

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVIII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXV

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.º

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de San Sebastián

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alicante

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal y Director del
Instituto de Criminología de la Universidad
Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO

FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Santiago de Compostela

MANUEL GARCIA MIGUEL

Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de León

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Ex Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Cádiz

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Granada

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad Nacional de Educación a Distancia

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alicante

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—28014 Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 3.300 ptas Extranjero, 3.600 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.300 ptas. Extranjero, 1.600 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-Diciembre 1984

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 429 93 12. 28014 Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 6. 28014 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 XXXVIII
FASCICULO I**



**ENERO - ABRIL
MCMLXXXV**

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

I.S.S.N. 0210-3001
Depósito Legal, M. 126.—1958

Don José Antón Oneca, Magistrado del Tribunal Supremo *

FERNANDO DIAZ PALOS

Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo
Presidente de la Sección 4.ª de la Comisión General de Codificación

Como ya apunté en mi intervención del pasado 11 de febrero, en la sesión necrológica celebrada también por la Universidad de Salamanca en recuerdo y homenaje a don José Antón Oneca, el que fue Catedrático de Derecho penal de dicha Universidad, fue también Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desde el 3 de marzo de 1932 en que fue nombrado, hasta el 2 de diciembre de 1936 en que por Orden Ministerial del Gobierno de la Segunda República fue separado preventivamente del servicio, dado que la guerra civil le sorprendió a don José en Segovia, es decir, fuera del territorio controlado por aquel Gobierno. Entre esas dos fechas, nuestro Magistrado fue Ponente en 351 resoluciones de Casación. Descontadas cien de índole procesal (quebrantamiento de forma, competencias y error de hecho en la apreciación de la prueba), son 251 las sentencias de fondo, es decir, afectante al Derecho penal sustantivo. Ellas van a ser objeto de nuestra disertación.

Dicho conjunto de fallos viene a ser como un microcosmos en el que se refleja buena parte de la temática penal, con predominio de algunos de tales temas, dada la época histórico-social en que se produjeron las distintas resoluciones, según tuve también ocasión de resaltar en la aludida intervención.

Nuestra exposición va a seguir la misma metódica imperante en la ciencia penal, con la consiguiente división en PARTE GENERAL y PARTE ESPECIAL. La primera con la trilogía que le sirve de soporte, esto es, LEY, DELITO Y PENA y las subsiguientes divisiones y apartados que cada uno de tales tratados comportan, siempre, como es lógico, que sobre los mismos haya recaído algunos de los fallos objeto de nuestra glosa. La parte especial debería seguir el mismo orden establecido para las distintas especies de delitos por el Código Penal de 1932, bajo cuyo imperio se produjeron la mayoría de las sentencias.

(*) Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el día 30 de marzo 1982.

Sin embargo, limitaremos en esta ocasión nuestro estudio a la Parte General, para no alargar desmesuradamente el comentario.

PARTE GENERAL

LA LEY

Tres fueron los temas contemplados en este primer aspecto de la parte general: Interpretación de la ley: La ley penal en el tiempo. Y concurso de normas.

I. *Interpretación.* Es justamente la última sentencia dictada bajo ponencia de don José Antón, de 14 de julio de 1936, la que en tema de contrabando, entonces acogido a la jurisdicción ordinaria, recuerda la prohibición de la *interpretación analógica*, interpretación que dio la Audiencia al equiparar a los efectos prohibidos o estancados aquellos otros cuya importación está sólo sujeta a determinadas medidas precautorias, contra lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Código penal (idénticos al respecto a los del Código vigente). En consecuencia, se dio lugar a la casación y consiguiente absolución en lo penal, sin perjuicio de la posible comisión de una falta de defraudación y de una infracción administrativa sancionada en el Reglamento de Epizootias.

Vemos, pues, claramente delimitados el ilícito penal y el administrativo que en la instancia se habían confundido al socaire de una interpretación analógica. Si siempre son repudiables los tipos penales en blanco, por la inseguridad jurídica que ofrecen para su captación por el ciudadano y, de otra parte, por las dificultades que ofrece su interpretación por los Tribunales, el repudio subirá de punto si se trae el injusto administrativo al campo penal por la vía vitanda de la analogía. Sé que no es lo mismo interpretación analógica que analogía. El mismo Antón lo enseña en doctrina (*Derecho penal*, I, 1949, pág. 100). La primera es una forma de interpretación sistemática, ésta permitida, en cuanto el supuesto está comprendido, ya que no en la letra, sí en el espíritu de la Ley. La analogía propiamente dicha —salvo que el tipo penal la imponga, con todas las restricciones propias del caso, o se trate de analogía *in bonam partem*— está prohibida por el Derecho penal humanista y liberal de nuestro tiempo por más que en épocas o lugares de totalitarismo jurídico pegado al político (Código ruso de 1926, Ley alemana de 1935) se produjera una brusca ruptura con el pensamiento dominante en las legislaciones penales. Volviendo a nuestra sentencia, si en la misma se afirma que el ganado vacuno de cuya importación se trataba, no está incluido en ninguno de los conceptos que integran los efectos estancados o prohibidos, únicos que son materia legal de contrabando, el comprenderlos por otras razones, no defraudatorias, sino de higiene y salud pública, es claro que contraría a la misma *mens legis*, lo que entraña verdadera analogía. De ahí el fundamento ortodoxo de la casación postulada y acordada.

