud de depósito, comisión, administración, comodato, arrendamiento de obras o de servicios, o cualquier otro que transmita legítimamente la posesión referida, pero que no atribuya el dominio o la propiedad de dichas cosas.

3.º En cuanto a la dinámica comisiva que el agente receptor de los referidos objetos, aprovechando las facilidades que la tenencia o contacto físico e inmediato, con ello le proporcionan, convierta, transforme o transmute la posesión legítimamente adquirida en propiedad antijurídica, o al menos que asuma facultades de disposición que sólo al dueño competen, incorporando las cosas a su patrimonio, disponiendo de ellas en provecho propio, distrayéndolas de su pactado o natural destino o negando haberlas recibido.

4.º Perjuicio patrimonial para el depositante, comitente, mandante, comodante, arrendador o "dominus" en general o para un tercero.

5.º Animo de lucro, entendiendo por tal el deseo o el propósito de obtener cualquier clase de provecho, beneficio, acrecentamiento patrimonial, enriquecimiento, ventaja o utilidad, aunque fueren meramente contemplativos o de ulterior liberalidad o beneficencia (SS. 25 febrero, 25 marzo y 19 diciembre 1974, y 6 febrero, 28 febrero y 12 marzo 1975).

Sin liquidación previa de cuentas, no ha podido fijarse la cuantía exacta de lo apropiado o sustraído; sin ella, no hay todavía ni acreedor ni deudor, ni deuda neta, líquida y segura. Por consiguiente, no cabe apreciar el delito en cuestión, según constante y reiterada doctrina de la Sala 2.ª del T. S.: 1 marzo 1950, 27 mayo y 10 junio 1953, 9 mayo 1958, 28 junio y 22 septiembre 1960, 1 julio, 2 y 20 octubre 1969, 1 diciembre 1970, 13 diciembre 1972 y 21 febrero 1974. Por el contrario, se ha fijado con toda exactitud la suma o cantidad apropiada; puede entonces apreciarse el delito, si concurren los restantes requisitos del artículo 535 del Código Penal (S. 6 febrero 1975).

"Entre los contratos o títulos adecuados, aptos e idóneos para generar el delito mencionado figura con todo merecimiento el de comisión mercantil. Y ello no sólo porque de modo taxativo lo menciona el artículo 535 antes citado, sino porque, tanto obre el comisionista en nom-

bre y por cuenta ajenos [comisión representativa] como en nombre propio y por ajena [comisión propiamente dicha], y según se deduce de los artículos 245, 246, 247, 264, 265 y 266 del Código de Comercio, cuanto dinero, efectos, mercaderías o cosas muebles lleguen a su poder procedentes del comitente para el desarrollo y ejecución de su misión intermediadora o de terceros dentro del ámbito de las operaciones mercantiles que constituyan el objeto de la dicha comisión y correspondan a su principal, quedarán legítimamente en posesión del comisionista, pero si éste, aprovechando las facilidades que su contacto físico con las referidas cosas le deparan, trueca su contractual, justificada y legítima posesión en antijurídica propiedad y atribuyéndose unas facultades de disposición que sólo al dueño incumben, se apropia o hace suyas tales cosas, las incorpora a su patrimonio, las distrae de su natural y convenido destino, o niega haberlas recibido, comete el delito de apropiación indebida" (S. 28 febrero 1975).

Según la doctrina de Sala 2.^a, el contrato de sociedad genera situaciones jurídicas como las de mandato, administración y depósito que posibilitan la apropiación indebida de los bienes o fondos sociales, aunque el gestor de los mismos sea también socio, pues entonces el delito se entenderá cometido en la parte que proporcionalmente exceda de su participación como tal socio gestor [SS. 16 febrero y 15 junio 1954, 22 diciembre 1960, 21 noviembre 1966, 5 diciembre 1967, 23 diciembre 1968, 2 mayo 1969, 16 octubre 1972 y otras]. Como también en general se condena el apoderamiento unilateral e injusto de un socio en perjuicio de otro que reúna los caracteres de dicho delito [SS. 20 octubre 1954, 11 mayo 1955, 28 octubre 1958] y aun cuando se trate de sociedad irregular, pues, si bien en tal caso el perjudicado no es el ente social, por carecer el mismo de personalidad jurídica, no es menos cierto que entonces el perjuicio se infiere a los demás socios en la medida en que es dañada su cuota de participación en el fondo social y sin perjuicio de que la liquidación de cuentas fije cuál sea el caudal partible entre ellos [S. 28 septiembre 1973], en tanto que las aportaciones de los socios al fondo común pierden su individualidad y sólo tienen derecho a una cuota, bien de participación en el haber social, bien de liquidación si la sociedad se extingue [S. 16 octubre 1972]. (S. 7 febrero 1975).

El contrato de compra-venta, sea civil o mercantil, es traslativo no sólo de la posesión, sino del dominio de la cosa vendida y no constituye, de ordinario, título apto o adecuado para generar el delito de apropiación indebida, aun cuando pendan determinadas obligaciones e incluso el pago del precio [S. 17 junio 1947]. Pero no puede predicarse lo mismo cuando se trata de un contrato de compra-venta con precio aplazado y con reserva de dominio, pacto que fue declarado lícito por las SS. de la Sala Primera del T. S. 16 febrero 1894, 30 noviembre 1915, 10 y 14 enero, 6 febrero, 11 marzo, 3 julio y 22 septiembre 1929 y 20 marzo 1930, entre otras muchas, y que supone que el vendedor transmite en el momento de la celebración del contrato o en el de la entrega de la cosa, tan sólo la posesión de la misma reservándose la propiedad de

ella hasta tanto le sea abonada la totalidad del precio; lo cual presenta grandes ventajas para el referido vendedor, el cual, en caso de incumplimiento por parte del comprador, puede no sólo hacer uso de la facultad resolutoria tásita consagrada en el artículo 1.124 del Código Civil o ejercitar las acciones personales nacidas del contrato, sino que, además y puesto que no ha perdido el dominio, le es dable también ejercitar la acción reivindicatoria contra el comprador e incluso contra terceros para lograr la restitución o recuperación de la cosa vendida. Y, finalmente, y como quiera que el comprador sólo es poseedor de la referida cosa y **no propietario** de la misma, caso de disponer de ella, enajenándola a un tercero, será reo del delito de apropiación indebida comprendido en el artículo 535 del Código Penal, pues habiéndolo recibido en virtud de un título similar a los específicamente enumerados en el precepto mencionado, trueca o convierte su legitimante adquirida posesión en antijurídica propiedad, atribuyéndose un “*ius disponendi*” que sólo al dueño incumbe o compete; siendo de destacar, para disipar o desvanecer toda duda, que el T. S., en SS. 16 junio 1894, 27 noviembre 1901, 30 noviembre 1906, 21 octubre 1910, 17 abril 1935, 31 mayo 1948, 12 noviembre 1953, 26 junio 1958, 13 febrero, 15 abril 1961 y 5 abril 1963, sentó doctrina congruente con lo expuesto, que el Código Penal de 1928, en su artículo 725, criminalizó o tipificó expresamente y de modo específico esta conducta, y que la Ley de 17 de julio de 1965, en su artículo 12, estableció, para los contratos de compra-venta de bienes muebles a plazos, que el comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero, dispusiera de la cosa antes del pago total del precio, será castigado con las penas previstas en el Código Penal para el delito de apropiación indebida (S. 3 abril 1975).