Una alusión a la *interpretación finalista o teleológica*, complemen-

tada por la lógica y en defecto de la gramatical, se hace en la *Sentencia de 21 de diciembre de 1935*. Se trataba en el caso del supuesto de atenuación previsto para el delito de sedición por el artículo 251 del Código penal de 1932 (artículo 224 del vigente) y de si tal rebaja de la penalidad alcanzaba igualmente a la fase de conspiración prevista en el artículo 249 de aquel Código (hoy establecida con carácter general para todos los delitos, como es sabido). Entiende la sentencia que sí es aplicable la degradación del castigo a la fase conspirativa «por el respeto debido a la finalidad del precepto, a falta de una interpretación gramatical suficientemente clara, como por la desigualdad que supondría llegar a castigar a los ejecutores de la sedición con igual o menor pena que a los simples conspiradores». No parece dudoso que este último argumento, además de entrañar un postulado de justicia material (tratar desigualmente a los desiguales), incluye también un elemento de interpretación sistemática, dada la adecuación de la pena en estos delitos de insurgencia colectiva según se trate de jefes (o mandos subalternos) y meros ejecutores, tripartición de responsabilidades clásica y tradicional en nuestros Códigos que, por lo mismo, debe estar presente a todo lo largo del *iter criminis*, incluidas sus fases preparatorias, en las que también es dable distinguir tales especies de autoría.

II. *La Ley penal en el tiempo*.—La *Sentencia de 23 de mayo de 1932* contempla el tránsito del Código penal de 1928 al de 1870, una vez que el primero fue derogado por Decreto de 1931 y que éste Decreto restablecía el vigor del segundo, lo que «no entraña una nueva promulgación del Código antiguo...», por lo que «queda fuera de los términos del artículo 1.º del Código civil (hoy artículo 2-1 del vigente después de la reforma de 31 de mayo de 1974), lo que hacía innecesaria tanto una nueva promulgación del Código penal restaurado como la «vacatio legis» prevista por el referido precepto del Código civil. La razón no es otra que la de haberlo dispuesto así el Decreto derogador de 1931, fundado en que la «larga vigencia» del Código ochocentista lo hacía sobradamente conocido, de suerte que tal Código era aplicable a los delitos cometidos con anterioridad a su restablecimiento si sus disposiciones eran más favorables en los procesos pendientes en virtud del «indulto general tácito» de que hablaba el Decreto en cuestión. Por otra parte, el único efecto que se consentía al Código de 1928 para los hechos ya sentenciados era el de aplicarlo si resultaba más beneficioso para los delinquentes. En definitiva, como se ve, se hace amplio uso de la retroacción de la ley más favorable al reo, incluida la de la Ley intermedia, representada por el Código de 1928 intercalado entre las dos etapas de vigencia del Código de 1870. Por otra parte, la supresión de la «vacatio legis» actuaba de acuerdo con la salvedad permitida por el artículo 1.º (hoy 2-1) del Código civil.

De la mencionada retroacción favorable se hace amplio uso en las sentencias anteriores o posteriores a la señalada. Así en la *Sentencia de 18 de abril de 1932*, según la cual, de acuerdo con el artículo 23 (hoy 24) del Código penal de 1870, las sentencias dictadas con arreglo al Código penal de 1928 sólo serán convalidadas por los preceptos de aquél

en cuanto los mismos resulten más favorables al reo, lo que obliga a comparar las condenas que resulten de aplicar uno u otro Cuerpo legal. Por lo mismo, la *Sentencia de 17 de mayo de 1932* absuelve de un delito de conducción ilegal por retroacción favorable del Código de 1870 que no preveía tal delito instaurado por el Código de 1928. Notemos al paso que dicha infracción delictiva vuelta a introducir por la Ley de 9 de mayo de 1950, confirmada por la Ley de 24 de diciembre de 1962, de donde pasó al artículo 340 bis c) del Código penal, está en trance de desaparición en la reforma penal que se proyecta, como típico delito de policía o administrativo, impropio de un ordenamiento penal estricto (1).

Ya en vigor el Código penal de 27 de octubre de 1932, cuya entrada en vigor se fijó en 1 de diciembre de dicho año, se aplica, como es lógico, la misma doctrina, con base en el artículo 24 y Disposición transitoria del nuevo Código. Así lo hacen las *Sentencias de 14 de octubre de 1933* (en que se declara falta el hecho por retroacción favorable), *de 23 de octubre y 17 de noviembre* del mismo año (en que se rebaja la pena atendida la nueva cuantía del delito de estafa). Y la de *29 de febrero de 1936*, en la que el delito de hurto pasa a ser falta, puesto que las dos condenas anteriores determinantes de la reincidencia cualificadora dejaron de ser delito por la cuantía.

III. Concurso de normas.

Se aborda este tema en las *Sentencias de 12 de febrero de 1934, 22 de diciembre del mismo año y 1 de abril de 1935*.

La primera de tales resoluciones aplica el *principio de especialidad* (*Lex specialis derogat legi generale*) a un *caso de corrupción de menores*, a cuyo efecto distingue el supuesto de proxenitismo caracterizado por la explotación activa de la menor incluido en el núm. 1.º del artículo 440 del Código penal de 1932 (hoy artículo 452 bis b-1.º), y el de explotación pasiva de quien se lucra con las ganancias de la prostituta sin prestar colaboración ni proporcionar medios para su actividad deshonestas, actividad esta última que era la imputada a la madre de la menor y cuyo castigo se recogía en el último párrafo del referido artículo 440 (hoy 452 bis e), precepto aplicado por el Tribunal de instancia y que confirma el de casación por ser preferente «esta norma especial a la otra general».