Condena el T. S. en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.º de la ley de 27 de julio de 1968, en base a considerar que:

El legislador de nuestros días ha proveído a la más enérgica tutela y protección, sin excluir la penal, del interés social ligado a la construcción de viviendas, cuya creciente demanda por una gran masa de la población ha hecho proliferar el agio y especulación más desenfundados y aún a defraudar aquellos intereses colectivos y expactantes, destacando en esta regulación el decreto de 3 de enero de 1963, último dado en la materia integrada por las llamadas viviendas de protección oficial, con el cortejo de garantías y cautelas exigidos a los promotores de las mismas que perciban cantidades a cuenta antes de la calificación definitiva del inmueble, no menos que la Ley de 27 de julio de 1968 dirigida a las demás construcciones urbanas destinadas a habitación sin aquella cobertura oficial, pero en las que sus promotores reciben igualmente cantidades anticipadas de los futuros titulares de la morada y en cuya disposición legal, de manera paralela a las medidas atnes aludidas, se garantiza la devolución de los anticipos, más el 6 por 100 de interés anual, mediante el correspondiente contrato de seguro o aval solidario prestado por entidad bancaria o Caja de Ahorros en los que habrán de depositarse en cuenta especial las cantidades adelantadas y con separación especial de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al pro-

motor y de las que únicamente puede disponer para atender la construcción de las viviendas (artículo 1.º, condiciones primera y segunda), de suerte que bien se hable desde el punto de vista civil de un reforzado depósito irregular, bien de un verdadero patrimonio separado, de afectación o de fin, es lo cierto que no puede entenderse traspasada la propiedad del dinero entregado al promotor, sino que éste tiene la mera posesión del mismo, a fin de invertirlo en la construcción de las viviendas o, en su caso, devolverlo a los frustrados titulares de las mismas; todo lo cual explica suficientemente que la propia Ley considere, ya desde el punto de vista penal, que el incumplimiento por el promotor de las medidas de garantía antes explicadas, seguidas de la no devolución al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas por éste, genere el delito —o en su caso la falta— de apropiación indebida y aun que —dada la carestía de viviendas y la existencia del fenómeno especulador a que se ha hecho referencia— se imponga la pena en su grado máximo (artículo 6.º de dicha Ley) a semejanza y en virtual paralelismo con otras disposiciones legales destinadas a reprimir el agiotaje en esta misma materia como la Ley de 27 de abril de 1946 sobre primas por el arrendamiento o subarriendo de viviendas. (SS. 28 marzo 1974 y 18 abril 1975).

§ 30. Artículo 546 bis, a), Encubrimiento autónomo (receptación). Encubrimiento entre parientes (art. 18).

La tesis de que el encubridor autónomo debe ser absuelto, aplicando el artículo 18 del Código Penal, pues al ser encubridor de su hermano lo ampara la excusa absolutoria prevista en citado precepto, es notoriamente inviable. Pues desde la creación de la figura autónoma de la receptación o encubrimiento autónomo, el artículo 18 queda circunscrito a los encubrimientos conexos en que el encubridor realiza por móviles parentales los actos ennumerados en los apartados 2.º y 3.º del artículo 17, ya que, aunque mediara el vínculo parental próximo, si se auxilió al autor principal para que se apropiara de los efectos del delito o falta, no produciría sus efectos la prenombrada excusa absolutoria constatada en el artículo 18, bien se considere propiamente como tal, o como causa de inculpabilidad fundada en el principio de no exigibilidad de otra conducta, pero que, en la actual redacción del artículo 17 del Código Penal, en su concordancia con el 18, significa un proceder altruista, inspirado por afectos familiares que descarta, en términos absolutos, al propio beneficio e incluso el favorecer que el autor encubierto se pudiera beneficiar lucrativamente de los efectos patrimoniales del delito que se encubre.

“A este delito no le es aplicable la exención del artículo 18, pues recibir lo robado no representa un ánimo filantrópico y favorecedor del pariente, sino la obtención de un lucro personal o ilícito, reseñando las SS. 30 junio y 13 diciembre 1961 que el artículo 17 ya no comprende como encubrimiento conexo el supuesto de existir para el encubridor beneficio propio, pues el apropiarse de parte de lo robado señala la

barrera diferencial entre el encubrimiento propio y el autónomo receptativo tipificado en el artículo 546 bis y al que, con el dual requisito de conocer el ilícito proceder y aprovechándose en propio beneficio, se refieren las SS. 7 marzo 1964, 28 octubre 1970 y 23 marzo 1972 (S. 15 febrero 1975).

§ 31. Artículo 548, Incendio.

Condena el T. S. por delito de incendio del artículo 548 siete delitos. de homicidio del artículo 407 y uno de lesiones graves al procesado, que con un bidón de gasolina prendió fuego a un bar en el que trabajaban señoritas que recibían un tanto por ciento por cada consumición hecha a invitación del cliente.

Considera respecto al artículo 548 que, "a pesar de la inclusión del delito de incendio entre los de índole patrimonial, lo cierto es que su desarrollo típico lo configura como un **delito de riesgo**, susceptible de afectar a la **vida e integridad física de las personas** y, por ende, de incidir en primer término en la **seguridad colectiva o comunitaria** y, sólo en segundo lugar, de ocasionar simplemente **daños en la propiedad ajena** (y aun en la propia en determinadas condiciones).

Este criterio rector sirve para clasificar las tipologías del delito en examen en tres grandes grupos:

El primero y más importante, dado el gravísimo riesgo que comportan las conductas en él incluidas, puede ser denominado de **inmediato peligro personal e integrado** por los artículos 547 y 548 del Código Penal.

El segundo que puede considerarse como mixto o de transición en que se da a la vez el **riesgo personal** —siquiera no se dé el elemento subjetivo del injusto de su conciencia por el sujeto activo— y la **dañosidad del acto**, según resulta de los artículos 549 y 550 que lo componen.

En fin, el tercer grupo integrado por el **daño propiamente dicho o patrimonial** constituido por los restantes preceptos. Esta escala de gravedad sirve, a su vez, para distinguir los tipos afines del primer grupo, sobre todo el del número 3.º del artículo 547 y el del artículo 548, situados en zona tangencial, puesto que uno afecta —según dicción literal— a una **concurcencia numerosa** y el otro a una o más personas que se saben dentro del edificio incendiado; expresiones gramaticales que, unidas a los aludidos criterios de interpretación sistemática y teleológica, vienen a poner de manifiesto que, en el primer caso, el riesgo implícito en la *mens legis* es el riesgo catastrófico o multitudinario propio de los locales que describe, aptos por su aforo para una gran afluencia o concurso de gentes, en tanto que el peligro designado en el segundo caso afecta a un edificio —que no ha de ser forzosamente privado— en el que se halla una pluralidad de personas sin aquel alcance masivo que caracteriza al artículo 547 y ausente en el artículo 548 del Código Penal.

Esta interpretación viene confirmada por la jurisprudencia que reserva la primera calificación a casos de insólita y extremada gravedad que han marcado por ello los anales judiciales y que, en cambio, aplica con mayor frecuencia la segunda de dichas tipologías a casos que proliferan

más en la **praxis** y en los que el fuego se aplica a edificios públicos o viviendas ocupadas por un número más o menos indefinido de personas [SS. 3 mayo 1897, 16 noviembre 1910, 15 abril 1941, que contempla un caso análogo al que ahora se enjuicia y en el que el reo prendió fuego a una casa de prostitución, 4 mayo 1943, 29 marzo 1950, 30 enero 1954, 5 noviembre 1955 y 24 febrero 1972, entre otras]. Todo ello sin perjuicio de que si el peligro potencial para las personas se actualiza y las mismas parecen en el siniestro se aplique bien el **concurso de normas** con prevalencia del principio de especialidad y consiguientemente del artículo 406, 3.^a, por ser el incendio medio para cometer el propuesto asesinato, bien el **concurso de delitos** por no darse tal dolo directo, sino sólo el eventual de aceptar, en su caso, las desgracias que puedan derivarse del fuego, con aplicación, por tanto, del artículo 71 del Código Penal, sancionador en este caso del incendio en concurso con el homicidio u homicidios, y demás resultados lesivos que para la integridad física se produzcan (S. 29 abril 1975).

REVISTA DE LIBROS

DEL ROSAL, Juan: "4 penas de muerte, 4". Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1973. I volumen, 267 págs.; II volumen, 260 págs.

El siempre actual y polémico tema de la pena de muerte vuelve a ser objeto de estudio en la bibliografía especializada, y esta vez por parte de uno de los más ilustres penalistas, ya fallecido, el profesor Del Rosal. De esta forma, viene a completarse lo escrito sobre la materia, con el peculiar estilo, finura jurídica y característico humanismo del finado maestro.

La tesis que se mantiene, la abolicionista de la pena de muerte, se sostiene no tanto mediante un minucioso estudio de los diversos argumentos que se arguyen por los partidarios de una u otra postura, sino por una referencia global a la significación del hombre en cuanto tal. Pese a ello no deja de hacer referencia a dichos argumentos, para, en todos, concluir por la tesis abolicionista.

Sin embargo, como antes he aludido, se valora más su experiencia personal, la dignidad y libertad humana como límites a la facultad de punir del Estado, de cara a concluir con la ilicitud, aunque vigencia legal, de la pena de muerte. No obstante, el autor alude, de forma reiterada, a determinadas ideas base, que junto a la postura antedicha le inducen a plasmar de manera más clarificadora el atentado al orden jurídico que supone la pena de muerte. De esta suerte hace mención a las sinrazones desde el punto de vista político-criminal de dicha sanción; a la injusticia de la misma en cuanto atentatoria de la igualdad proporcionada; al error irreversible; a la extrahistoricidad de la pena de muerte; al rechazo de los criterios de "utilidad" e "intimidación" como sustentadores de la tesis contraria y la no cumplimentación de la plurifinalidad de que toda pena debe ir investida.

El autor centra el tema en su actualidad, sin dejar de hacer un análisis histórico del mismo, para de él extraer las "lecciones de la Historia" de cara a la tesis mantenida, todo ello con una visión cristiana que en modo alguno permite sustentar la postura opuesta.

Principal mérito de la obra que comentamos reside en la unión entre la teoría y la práctica. Pero no sólo porque ambos volúmenes respondan a ambas ideas correlativamente, sino porque en la parte teórica (volumen I) se exterioriza la absoluta simbiosis con la práctica, que dota a la exposición de un absoluto realismo. De igual modo ocurre con la parte práctica (volumen II), en donde se estudian cuatro supuestos; dos de asesinato y dos de parricidio.

En definitiva, el autor concluye proponiendo la abolición de la pena de muerte en los siguientes términos:

Abolición de la *pena de muerte* sin necesidad de extremar la argumentación en la exposición de motivos que precediera a la parte dispositiva de la ley”.

JAVIER BOIX

EDUARDO HERRERA, Lucio: “El error en materia penal”. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971. 149 págs.

La difícil cuestión del estudio del error en el Derecho penal, su encuadramiento sistemático en la teoría del delito y su valoración jurídica, se abordan en el presente libro.

Tras el concepto de error (en relación con la ignorancia), la disgresión histórica, y el análisis de la legalidad vigente, tanto argentina como de Derecho comparado, se entra en el examen del fondo del problema. Conocido es que repercuten los planteamientos que se hagan a nivel más general en este tipo de cuestiones. La postura que se adopte en torno a la acción y fundamentalmente en torno a la culpabilidad, dará lugar a uno u otro encuadramiento sistemático de la necesidad del conocimiento de la antijuricidad y por tanto del error. El autor hace referencia a la distinción entre error de hecho y error de derecho, analizando las vicisitudes que sufre tal diferenciación hasta concluir con la confusión que la misma provoca, habiendo sido, por tanto, superada dicha teoría.

A continuación se traen a colación las diversas teorías vertidas en torno a la culpabilidad: psicológica; normativa (Frank, Goldschmidt, Freudenthal, Mezger) y teoría final de la acción que comporta una estructura de la culpabilidad diferente a las anteriores (Welzel, Maurach). Acorde con las diferentes posiciones, surgen las diversas teorías en torno al conocimiento de la antijuricidad (estricta teoría del dolo, limitada teoría del dolo, estricta teoría de la culpabilidad, limitada teoría de la culpabilidad). Seguidamente se adentra en la diferenciación entre el error de tipo y el error de prohibición, cuyo iniciador fue Graf zu Dohna, superando la separación existente entre el error de hecho y el error de derecho, pudiendo tener lugar tanto uno como el otro en el error de tipo y en el error de prohibición. La asunción inmediata de esta diferenciación por parte de los finalistas y su lógica relación con las teorías de la culpabilidad cuando se trata del conocimiento de la antijuricidad, hace concluir por el encuadramiento del error de prohibición en la culpabilidad, así como el de tipo se refiere a éste, adonde también se ha reconducido el dolo como elemento subjetivo del mismo.

El autor expone su propia teoría tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*. Teniendo en cuenta siempre que no acepta la inclusión del dolo como elemento subjetivo del tipo, sino inserto en todo momento en la culpabilidad, pues le otorga no sólo elementos de índole psicológica, sino también valorativos, en primer lugar concluye de *lege lata* por la supe-

ración de la distinción entre error de hecho y de derecho, proponiendo adoptarse las siguientes denominaciones: error esencial sobre el hecho, error en las eximentes y error en la ley penal. En segundo lugar, y manteniendo el criterio antedicho respecto a la situación del dolo, de *lege ferenda* propone la diferenciación entre el error de prohibición y el error esencial sobre el hecho descrito en la ley, acogiéndose a la tesis sostenida por Córdoba al decir que son conceptos distintos "ignorancia de la ley" e "ignorancia de lo contrario al derecho" o "de lo prohibido".