La segunda de dichas sentencias confirma la aplicación del artículo 167 de aquel Código republicano (163 del actual), que castigaba un delito contra la forma de Gobierno, delito más grave que absorbe los actos sediciosos del artículo 248 (hoy 218), pretendido por el recurrente, para ponerlo en relación con el artículo 253 (hoy 226) una vez que los sediciosos se sometieron a la Autoridad sin resistencia, antes de conseguir sus propósitos sin ser, por otra parte, empleados públicos. Se trata, pues, de una aplicación del *principio de consunción* o, si se

(1) Efectivamente, la Ley 8/83, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, ha suprimido el artículo 340 bis c) que castigaba el delito de conducción ilegal.

prefiere, de *subsidiariedad* que en aquél Código funcionaba de manera tácita y que en el actual se declara expresamente (artículo 68), haciendo prevalecer la norma de mayor rango punitivo. En el caso se trataba de la conducta de los componentes de un Comité revolucionario que al estallar un movimiento subversivo en toda España (se refiere al de octubre de 1934, que alcanzó su máxima importancia en Cataluña y Asturias), se dirigen al Ayuntamiento de Cieza y requieren al alcalde para que cese en sus funciones. El razonamiento de la sentencia es que si bien de manera inmediata está la conducta comprendida en el delito de sedición, no es menos cierto que tal episodio constituía una fase de un movimiento revolucionario más amplio que tenía por fin reemplazar la forma de Gobierno, por lo que «ante este concurso de disposiciones legales la Audiencia procedió acertadamente al sancionar los hechos conforme al delito más grave» (*Lex consumens derogat legi consumptae*).

En fin, el tercer fallo antedicho, ofrece la curiosidad de que es la Defensa la que, en un caso de apropiación indebida, entonces aún incluida dentro de la estafa (artículo 523-5.º, hoy 535), postuló la tesis de la malversación de caudales públicos, notoriamente más grave y que, por ello, sería preferente «en este concurso de disposiciones legales», por las mismas razones apuntadas en el caso antes examinado. En efecto, se trataría de un caso de malversación impropia (depositario de bienes embargados) castigado en aquel Código con presidio menor, siendo así que la sentencia *a quo* imponía por la apropiación indebida la de arresto mayor. Lógicamente, el principio de la *reformatio in peius* impidió aceptar en casación la tesis correcta. Notemos por nuestra parte que lo que jugaba realmente en este caso era el principio de especialidad, tanto por el bien jurídico atacado, como por la cualidad específica de funcionario asignada al sujeto activo del delito.

EL DELITO

Según la concepción comunmente admitida del delito, al menos a efectos metodológicos, éste es acción (u omisión), típicamente antijurídica y culpable, sancionada con una pena. Cada uno de tales caracteres nos servirá de guía en la exposición, si bien más que la faz positiva de cada uno de aquellos caracteres será su faz negativa la que nos será mostrada en las sentencias, confirmando así la praxis la bondad del método llamado de la excepción-regla.

Como es sabido, el caso de *falta de acción* (o si se prefiere de acto) más característico es el de la *fuerza irresistible*. Parece este un supuesto de laboratorio. Y, sin embargo, lo encontramos planteado en una de las sentencias de nuestro estudio, siquiera de forma negativa. Es la de 17 de marzo de 1934. En ella se afirma la existencia de la atenuante de arrebató fundada en que «los anteriores resentimientos y el calor de la ira son estímulos internos que pueden disminuir la imputabilidad», pero «de ningún modo pueden dar lugar a la fuerza irresistible», la cual

exige que «la fuerza sea material y anterior de tal modo que quede anulada la voluntariedad de la acción, siendo el sujeto medio o instrumento de otra actividad». Esta total abolición de la voluntad es la que justamente diferencia la falta de acto de la inimputabilidad.

Alusiones directas a la falta de la relación de *causalidad* que, como es sabido, forma parte de la estructura de la acción, las encontramos en las *Sentencias de 9 de diciembre de 1932 y 29 de enero de 1934*. En la primera la ausencia de relación causal niega la existencia de la imprudencia temeraria. Se dice que entre la acción u omisión voluntaria y el resultado ha de darse una relación de *causalidad eficiente* (nótese la toma de posición frente a la equivalencia de condiciones), de modo que si en el hecho de autos hubo falta de precaución al no comprobar el conductor de un tranvía el buen estado de los frenos, «no se afirma que esta omisión diera motivo al hecho». En la segunda sentencia, en un delito de asesinato, se distingue el autor del cómplice, por la causalidad eficiente concurrente entre la actividad del primero y el resultado, conexión causal que no se exige en la responsabilidad accesoria o auxiliar del cómplice. Se trataba, en el caso de autos, de complicidad consistente en aportar armas y municiones para facilitar la comisión del delito, así como la de esperar armado en compañía del responsable principal para facilitar igualmente la ejecución. Estos últimos actos simultáneos a los ejecutivos parecen estar en la línea misma que diferencia la cooperación necesaria, propia de la coautoría (artículo 14-3.º), de la no necesaria, propia de la complicidad. En todo caso la distinción de nuestro Magistrado parece apuntar, en el embrollado tema causal, a la distinción de Binding: Es autor quien pone la causa, quien pone una mera condición es cómplice (Díaz Palos, F., *La relación de causalidad material en el delito*, 1953, pág. 50). ¿Pero es ésta la posición de nuestro Código? El artículo 14-3.º parece afiliarse en materia de participación al menos, al criterio de la *conditio sine qua non*, propia de la teoría de la equivalencia. Quede ahí el tema que nos llevaría a sumergirnos en toda la problemática causalista. Sólo recordemos que en nuestro trabajo sobre esta materia (tesis doctoral) defendimos una teoría sincrética, acoplada al plano jurídico del Derecho positivo, singularmente en los tipos delictivos, que en cada caso nos indicará el grado de exigencia en la relación causal, en proporción inversa al mayor o menor grado de exigencia en la culpabilidad.

La *falta de tipicidad* se estima por la desaparición de figuras delictivas que se encontraban en el ordenamiento derogado. Así sucede con el *abandono de menores*, como variante del abandono de familia, que si bien se configuró en el Código de 1928, no existía en el Código de 1870 aplicado por la *Sentencia de 12 de abril de 1932*. Lo mismo sucede con el delito de *conducción ilegal* al que ya aludimos (*Sentencia de 17 de mayo de 1932*). Y con el *delito de disparo de arma de fuego* abolido por el Código de 1932 y del que tanto uso se hizo en la praxis anterior (*Sentencias de 8 de junio, 20 de junio, 28 de octubre, 14 de noviembre de 1933*). Como es natural se deja subsistente el delito

de lesiones cuando éste es consecuencia del disparo y sin perjuicio del posible delito de homicidio frustrado.

Un caso de atipicidad parcial en el delito de lesiones se contempla por la *Sentencia de 6 de julio de 1934*: No se da el tipo de lesiones graves del artículo 423 (hoy 420, núm. 2.º), sino el del núm. 3.º del propio precepto, por no constar cuál era la ocupación *habitual* del lesionado.

La falta de *antijuricidad* es declarada *in genere* (junto a la falta de dolo) en un delito de tenencia ilícita de armas por la *Sentencia de 13 de noviembre de 1934*, una vez afirmada la posesión por el procesado de una credencial del Cuerpo de somatenes, en el que es reglamentaria el arma poseída y suficiente en el período de reorganización en que entonces se encontraba el Somaten, elementos ambos equivalentes a la licencia exigida por el injusto típico, amén de la creencia del procesado de estar autorizado para llevar la carabina reglamentaria del Somaten y consiguiente falta de voluntad de llevar armas sin licencia. Claro es que de ser equivocada tal creencia, estaríamos ante lo que hoy se llama error de prohibición que reputándose invencible por lo ya dicho llevaría a una negación de la culpabilidad.

Pero es en el tema de *causas de justificación* donde, como es lógico, más aflora la negación del injusto, dadas las frecuentes alegaciones de la legítima defensa. La *Sentencia de 19 de mayo de 1932* sienta ya la doctrina, tan repetida en la jurisprudencia, que viene a ser un «standard» de la misma, de que la *situación* de defensa es incompatible con el mutuo acometimiento de la riña. Obsérvese que hemos subrayado la palabra «situación», equivalente de «estado de defensa», tan destacado hoy por la doctrina moderna en torno a esta justificante (Díaz Palos, F., *La legítima defensa*, 1971, pág. 103), a fin de destacar la *necesidad* de la defensa *in toto* y no sólo la instrumental del medio a que alude la circunstancia segunda de la eximente 4.ª del artículo 8 del Código penal. Por lo demás el *slogan* jurisprudencial que excluye la defensa privada en los casos de riña mutuamente aceptada no es sino la versión práctica del repudio científico a la sedicente «legítima defensa recíproca». Claro es que no siempre que haya riña habrá que excluir automáticamente la defensa, si es posible determinar quién fue el inicial agresor causante de la subsiguiente contienda (cit. ant., págs. 114-115). La misma doctrina se contiene en las *Sentencias de 18 de noviembre de 1932*, *24 de enero y 26 de septiembre de 1934* y *16 de octubre de 1934* que la declara expresamente incompatible con la riña confusa y tumultuaria. La de *23 de diciembre de 1935* ilustra muy bien lo que llevamos dicho al hacer inconciliable la agresión con la necesidad defensiva: No se da —dice— «aquella separación cronológica que es indispensable para atribuir a uno de los contendientes la agresión y a otro la defensa». Lo mismo la de *25 de mayo de 1936*.

Otras declaraciones desestiman la eximente por falta del requisito básico de la agresión y no faltan las que afirman la existencia de la justificante completa o incompleta. Así, la *Sentencia de 20 de noviembre de 1933*, niega tanto la agresión como la necesidad del medio, lo

mismo que la de 25 de noviembre del mismo año. En igual sentido la de 27 de marzo de 1934: «Los actos de la víctima —dice— reducidos a salir a la calle con el fin de apaciguar a los que reñían, son totalmente distintos y aun contrarios al concepto de agresión». No podemos por menos de observar en este párrafo la elegancia y concisión del lenguaje. Por ello lo hemos reproducido. Siguen las declaraciones negativas en *Sentencias de 6 de julio de 1934, 6 de julio de 1935* (aquí por haber cesado ya la agresión), *17 de octubre de 1935, 13 de junio y 11 de julio de 1936*.

Por el contrario, admiten la legítima defensa: La *Sentencia de 26 de abril de 1933*, en la que se debatía el requisito de la «falta de provocación suficiente por parte del que se defiende». Se dio lugar a la casación por estimarse concurría dicho requisito. Si hubo alguna provocación, ésta no fue suficiente, esto es, adecuada, bastante y proporcionada a la agresión nacida de ella, no siéndolo la «petición de explicaciones», pues según doctrina de la Sala, «la reconvencción o la disputa no pueden reputarse por sí solas provocación suficiente».

La de 12 de julio de 1934 estima la eximente completa en un difícil caso de estimación de la necesidad racional del medio: La agresión iniciada con piedras y repelida de igual modo, se continúa por el agresor, cada vez más exasperado, hasta hacer ademán de sacar un arma de la faja, ante lo cual el defensor le dispara una pistola matándolo. Se dice entonces que la defensa era necesaria por no serle factible al agredido obtener la protección de la autoridad (nótese la apelación a la doctrina de la subsidiariedad como fundamento de la eximente) o evitar la agresión por otro procedimiento que sea eficaz y pueda ser adoptado sin perjuicio material o moral del mismo, ya que la proporcionalidad del medio empleado no quiere decir igualdad o equivalencia de las armas empleadas de una y otra parte, sino que ha de darse entre la gravedad del peligro y el medio utilizado para evitarlo. En el caso el peligro era de manifiesta gravedad, según el veredicto del jurado, por recaer sobre la vida del procesado, lo que dio lugar a la casación de la sentencia provincial y consiguiente absolución del reo. Creemos que el pasaje es lo bastante elocuente como para no añadir nada a la doctrina expuesta sobre la necesidad de la defensa en los casos en que alcanza su mayor dramatismo.