Se trata, pues, de un libro interesante en la medida que muestra sucintamente la evolución que ha sufrido la temática del error en materia penal, mostrando, a su vez, el problema en el ámbito de la ley argentina, proponiendo en todo momento soluciones acordes con el principio "no hay pena sin culpabilidad".

JAVIER BOIX

GOMEZ DE LIAÑO Y GONZALEZ, Fernando: "Las faltas de imprudencia en el uso y circulación de vehículos a motor.—Ordenación civil". 2.^a edición. Salamanca, 1971. 171 págs.

Gómez de Liaño realiza un estudio de las faltas de imprudencia en el uso y circulación de vehículos de motor comprensivo de todas aquellas facetas que tienen incidencia práctica. De esta forma examina aquellas parcelas del ordenamiento penal, civil y procesal que de alguna manera le afecten.

Desde el punto de vista penal, lleva a cabo un enfoque general sobre la imprudencia, para analizar los artículos 586, 3.º y 600 y la responsabilidad penal y civil que generan. En lo que atañe al aspecto civil hace unas consideraciones en torno a la responsabilidad objetiva, para pasar a estudiar la normativa referente al Seguro Obligatorio y Fondo de Garantía. En ambos ámbitos, penal y civil, trae a colación toda la regulación procesal (órganos, partes, acciones, proceso penal, vía civil...).

El presente libro constituye un sencillo manual con una finalidad exclusivamente práctica y dirigida a los prácticos del Derecho. En este sentido, y sólo en éste, puede decirse que es una obra interesante, por cuanto aborda de forma clara y ordenada todo el Derecho positivo existente en torno a las faltas por imprudencia mencionadas, incluyendo al final un formulario procesal.

JAVIER BOIX

HIBBERT, Christopher: "La raíces del mal". Una historia social del crimen y su represión. Traducción de José Manuel Pomares Olivares. Luis de Caralt, editor. Barcelona, 1975. 510 págs.

El autor pretende desarrollar, en el ámbito de Inglaterra y en ocasiones de los Estados Unidos, diversos aspectos relacionados con el delito y el delincuente, a través de un estudio directo de la realidad en la que

se desenvuelven. Le anima un espíritu de renovación en atención a la dignidad del hombre. Se basa en un criterio de eliminación de la crueldad como criterio de represión y trato del delincuente por cuanto no remedia los males sino que los provoca, es decir, que sería una forma criminógena de trato.

A lo largo de los ocho capítulos o partes nos describe el desarrollo de la sanción (años 602 a 1750) en una primera época, comenzando por la era de caballería y concluyendo por la contemplación de una situación caótica en lo que se refiere al desorden y vulneración del orden que se preconiza. En la segunda parte ("Inicio de la reforma"), se estudia la reforma de la ley, viéndose la influencia de los clásicos (empezando por Beccaria) y analizándose especialmente la cuestión de la pena de muerte. Igualmente se examina el origen y evolución de la policía, así como la reforma de las prisiones, centrándose en la personalidad de Howard en primer lugar y posteriormente tomando en consideración los sistemas penitenciarios más importantes (Ausburn, Pensilvania, etc.). En su tercera parte se realiza un estudio del delincuente desde la perspectiva de las aportaciones positivistas, comenzando por Lombroso, y posteriormente Ferri, Laccassagne..., para concluir con unas referencias de psicología criminal. Las últimas partes de la obra tratan temas inconexos, tales como el culto por el crimen, la evolución de las técnicas policiales para el descubrimiento del crimen, los Estados Unidos como centro de criminalidad, la mafia, la pena de muerte, el castigo físico, las prisiones, la policía, la delincuencia juvenil y la delincuencia sexual.

El autor concluye con unas consideraciones de política criminal, abogando por un prevenciónismo que evite la crueldad de la represión.

La valía del libro es limitada. Más bien estamos ante un libro-divulgación. Aunque se haga referencia a distintas ramas de la criminología, sólo lo es por medio de constantes anécdotas, aportación de datos, biografías, etc..., que en ningún momento pasan de tener un carácter meramente informativo, sin poder tener un carácter científico. En ningún momento se tienen en cuenta análisis de tipo jurídico, ni se realizan análisis de relaciones de poder, ni tan siquiera de tipo social, para de esta forma poder realizar un estudio del que poder sacar conclusiones con una validez mínima. El autor sólo pretende narrar una serie de realidades.

En este sentido, como complemento informativo, pase. Aún así, es un libro sobrado de páginas, por cuanto se muestra excesivamente reiterativo, inconexo en muchas ocasiones, con falta de claridad expositiva en otras.

JAVIER BOIX

KARPMAN, Benjamin: "El crimen sexual y sus motivaciones". Ed. Paidós. Buenos Aires, 1974. 177 págs.

El autor comienza realizando un análisis del delito sexual a través de la incidencia en los tres sujetos a que hace referencia el mismo: víctima, delincuente y sociedad.

Las víctimas las estudia en relación a su sexo, edad y conocimiento o no por parte del delincuente. Hace notar la característica en cierto número de ellas de la predisposición a ser sujetos pasivos del delito sexual y concluye examinando los distintos efectos dañinos que acarrea frecuentemente la comisión de estos delitos, tanto físicos como mentales.

Los prejuicios sociales y, como consecuencia, la dura represión por parte de la sociedad de este tipo de delincuencia, ocasionan en el delincuente el sentimiento de culpabilidad por la comisión de su delito y la generalizada negativa al ser preguntados sobre su autoría en los mismos.

En el segundo capítulo estudia los factores que contribuyen a la realización de estos delitos (constitucionales, ambientales, físicos, psicosis, deficiencia mental, alcoholismo, etc...), para, en el tercero, estudiar los aspectos emocionales de la motivación criminal, las motivaciones concretas del criminal en cada delito en particular desde el punto de vista psicológico, para concluir con el estudio de los que domina "delitos sexuales ocultos", entendiéndose por tales la comisión de determinados delitos de diversa índole (cleptomanía, piromanía, etc...) como sustitutivos de otros delitos sexuales.

Karpman realiza este estudio en base a un estudio experimental, dentro de su línea freudiana, acompañando, a lo largo de su obra, todas sus conclusiones de una larga exposición de casos reales.

JAVIER BOIX ..

KARPMAN, Benjamin: "El delito y los delinquentes sexuales". Ed. Paidós. Buenos Aires, 1973. 134 págs.

En el prefacio del libro, el autor expone el plan de la obra, así como los criterios que la inspiran y bases sobre las que se asienta. En esta línea comienza por plantear de forma directa la anomalía sexual en sí misma, con una valoración propia en el ámbito de la psiquiatría, y no como una secuela de otras enfermedades mentales. Su objeto de estudio es el hecho sexual, en tanto en cuanto cobra trascendencia jurídica (delitos y delinquentes), considerándolo en este sentido como un fenómeno estrictamente cultural. Su método de trabajo es totalmente freudiano, rechazando de forma expresa otro tipo de enfoques (adleriano, Jung, Fromm, etc...).