La *Sentencia de 30 de mayo de 1935* insiste en que la «agresión ilegítima» no sólo se da cuando se ha comenzado a actuar, en cuyo caso la eficacia de la defensa puede ser muy problemática (recordemos el conocido pasaje de Las Partidas a este respecto), sino también cuando aparezca como inminente, de tal modo que el sujeto pueda considerar fundamentalmente en peligro sus bienes jurídicos. Ahora bien, esta consideración puede trasladarse desde el plano objetivo al subjetivo (defensa putativa) cuando el sujeto tenga opinión racionalmente fundada sobre la existencia y gravedad del peligro. Claro es que entonces habremos pasado desde la justificación a la inculpabilidad, como pone de relieve la moderna doctrina jurisprudencial, de acuerdo con la científica, y como ya se insinúa en esta sentencia al invocar para este su-

puesto «los principios generales de la culpabilidad». La consecuencia que luego se ha extraído es que debe hacerse aplicación de la eximente cuarta del artículo 8.º en relación con el artículo 1.º del Código penal, a fin de cobijar el error, con las consecuencias que ello comporta respecto a participación y responsabilidad civil.

La *Sentencia de 30 de septiembre de 1935* afirma también la proporcionalidad del medio para asentar la eximente: Es peligro grave para el agredido, el empleo por el agresor, práctico en boxeo y de gran corpulencia, de una llave inglesa con la que se dirigió en actitud amenazadora contra él, por lo que, ante la imposibilidad de huir, sacó la pistola ametralladora con la que disparó, sin mirar, contra el amenazante.

Y, en fin, la interesante *Sentencia de 12 de febrero de 1936* contempla el problema del exceso en la defensa, cubierto en este caso por el miedo insuperable. Se trata de un supuesto ya clásico, plasmado por ello en buen número de legislaciones como «emoción o perturbación causada por la agresión» y no sólo el miedo, prototipo de emoción asténica o depresiva, sino que se admite también como complemento de inculpabilidad la «excitación» o «agitación», característica de la emoción esténica o exaltadora del ánimo. En todo caso, como también es sabido, se reconduce así la justificante de legítima defensa a una causa de inculpabilidad, injertada, a su vez, en el tronco común de la inexigibilidad de otra conducta que le sirve de soporte.

Nuestra ley penal sustantiva no ha previsto de modo especial el exceso defensivo de origen emocional que el Código de 1928 había recogido. Ello no ha sido obstáculo para que la práctica jurisprudencial haya llenado el vacío legislativo, incluso con largueza, según reproche de la doctrina, puesto que no se ha limitado a incluir el exceso intensivo o propio de que tratamos (en los que falta la racionalidad o proporción del medio empleado en la repulsión del ataque), sino que, en algún caso, se ha incluido también el exceso extensivo o impropio en el que falta la necesidad de la defensa misma que, como sabemos, es, junto con la agresión ilegítima, soporte basilar de la eximente. Con todo, nuestro Tribunal Supremo no desconoce la distinción de ambos excesos y en esta línea ortodoxa hay que incluir la resolución que se comenta cuando afirma no existir «el propósito de causar un mal tan grave» (por el procesado), a la par que se aprecia «el temor por su vida que justificadamente invadía (al mismo)» de todo lo cual «se deduce que el exceso (caso de existir), falto de malicia y causado por el miedo insuperable, queda fuera de toda culpabilidad, y por ausencia de este elemento esencial del delito no da lugar a la responsabilidad criminal indebidamente apreciada». Quedan, pues, como conclusiones, en todo de acuerdo con la dogmática de hoy: 1.ª Que de existir exceso, éste sería el intensivo o propio por desproporción de medio, que no existió, pues «dar golpes con una piedra es medio proporcionado —dice la sentencia— para repeler la agresión que, aparte de iniciarse también con piedras... era particularmente peligrosa, dada la situación del procesado y la corpulencia de la víctima», sin que tampoco «conste que la reiteración de los golpes persistiera cuando la agresión había

cesado, sino que, por el contrario, «se vio obligado a ello el procesado ante la continuidad del ataque». Y 2.ª, que el exceso, de darse, estaría cubierto por una causa de inculpabilidad.

Terminamos el tema de la justificación con la *Sentencia de 30 de enero de 1936*, relativa al *estado de necesidad*, la otra gran rama de aquella, puesto que la *necessitas* viene a ser el género o tronco común de ambas eximentes. En este fallo se resalta, como no podía por menos, lo que es alma y esencia del estado necesario: la *inevitabilidad* del mal, toda vez que «la cuestión provocada por parte de la víctima no aparece fuera suficiente para poner en grave peligro la vida del procesado, de modo que éste se *viera obligado* a la acción homicida *para evitarlo*», faltando, por ende, «el requisito esencial del estado de necesidad» y restando la genérica provocación del ofendido, sólo bastante para apreciar la atenuante 5.ª del artículo 9 del Código penal, tal como hizo la Audiencia.

No ha dejado de subrayar Antón Oneca, en su obra científica (*Derecho Penal*, 1949, págs. 269-270), la escasa aplicación que de esta eximente se hacía por su estrecha redacción en los Códigos anteriores, y que las reformas penales de 1932 y 1944 han venido a ampliar con la consiguiente apertura jurisprudencial. Con todo, la miseria y el hambre han sido estimadas por regla general como eximente incompleta. Creemos, por nuestra parte, que todo el *quid* de la cuestión está en lo que deba entenderse por *inevitabilidad* del mal causado y consiguiente recurso a otros medios inocuos para evitarlo. Claro es que si aquella exigencia nuclear de la eximente se entiende de una manera absoluta y estricta, pocas veces podrá darse, si no es en casos de extremo dramatismo y urgencia (incendio del Teatro Novedades de Barcelona, por ejemplo, para no acudir a otros ejemplos más excepcionales como los de antropofagia de naufragos). Por otra parte, en lo que tiene la exención de justificante y no de mera inculpabilidad (caso del hurto famélico), la desproporción de bienes en pugna (vida o salud confrontadas con el patrimonio ajeno) es tan flagrante, que parece obligado en ellos imponer la liberalidad y largueza en la apreciación. Obligar en tales casos de necesidad famélica a implorar la caridad pública (como obligar a la fuga en los casos de injusta agresión) es igualmente atentatorio para la dignidad humana. A nuestro modo de ver, todo el problema consiste en la moderación del daño causado, estrictamente el necesario para subvenir a la propia subsistencia, de igual modo que en la legítima defensa se viene exigiendo desde los autores clásicos el «*moderamine inculpatae tutelae*». Por cierto, que a uno de estos casos de estado miserable provocado por causa del paro prolongado se refiere la *Sentencia de 18 de febrero de 1935*, bajo ponencia de Antón, siquiera, como veremos, se acude a la analogía con el arrebato, a virtud de la sugestión de la multitud en tumulto y de que los estímulos que impulsaron a los reos no tenían carácter inmoral o antisocial.

En fin, al *cumplimiento de deberes, oficio o cargo* se refieren las *Sentencias de 30 de noviembre de 1933* (que niega la culpa y da paso a la eximente) y la de *29 de abril de 1934* que por el contrario afirma

el delito de detención ilegal de un fiscal con la correlativa negación de tal eximente, así como la de *obediencia debida*, causa esta última cuyo carácter de justificante o culpable es disputado en doctrina. Sin entrar ahora en esa polémica, de amplios vuelos, se desestiman ambas causas con el argumento común de que no sólo constaba la ilegalidad de la detención del abogado fiscal por agentes de la Autoridad, sino que también se daba en los funcionarios enjuiciados la «evidencia de la ilegalidad de dicha detención (a la que se califica con buen acuerdo de delito permanente) hasta el punto de que se fingió la comisión de un delito por el detenido, para dar visos de legitimidad al acto, lo que confirma la comisión por los imputados del delito previsto en el artículo 198 (hoy 184) del Código penal». En todo caso, pues, se niega incluso la versión putativa de las dos eximentes. Se ratifica esta doctrina en *Sentencia de 10 de junio de 1936*.

Llegamos así a la *culpabilidad*, tema central del penalismo, hasta el punto de haberse convertido en uno de sus postulados dogmáticos: *Nulla poena sine culpa*, proclamado hoy por el artículo 1.º, párrafo segundo del Código vigente, tras la reforma de la Ley 8/1983, de 25 de junio.

Para proceder con orden en tema tan vasto, distinguiremos los *aspectos positivos* de la culpabilidad y los *aspectos negativos* de la misma. Entre los primeros veremos, a su vez, el presupuesto de la *imputabilidad* y la nota general de *voluntariedad* de la acción. Y como *formas* de la culpabilidad: el dolo y su presunción y como especie del mismo el eventual; el *error*, y, en fin, la *culpa* o imprudencia con toda su problemática: no presunción de la culpa, especies, elementos de la misma y concurrencia de culpas.

Como aspectos negativos de la culpabilidad encontramos referencias a la *enajenación mental*, *trastorno mental transitorio* y *miedo insuperable*.

La *imputabilidad* se entiende, al modo italiano, como «capacidad de entender y de querer» (*Sentencia de 23 de mayo de 1936*). Es justamente la noción de Antón Oneca como profesor de Derecho penal que extrae de la propia noción legal del delito en el artículo 1.º del Código, puesto que la voluntariedad de las acciones implica capacidad de voluntad o querer, así como capacidad de entender que precede a la primera (2). Por lo demás entiende que la imputabilidad es elemento, más que presupuesto, de la culpabilidad, y su noción acaba de obtenerse por la vía negativa de las causas de inimputabilidad. En fin, entiende que la libertad de querer es dato de la conciencia común, independiente de su fundamento filosófico. Y es en este punto tan vívido de la disputa entre libero arbitristas y deterministas donde asoma una vez más el sano sentido realista de nuestro profesor-magistrado: «No se puede prescindir de las creencias fijas en la conciencia colectiva —dice—, ya que el derecho penal viene a satisfacer ciertas exigencias

(2) No hay que decir que la dicción del artículo 1.º después de la última reforma refuerza la noción de imputabilidad ya se considere ésta presupuesto, ya integrante de la culpabilidad diversificada en dolo o culpa.

sociales, de las cuales recibe origen y finalidad determinantes de su contenido. Y esto no significa rendirse a una ficción con fines pragmáticos, sino que no habiéndose demostrado realmente el determinismo, se mantiene la creencia en la libertad intuitida por nuestra conciencia y de aceptación universal» (*Derecho penal*, 1.949, pág. 195-196). E insiste el maestro: «... este concepto popular de la normalidad (en cuanto sinónimo de imputabilidad) ¿es algo distinto de la capacidad para elegir entre diversos motivos y en definitiva ser libre?». Sólo quiero añadir que esta postura de aproximación a la libertad por vía intuitiva y de universal convicción la acogí con complacencia y adhesión de discípulo en el trabajo que dediqué al tema (*Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, 1965, pág. 99).