Comienza dando el concepto de delito sexual y de delincuente sexual. Tras clasificar esta clase de delitos y establecer los diversos tipos que pueden darse de los mismos, se refiere a la frecuencia con que se producen, a las circunstancias en que más favorablemente tienen lugar y a

la concatenación de éstos delitos con otros de diversa índole. En lo que atañe a los delinquentes, analiza las circunstancias que más comunemente concurren en ellos, para concluir estableciendo una clasificación psiquiátrica de los mismos.

Todas las conclusiones a que llega el autor, tienen lugar como resultado del método experimental y la aplicación estadística. La experiencia profesional que se aporta y la contribución a un exigible realismo y preciso estudio de la delincuencia, no empece a que consideremos limitado su interés para el jurista. El muestreo utilizado, e incluso el mismo método antedicho, hacen que su contenido sea, al menos, cuestionable.

JAVIER BOIX

LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel (Director-Coordenador). BONELLI, Mario Bruno; GARONA, José Ignacio; GARCIA MORITAN, Niño Tulio: "Violación, Estupro, Abuso Deshonesto". Ediciones Lerner. Buenos Aires, 1971. 230 págs.

La presente obra, realizada en cooperación por diversos especialistas, dirigida y coordinada por el profesor López Bolado, y prologada por el doctor Gerardo Peña Guzmán, contiene un estudio de determinados delitos que se sitúan en una parcela del Derecho penal sumamente difícil, por cuanto se implican en ella, a menudo, cuestiones que ya debieran estar resueltas previamente.

Cada uno de los mencionados autores estudia de forma individualizada la violación, el estupro y el abuso deshonesto, delitos que epigrafían el libro. Sin embargo, también se dedica un apartado al que denominan "acceso carnal fraudulento", tipificado en el artículo 121 del Código penal argentino, al que conceden una autonomía, por cuanto consideran que en modo alguno puede encuadrarse en el estupro o en la violación.

Se analiza, pues, una clase de delitos que, aunque diferenciados tipológicamente, presentan similitudes que permiten tratarlos unitariamente. De esta forma se clarifican las características que distinguen unos de otros, fundamentalmente el grado de la actividad sexual que delimitará los abusos deshonestos de la violación y el estupro, y las características del sujeto pasivo que separará a estos dos últimos.

Pese al inconveniente que supone en obras de esta índole la existencia de varios autores, en la medida que puedan mostrar criterios adversos ante idénticas cuestiones, estimamos de interés cuando de estas materias se trata se tengan presentes las diversas posturas que se plantean sobre puntos todavía polémicos (en esta obra es de notar opiniones diversas sobre el concepto de "acceso carnal").

El estudio de cada uno de los delitos se realiza a partir de la regulación legal, con un examen minucioso de cada uno de los tipos a través de sus diversos elementos, siempre teniendo en cuenta la opinión de la doctrina, sobre todo hispano-americana, y en los casos que se considera preciso la jurisprudencia. Se sigue el esquema clásico: sujetos del de-

lito; conducta delictiva; culpabilidad; diferencia con delitos afines; bien jurídico protegido; concurso, etc. Es de notar el interés criminológico en algunos aspectos de la obra, en base a conclusiones de esta índole que los autores realizan utilizando estadísticas del país.

Creemos de interés para el jurista español el estudio de esta obra, pese a que en todo momento se refiera a la legislación argentina, y ello por diversas razones. En primer lugar, la ausencia de bibliografía nacional especializada en esta materia. En segundo lugar, la afinidad de determinados problemas que se presentan en tipos similares, por ejemplo, la violación o el estupro del artículo 436, párrafo 3.º del Código penal en relación con el artículo 120 del Código penal argentino. En tercer lugar, por el análisis de cuestiones de carácter general que se plantean al estudiar esta clase de delitos. Y en cuarto lugar por cuanto supone un análisis jurídicamente global, que aborda la problemática más importante que presentan estos delitos de conformidad a la regulación argentina, con aportaciones criminológicas, que le hacen merecedor de atención tanto por parte del teórico como del práctico.

JAVIER BOIX

Libro Homenaje: "Vigencia del Código penal de 1873". Publicaciones del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1973. 261 páginas.

Bajo la dirección y tras unas palabras preliminares del profesor Tulio Chiossones, se realiza un estudio global del Código penal venezolano de 1873, con motivo del centenario de su publicación, el 27 de abril del precitado año.

Tras un estudio de sus antecedentes históricos y precedentes legislativos, se valora su importancia en base a ser el primer Código penal de Venezuela, por la función que cumple en cuanto a la legalidad y en cuanto a la eliminación de "la dictadura judicial". Igualmente se hace mención al primer divulgador de esta obra legislativa mediante su "Exposición del Código penal venezolano", el doctor Francisco Ochoa.

Principal mérito de este cuerpo legal lo constituye su perduración al cabo de los años, puesto que pese a la promulgación de posteriores códigos, partes esenciales del viejo código siguen vigentes superando todas las reformas habidas, unas veces manteniéndose íntegramente y otras siendo fuente de otros preceptos legales. Ello queda patente a través de un minucioso examen del Código de 1873 en aquellas parcelas que, en alguna medida, tienen vigencia todavía.

Al homenaje se han unido los profesores Víctor M. Alvarez y Arnoldo García Iturbe, a través de sendas aportaciones, la primera de ellas en torno a los delitos contra el honor en el meritado código y la segunda referente a los delitos contra la propiedad en el mismo.

Concluye el libro con una documentación sobre los trabajos preparatorios del Código penal de 1873 y con una reproducción facsimilar de algunos antecedentes legislativos para la promulgación del mismo.

La muestra completa del Código de 1873 es suficiente para valorar el interés del libro, cuando aquél, pese a cumplir ya los cien años desde su publicación, todavía sigue siendo una obra fundamental en la legislación venezolana, no sólo por la importancia trascendental que tuvo en aquel momento, sino también por la perduración de determinados institutos que contenía, a través de las diversas reformas legislativas.

JAVIER BOIX

MALO CAMACHO, Gustavo: "Tentativa del delito". Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1971. 252 págs.

Por medio de la presente obra, surge una nueva aportación al estudio de la tentativa para delinquir, fase dentro del proceso que sigue el delincuente para conseguir su propósito, sin llegar a consumarlo, y que se encuentra generalmente sancionada en los códigos penales.

Consta, fundamentalmente, de dos partes. La primera, donde se realiza un estudio de carácter general sobre la noción de tentativa y la diversa problemática que suscita en el ámbito del Derecho penal. La segunda, es un análisis de Derecho comparado sobre esta institución.