La *presunción de culpabilidad* se delimita con toda pulcritud en la *Sentencia de 2 de abril de 1935* cuando afirma que tal presunción «prescrita por el párrafo segundo del artículo 1.º del Código se refiere, según doctrina tradicional de esta Sala, al elemento general de *voluntariedad* y no a aquellos elementos subjetivos de la infracción que son descritos por la ley como elementos especiales de una figura de delito», los cuales deben ser probados. Por lo mismo se presume el dolo, pero no la culpa en cuanto a ésta última se funda en un elemento subjetivo (imprudencia, negligencia) (*Sentencias de 3 de julio y 11 de octubre de 1934*) (3).

Entrando ya en las formas de culpabilidad hay una clara alusión al *dolo eventual* como contrapuesto al *directo* en un interesante caso de lesiones por contagio intersexual. A él se refiere la *Sentencia de 11 de octubre de 1932* que da por supuesta la posibilidad de cometer tal delito de lesiones graves (tema ajeno al recurso) no obstante las dificultades de tipificación en cuanto los verbos nucleares: herir, golpear o maltratar parecen repudiar aquella vía comisiva. Pues bien, la sentencia entiende que lo normal en este delito será el dolo eventual y no el directo. De ello deduce que no concurre la agravante de premeditación que no es sino una exasperación del dolo directo. Como tampoco concurre la agravante de desprecio del sexo en cuanto la mujer, al aceptar libremente la cohabitación, deja de merecer consideraciones especiales por razón de su sexo. Notemos de paso que en esta última línea argumental está el Código vigente, al suprimir la última reforma la agravante por razón de sexo.

El tema del *error* es tratado con alguna amplitud, pues de él se ocupan siete fallos.

Destacamos la *Sentencia de 13 de julio de 1935*, que se refiere con carácter general al *delito putativo*. En ella se niega la existencia del delito de tenencia ilícita de armas, pues aparte de no darse el elemento objetivo de la infracción por existencia de licencia a la que se equipara la autorización gubernativa para el uso del arma, «nada importa —pro-

(3) Como es sabido, la última reforma penal ha suprimido tal presunción, en aras del puro principio de culpabilidad (artículo 1.º, párrafo segundo del Código penal).

sigue el fallo— que los procesados ignorasen la realidad de la licencia, pues equiparando esta ignorancia con la intención de delinquir, siempre resultaría que en el Derecho penal vigente no se castiga la mera intención y el delito putativo queda sin sanción alguna», a virtud del artículo 1.º del Código, del que se desprende que la voluntariedad de la acción ha de proyectarse sobre los elementos objetivos de la figura de delito. Y es que en el delito putativo o imaginario hay incongruencia entre lo que se piensa como delictivo y la realidad legal que lo niega. A igual conclusión nos lleva el Código vigente, después de la reforma, por el juego de los artículos 1.º y 6 bis a) del mismo.

Al *error de Derecho*, o de prohibición en términos de dogmática moderna, se refiere la *Sentencia de 30 de noviembre de 1932*, que exige para que tal error actúe que sea esencial e invencible. Por no darse tales requisitos afirma la falta de pastoreo abusivo en finca ajena en cuanto la mera creencia de ejercitar un derecho no basta si no está fundada en datos que puedan autorizarla. En el mismo sentido la *Sentencia de 31 de diciembre de 1934*. También se desecha el *error iuris* en otra infracción (ésta de distracción de aguas) por faltar igualmente datos que fundamenten la creencia de obrar jurídicamente (*Sentencia de 8 de abril de 1935*).

Por el contrario, la creencia errónea de poder continuar en la vivienda quien la ocupaba, desoyendo el mandato judicial que le compela a ello, tuvo eficacia para transformar el delito de desobediencia en mera falta al no darse el conocimiento de la gravedad de la conducta que es el módulo cuantitativo que separa una infracción de otra (*Sentencia de 22 de mayo de 1935*).

Y en tema de *error de hecho* (de tipo en la terminología actual, aunque no sea exacta su equiparación), se declara irrelevante el error sobre el sujeto pasivo en delito de homicidio (*Sentencia de 23 de abril de 1934*). Pero se aprecia decisiva dicha especie de error, por exclusión del elemento intelectual del dolo en un delito de falsedad (*Sentencia de 29 de junio de 1935*) fundado en la creencia de no faltar a la verdad. Tales conclusiones del error en sus dos especies, se adecúan perfectamente al nuevo artículo 6 bis a) del Código vigente.

En materia de *culpa o imprudencia* es donde los fallos proliferan, pues el fenómeno circulatorio ya estaba en auge en la década de los treinta, aunque no alcanzara la intensidad y el dramatismo de nuestros días.

Para no incurrir en reiteraciones inútiles espigaremos entre los fallos de mayor interés.

Como indicación general ya se adelantó que no se presume la culpa a diferencia del dolo (4). De otra parte, en ella es siempre exigible la causación de un daño. Por ello es incompatible con los delitos formales, de desobediencia o de mera actividad como la tenencia ilícita de armas (*Sentencia de 2 de abril de 1934*) en contraposición con los materiales o de resultado, entendido éste como mutación del mundo exterior. Por

(4) Ver nota anterior.

lo mismo no se da el delito por imprudencia (temeraria en el caso *sub judice*) por no percibirse claramente la relación de causalidad entre el acto imprudente y el resultado (*Sentencia de 9 de diciembre de 1932*) y es que no se dijo que la omisión en comprobar el estado de los frenos del vehículo fuera la que dio motivo al hecho. Por cierto, que aquí se habla de *causalidad eficiente*, más rigurosa, como es sabido, que la de equivalencia de condiciones a la que parecía afiliada la jurisprudencia basada en el viejo brocardo *causa causae, causa causati* (Díaz Palos, F., *La causalidad material en el delito*, Barcelona, 1953, pág. 195).