En la primera parte, se lleva a cabo, conforme hemos ya dicho, un análisis global de la tentativa, encuadrándola en relación con el delito consumado y examinándola de conformidad a las distintas clases de delitos (perfecto o imperfecto, doloso o culposo, unisubsistentes e instantáneos, permanente, formales y materiales, de peligro, sujeto a condición objetiva de punibilidad, circunstanciado, de omisión simple y de comisión por omisión, habitual, continuado y convergencia de delitos), así como diferenciando la tentativa propia de la impropia. Tras hacerse un bosquejo histórico y legislativo de la tentativa en México, se pasa, en el capítulo cuarto, titulado "La interpretación de la norma", a considerar el problema de la distinción entre los actos de preparación y los actos de ejecución, teniéndose presentes los diversos criterios que se han esgrimido para diferenciarlos en punto a lograr el más justo límite de la punición en la tentativa. El interés de este capítulo es fundamentalmente documental, por cuanto hace un repaso a la doctrina italiana y alemana en esta materia, centrándose, esencialmente, en el estudio de los criterios de univocidad e idoneidad, para concluir con un examen de la legislación mexicana y, más concretamente, del artículo 12 del Código penal (en relación con los artículos 2, 1.º; 13, 1.º y 102), estimando sólo punibles los actos de ejecución y estableciendo el criterio de distinción con los actos preparatorios (que serían impunes) que no es otro sino el del comienzo de la ejecución, entendiendo como el inicio de la lesión al núcleo del tipo legal, "ya que se encuentra fundado en ese principio fundamental del *nullum crime nulla poena, sine lege*, piedra angular del Derecho penal". Termina este capítulo con unas referencias a la jurisprudencia italiana, alemana y mexicana.

La segunda parte de la obra hace relación al Derecho comparado, con especial incidencia en la legislación española, desde los comienzos de la codificación y, naturalmente, en la mexicana.

Pese a la falta de claridad y de orden que en algunos momentos enturbian el estudio del libro, tiene un interés principalmente informador respecto los criterios vertidos en torno a cuestiones problemáticas que suscita el instituto de la tentativa, y respecto a la legislación vertida sobre el mismo, en los diversos países.

JAVIER BOIX

MILLAN, Alberto S.: "El delito de encubrimiento". Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970. 221 págs.

Bajo la rúbrica de "El delito de encubrimiento", el autor realiza un estudio sobre el encubrimiento propiamente dicho, en su doble faceta de favorecimiento real y favorecimiento personal, y de la receptación. Estudio realizado en el ámbito del Derecho penal argentino, a partir de su Derecho positivo, elaborándose un análisis estrictamente jurídico, tomando en consideración abundante jurisprudencia de aquel país, sin olvidar aquellas aportaciones de la ciencia jurídica extranjera que en algún modo contribuya a esclarecer la problemática que se plantee en este ámbito.

Previamente a todo ello, se trae a colación una reseña histórica en torno a los antecedentes legislativos e históricos de estos delitos, tanto en Argentina como, en general, en otros países, con lo que se lleva a cabo un análisis de derecho comparado, estableciéndose los diversos sistemas que actualmente existen en la regulación del encubrimiento.

Se ha querido, de cara a una mayor clarificación, diversificar la problemática, extrayendo de la regulación del encubrimiento y receptación de aquellos elementos genéricos a todos ellos, enfocando, de esta forma, unitariamente el examen de los preceptos. En este sentido se abordan los presupuestos de todos estos delitos: delito anterior; ausencia de promesa anterior; temporalidad (después) en relación a la comisión del delito; exclusión de los casos de participación; y otras notas comunes.

Al entrar en el análisis de las características específicas de cada una de las modalidades, se examina individualizadamente cada uno de los preceptos. Así, en primer lugar, el artículo 277, regulador del favorecimiento personal, que recoge una doble figura: el favorecimiento personal en sentido estricto y la omisión de denuncia del obligado a hacerla. En segundo lugar, se centra en el artículo 278, 3.º, que regula el favorecimiento real. En tercer término, entra ya en el estudio del delito de receptación descrito en el artículo 278, 1.º y 2.º en su figura típica y agravación de habitualidad y en el artículo 278 bis en lo referente a la receptación de cosas sospechosas. Concluye la obra con la referencia al artículo 279 que contiene la exención de pena, de talante similar aunque de contenido más abierto que el artículo 18 del Código penal español. En un último capítu-

lo se trae a consideración el encubrimiento en la ley especial de aduanas: el encubrimiento del contrabando. En cada una de las modalidades antedichas se hace un repaso a todos los problemas que se plantean sin salirse en ningún momento de las exigencias típicas, tomando los diversos elementos de los tipos como puntos de interpretación. Así, se revisa en cada uno de ellos la acción, el bien jurídico, el objeto material, los sujetos, concurso, participación, etc.

Aunque la regulación del encubrimiento y receptación se encuentran reguladas de forma muy diferente en el Código argentino en relación al español, hay una serie de cuestiones que cobran especial interés cuando se tratan en el presente libro, en la medida que pueden plantearse cuando se aborda el estudio del encubrimiento y receptación en el Derecho español. En este sentido la problemática del bien jurídico protegido, que Millán lo centra en la administración de justicia, si bien en la receptación tiene importancia el ataque al patrimonio. La agravante de habitualidad, contemplada en ambas legislaciones (art. 546 bis a) del Código penal español). La cuestión de la autonomía o no de estos delitos, que el autor concluye por su virtualidad en aquel derecho, pero que pensamos es mucho más discutible en lo que se refiere al Derecho español, tanto por la subordinación existente respecto a la sanción del delito principal, cuanto por su diferente regulación no sólo de contenido sino también de sistemática.

Estamos, pues, ante un libro interesante, en cuanto nos muestra, de forma precisa, la regulación de los delitos de encubrimiento y receptación en el Derecho argentino, y porque plantea una serie de problemas de gran interés para el jurista español en tanto suponen de aportación en el esclarecimiento de aquellos puntos polémicos del Derecho español en esta materia.

JAVIER BOIX

MORAS MOM, Jorge R.: "Los delitos de violación y corrupción". Ediar. Buenos Aires, 1971. 172 págs.

Una nueva aportación por parte de la literatura jurídico-penal hispanoamericana al ámbito del derecho penal sexual. El profesor Moras realiza un estudio de los delitos de violación y corrupción desde una perspectiva técnico-jurista basada en el análisis de la legalidad vigente argentina, pero también incidiendo de forma profunda, aunque somera, en lo que significa la sexualidad en el aspecto individual y social, con sus valoraciones respectivas.

El delito de violación (artículo 119 del Código penal argentino) lo examina utilizando el esquema clásico, que lo hace fácilmente adaptable al Derecho español, por su afinidad. Así, analiza el bien jurídico, que lo cifra en la libertad del sujeto pasivo en el aspecto sexual; la violencia, tanto física como moral, que emplea el sujeto activo; los sujetos del delito, activo y pasivo, no admitiendo la violación inversa, es decir, aquella

en la que el sujeto activo sea mujer; el *iter criminis*, la pena, la acción penal y las circunstancias agravantes. Atenuación especial merece el estudio que realiza del acceso carnal, acogiéndose a la teoría jurídica, frente a la biológica. Igual interés despiertan las consideraciones en torno a la existencia de violación pese a la invocación del derecho a exigir la cumplimentación del acceso carnal, especialmente en la institución matrimonial y en el concubinato con mayor razón.

La segunda parte del libro se centra en el delito de corrupción. Antes de entrar en un enfoque estrictamente jurídico del mismo, el autor hace alusión a las etapas de la sexualidad (erotismo, genitalidad y sexualidad), a la personalidad sexual, a la relación entre amor y psiquis. Con estos antecedentes esboza un concepto de corrupción y estudia el bien jurídico protegido en este delito, refiriéndose a la trascendencia del enfoque social de la sexualidad. Analiza la totalidad de los elementos del tipo penal (sujetos, elemento subjetivo, límites de edad, etc...). Merece especial consideración el examen de los modos de producción de la corrupción, en el que se exponen tanto la teoría de los medios físicos de corrupción como la teoría de los medios morales, concluyéndose por la desestimación de adherirse a una u otra por cuanto significa parcializar el problema. Plantea los problemas que se suscitan en este sentido en la legislación argentina, así como el de la posible corrupción del ya corrompido, optando, frente al criterio que no lo estima posible, por su total aceptación.

El interés de la obra se cifra mayormente en el examen del delito de violación, dado que para el jurista español las consideraciones que se viertan en esta parte le serán fácilmente transferibles al derecho propio. Con todo, es un libro que merece tomarse en consideración, no sólo por el conocimiento que aporta de la realidad jurídica argentina, sino también por el planteamiento y toma de postura de algunos problemas de índole general que se presentan al estudiarse los delitos sexuales. Por otra parte, la carencia de bibliografía nacional sobre estos temas revaloriza su propio interés.

JAVIER BOIX

NINO, Carlos Santiago: "El concurso en el Derecho penal". Ed. Astrea. Buenos Aires, 1972. 145 págs.

Se aborda, en el presente libro, las diversas facetas que, principalmente, plantea el concurso, tanto de leyes como de delitos. Primeramente se hacen unas disquisiciones en torno a la significación de la "acción" según su uso común, y ello en relación a la noción de "hecho", para concluir por una identificación de ambos conceptos a los efectos de los artículos 54 y 55 del Código penal argentino, preceptos reguladores de la materia concursal.

Sentada esta premisa, el autor trata de establecer los criterios para delimitar cuándo se está ante una acción o ante varias, haciendo alusión

a determinadas conexiones: lógicas (parciales o totales), empíricas (instrumentales o intencionales y causales), y contextuales.

Establecidos estos criterios, pasa a estudiar a la luz de los preceptos antes aludidos y de la doctrina jurisprudencial argentina, el concurso de leyes (al que critica, pues determinadas situaciones de concurso aparente de normas piensa serían incluíbles en el concurso ideal de delitos) mediante los cuatro principios fundamentales que lo regulan: especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad. Posteriormente analiza la concurrencia de normas penales, especificadas en el concurso ideal y el concurso real de delitos (a la luz de las conexiones entre acciones al principio mentadas), concluyendo con el examen del delito continuado, tanto en sus características fundamentales como tomando en consideración la posibilidad de asunción del mismo como concurso de delitos ideal, concluyendo por estimar que no cabe encuadrarlo como tal en el artículo 54 del Código penal.

Estamos, pues, ante un estudio sencillo de la problemática concursal, que da unas soluciones para la legislación argentina, estableciendo unos criterios previos en base a un estudio de la acción, identificada con el "hecho" en ocasiones no excesivamente esclarecedor, pero que, sin embargo, sirve para dar una muestra sucinta de los problemas que se plantean, y las soluciones que se aportan de conformidad a una legislación concreta, la argentina.

JAVIER BOIX

NOTICARIO

CONCLUSIONES DE LAS "JORNADAS DE DERECHO PENAL". LA NORMATIVA DE ALGUNAS SANCIONES PECUNARIAS, EN OPOSICION CON LAS LEYES FUNDAMENTALES. DEBE DESAPARECER LA PLURALIDAD DE JURISDICCIONES PENALES.

Las conclusiones de las "III Jornadas de los catedráticos y profesores agregados de Derecho Penal", celebradas en Santiago de Compostela los días 28 a 30 de mayo, constan de los siguientes puntos:

1.^a Es necesario replantear, en nuestro país, los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo dada la excesiva extensión de la potestad sancionadora de la Administración.

2.^a En las infracciones administrativas muy graves y graves deben aplicarse los principios de culpabilidad, de legalidad, de irretroactividad (salvo en las leyes favorables), "ne bis in idem", y se debe prever la posibilidad de interponer un recurso suspensivo ante los órganos de la jurisdicción criminal.

3.^a Se impone reducir el ámbito de prohibición de las normas penales a aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro valores fundamentales necesarios para una convivencia libre y pacífica. Deben desincriminarse, en consecuencia, aquellos hechos que no perjudican esa convivencia.

4.^a El Derecho Penal español debe introducir el sistema de días-multa.

5.^a La normativa concreta de algunas sanciones pecuniarias administrativas está en oposición con lo establecido en las Leyes Fundamentales.

6.^a Las multas administrativas, en supuestos de impago, nunca deben dar lugar a responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad.

7.^a Deben abolirse las penas privativas de libertad de duración inferior a un año (salvo en casos muy especiales a determinar). Asimismo debe establecerse legislativamente que ninguna pena privativa de libertad tendrá una duración superior a veinte años.

8.^a Manifestar el profundo desagrado por no haber sido tenidas en cuenta las Conclusiones adoptadas en las II Jornadas celebradas en la Universidad de Barcelona, en mayo de 1974, en las cuales se acordó lo siguiente:

1. "Propugnamos el absoluto respeto 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 admisión de medidas de seguridad predelictivas conculcan los indeclinables postulados de la certeza y 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.

PRINCIPIOS HUMANITARIOS

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 un mero instrumento de poder; ha de estar siempre, por el contrario, al servicio de los 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”.

“DEL DERECHO PENAL A LA DEFENSA SOCIAL”. CONFERENCIA DEL ABOGADO GRAMATICA EN EL ATENEO DE MADRID,

En el Ateneo de Madrid pronunció una conferencia el abogado y profesor de la Universidad de Génova, Filippo Gramatica, quien presentó la traducción española de su obra “Principios de defensa social”, por los señores Jesús Muñoz Núñez de Prado y Luis Zapata Aparicio, publicada en Madrid por Editorial Montecorvo, después de otras traducciones al francés, alemán, polaco y árabe.

Gramatica inició su exposición con un recuerdo a la obra de Dorado Montero, catedrático de Salamanca a finales del pasado siglo, objeto de nuestra ponencia al II Congreso Internacional de Defensa Social, celebrado en Lieja, 1949 (1).

(1) PASCUAL MENEU: *Un précurseur de la Défense Sociales: Dorado Montero*, en “Rev. Internationale de Criminologie et de Police Tech-

El conferenciante, para mejor responder a la pregunta qué es la de fensa social, se refirió al problema de las relaciones entre individuo y estado y al objeto del Derecho penal, haciendo una crítica de la estructura del Derecho penal tradicional, antes de tratar de la noción de antisocialidad del sujeto y del juicio sobre la misma, y su incidencia sobre el sistema procesal y penitenciario y su transformación.

Gramaticá resumió así en aquél libro las líneas directrices de la teoría de defensa social (página 31):

“El Estado debe orientar su función hacia la eliminación de las causas del malestar del individuo en la sociedad. Para afirmar el orden querido por la Ley, el Estado no tiene derecho de castigar, sino el deber de socializar. La obra de socialización debe realizarse, no con penas, sino con medidas de defensa social, preventivas, educativas y curativas. La medida de defensa social debe adaptarse al sujeto en concreto, en relación a su personalidad —antisocialidad subjetiva— y no en relación— responsabilidad al daño causado— delito. El proceso de defensa social empieza por la determinación de la naturaleza y grado de antisocialidad del individuo y se completa, siempre judicialmente, con el agotamiento de la necesidad de aplicación de la medida, al igual que el tratamiento del enfermo concluye con su curación.”

Para el presidente honorarios de la Sociedad Internacional de Defensa Social, se trata de “un sistema jurídico sustitutivo del Derecho penal y no integrante del mismo”; recordó la pregunta del profesor Frey en su famoso artículo “Derecho penal o defensa social” (Revista Penal Suiza, 1953, pág. 405) y la respuesta de Graven, Rector de la Universidad de Ginebra y Presidente de su Tribunal de Casación: “Defensa social y Derecho penal” (2).

El orador expuso el movimiento de Defensa Social desde los primeros congresos Internacionales de San Remo (1947) y Lieja (1949), cuya amplia crónica de trabajos y resoluciones publicamos en la “Revista general de Legislación y Jurisprudencia” (Madrid, marzo 1950). “Horas que dejaron en cada uno de los que las vivimos—dijo—huella perenne, infundiéndonos un impulso sin desmayos para las reformas legislativas del tradicional Derecho penal. Se refirió especialmente a la Asamblea interamericana de Defensa Social, a las Jornadas y al próximo Congreso Internacional, también con sede en Caracas (1952, 1974 y 1976) y al libro del Presidente Marc Ancel (Nueva defensa social. Un movimiento de política criminal humanista, París 1954) para terminar con un mensaje a su auditorio y a los pueblos de habla castellana, por un mañana mejor. Fue muy aplaudido.

Pascual Meneu

nique”, Gèneve, VIII, I, 1954. *La personalidad del delincuente y la prevención del delito en Dorado Montero*. “Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios”, núm. 87, Madrid, junio, 1952.

(2) V. JEAN GRAVEN: *Introducción a un enjuiciamiento criminal racional de prevención y defensa sociales*. Traducción de P. MENEU, en “Rev. General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, 1054, 50 páginas.

El Centro Internacional de Criminología Biológica y Médico Legal convoca en Sao Paulo (Brasil) del 4 al 8 de agosto de 1975 el II SYMPOSIUM INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA, sobre el tema central: "Hacia una Criminología unificada", presentando, especialmente, en mesas redondas los aspectos correspondientes a la "INTEGRACION". Entre los participantes especialmente invitados se destacan en la convocatoria, aparte de especialistas como Ferracuti, G.; Kaiser, I.; Drapkin, J.; Pinatel, M.; López-Rey, etc., el español A. Beristain. Las consultas deberán ir dirigidas a Rua Teodoro Sampaio, 115. Caixa Postal 22215. Sao Paulo. Brasil.

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

INDICE GENERAL DEL TOMO XXVIII

FASCICULO I

Enero - abril MCMLXXV

Sección Doctrinal

	<i>Páginas</i>
<i>Delitos cometidos por medio de la publicidad</i> , por Ortego Costales.	5
<i>El "error iuris", perspectivas materiales y sistemáticas</i> , por Angel Torio-López	25
<i>La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española</i> , por José Cerezo Mir	41
<i>Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos</i> , por Alfonso Serrano Gómez	57

Sección Legislativa

<i>Consideraciones sobre la última reforma del Código penal</i>	77
<i>Fiscalía del Tribunal Supremo</i>	88

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1975</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	92
--	----

Revista de Libros

DEL ROSAL, Juan: <i>4 penas de muerte, 4</i> , por Javier Boix	138
EDUARDO HERRERA, Lucio: <i>El error en materia penal</i> , por Javier Boix	139
GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Fernando: <i>Las faltas de imprudencia en el uso y circulación de vehículos a motor</i> , por Javier Boix.	140
HIBBERT, Chistopher: <i>Las raíces del mar</i> , por Javier Boix	140
KARPMAN, Benjamín: <i>El crimen sexual y sus motivaciones</i> , por Javier Boix	142

	<u>Páginas</u>
KARMAN, Benjamín: <i>El delito y los delincuentes sexuales</i> , por Javier Boix	142
LÓPEZ BOLADO, Jorge Daniel; BONELLI, Mario Bruno; GARONA, José Ignacio; GARCÍA MORITAN, Niño Tulio: <i>Violación. Estupro. Abuso deshonesto</i> , por Javier Boix	143
LIBRO HOMENAJE: <i>Vigencia del Código penal de 1873</i> , por Javier Boix	144
MALO CAMACHO, Gustavo: <i>Tentativa del delito</i> , por Javier Boix ...	146
MILLÁN, Alberto S.: <i>El delito de encubrimiento</i> , por Javier Boix ...	147
MORAS MOM, Jorge R.: <i>Los delitos de violación y corrupción</i> , por Javier Boix	148
NINO, Carlos Santiago: <i>El concurso en el Derecho penal</i> , por Javier Boix	149
NOTICIARIO	150

Sección Legislativa

<i>Consideraciones sobre la última reforma del Código penal</i>	77
<i>Fiscalía del Tribunal Supremo</i>	88

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1975</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	92
--	----

Revista de Libros

DEL ROSAL, Juan: <i>4 penas de muerte, 4</i> , por Javier Boix	138
EDUARDO HERRERA, Lucio: <i>El error en materia penal</i> , por Javier Boix.	139
GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Fernando: <i>Las faltas de imprudencia en el uso y circulación de vehículos a motor</i> , por Javier Boix ...	140
HIBBERT, Chistopher: <i>Las raíces del mar</i> , por Javier Boix	140
KARPMAN, Benjamín: <i>El crimen sexual y sus motivaciones</i> , por Javier Boix	142
KARPMAN, Benjamín: <i>El delito y los delincuentes sexuales</i> , por Javier Boix	142
LÓPEZ BOLADO, Jorge Daniel; BONELLI, Mario Bruno; GARONA, José Ignacio; GARCÍA MORITAN, Niño Tulio: <i>Violación. Estupro. Abuso deshonesto</i> , por Javier Boix	143
LIBRO HOMENAJE: <i>Vigencia del Código penal de 1873</i> , por Javier Boix.	144
MALO CAMACHO, Gustavo: <i>Tentativa del delito</i> , por Javier Boix ...	146
MILLÁN, Alberto S.: <i>El delito de encubrimiento</i> , por Javier Boix ...	147
MORAS MOM, Jorge R.: <i>Los delitos de violación y corrupción</i> , por Javier Boix	148
NINO, Carlos Santiago: <i>El concurso en el Derecho penal</i> , por Javier Boix	149
NOTICIARIO	150

Suscripción anual: España, 800,— pesetas
Extranjero, 950,— pesetas

Número suelto, España, 350,— pesetas
Extranjero, 450,— pesetas