Tampoco se da imprudencia (ahora antirreglamentaria), aunque se conduzca sin carnet o permiso de conducir (*Sentencia de 23 de diciembre de 1932*). También en esta resolución se insinúa ya el camino que luego ha tomado resueltamente la jurisprudencia de no exigir la licitud del acto inicial (siquiera en la fecha de autos ya no era ilícito penal la conducción sin permiso, que la reformas posteriores reintrodujeron de nuevo), liberando al delito culposo de un resabio versarista que ha pesado sobre él tradicionalmente (Díaz Palos, F., *Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, NEJ, 1954, VI, pág. 132). Si el accidente —dice dicho fallo— no se produjo por falta de aptitud, la infracción reglamentaria queda desconectada del resultado. En igual sentido la *Sentencia de 17 de marzo de 1933*.

El deber objetivo de cuidado, sin darle este nombre, se expresa en la *Sentencia de 7 de marzo de 1933*: No se da la omisión de la diligencia media acostumbrada en una esfera especial de actividad, en este caso la conducción de automóviles, lo que da lugar a la casación.

Por el contrario, no se puede rebajar la calificación de temeridad en la imprudencia por existir infracción reglamentaria: Adelantamiento indebido de otro vehículo, sin cerciorarse de que venía un ciclista en dirección contraria, lo que causa su atropello y subsiguiente muerte. Y es que la infracción reglamentaria es uno de los varios elementos para calificar la gravedad de la culpa, que en este caso se basaba en «inexcusable negligencia».

Como ha dicho posteriormente la jurisprudencia, desenvolviendo esta doctrina, las mismas infracciones reglamentarias son ya muchas veces índice de temeridad o culpa lata, en tanto en cuanto los preceptos administrativos tratan de prevenir situaciones de notoria peligrosidad. Y no hay duda de que la maniobra de adelantamiento es una de las más peligrosas en el tránsito de vehículos a motor. De ahí su minuciosa regulación en el artículo 30 del Código circulatorio.

Por lo mismo, la velocidad excesiva, causa de la falta de dominio del vehículo y con ello del resultado dañoso, arguye también temeridad en la imprudencia (*Sentencia de 17 de marzo de 1934*). Claro es que el dato de la velocidad tan invocado en el Foro es eminentemente circunstancial, como se ha repetido luego, y por ello hay que ponerlo en relación con los demás datos fácticos concurrentes. En el caso, la posibilidad de haber detenido el camión por tratarse de una carretera amplia y recta y estar los frenos en perfecto estado de funcionamiento. Nótese la alusión que aquí se hace a uno de los tres elementos que cons-

tituyen el trípede básico de la culpa: *Saber, Poder y Deber*, los dos primeros que vienen a refundirse en el elemento o factor psicológico y el segundo integrante del normativo o deber de cuidado que, a su vez, se bifurca en un sentido objetivo (común a toda actividad humana) y en un sentido subjetivo en cuanto especialmente dirigido al sujeto agente en la situación concreta o en su particular actividad gobernada por la *lex artis* (culpa profesional). A tema parecido se refiere la *Sentencia de 3 de junio de 1935*: Autobús en curva pronunciada y a gran velocidad. Los dos datos fácticos se potencian mutuamente para alcanzar el cénit de la culpa. A igual cota de imprudencia se coloca la *conducción peligrosa* del chófer profesional (*Sentencia de 7 de junio de 1935*) al llevar el coche a gran velocidad por sitios peligrosos a causa del tráfico del camino, que hacía *previsible en grado sumo* el resultado. Aquí se combina el ápice de imprevisión (factor psicológico) con el mínimo cuidado *exigible* a un conductor de tipo medio en el ejercicio de la profesión (aspectos normativo).

En otro orden de actividades, la falta de reparaciones en un edificio en ruinas, al aumentar el peligro de derrumbamiento, conllevan culpa grave (*Sentencia de 17 de junio de 1935*). Como se ve, el binomio peligro-culpa (el primero como antesala de la segunda), se percibe con igual claridad.

No podía faltar en este elenco de factores criminógenos de la culpa el de la distracción tan frecuente en el manejo de vehículos de motor (*Sentencia de 29 de junio de 1935*). En este fallo alcanzó también el grado de temeridad la distracción del conductor, de tal calibre, que no vio al ciclista que atropella y mata, hasta ser advertido por su acompañante. Igual calificación merece el atropello de peatones que marchaban correctamente por la carretera (*Sentencia de 3 de julio de 1935*). O la falta de diligencia en el cruce de vehículos, causa de que aprisionara entre ambos a la víctima (*Sentencia de 18 de octubre de 1935*). Como el exceso de velocidad al pasar junto a un tranvía (*Sentencia de 17 de marzo de 1936*). O marchar con una camioneta por el centro de la calle, fuera de su mano, a velocidad excesiva, sin detener la marcha a pesar de las señas que le hacía la víctima (*Sentencia de 2 de abril de 1936*).

Terminamos este aspecto de la culpa con la *Sentencia de 27 de junio de 1936* que sin darles nombre, describe a la perfección los dos elementos —psicológico y normativo— de la imprudencia, que se juzga de temeraria «tanto por la importancia de los deberes infringidos, como por la suma previsibilidad en aquellas circunstancias del resultado producido». Estas no eran otras que conducir a velocidad excesiva en la calle de un poblado por la que discurrían gran cantidad de vehículos que acompañaban a un entierro.

El tema final de la *conurrencia de culpas* se contempla en cuatro fallos. De ellos entresacamos la *Sentencia de 23 de marzo de 1935* en la que se degrada el hecho a simple falta, en tanto que la conducta causal del procesado (conductor de un tranvía), se vio reforzada por

una condición cooperadora (detención de un automóvil en la vía provocada por la aparición inopinada de otro automóvil).

La causa eficiente sigue siendo atribuible al procesado al reanudar la marcha del vehículo, no obstante ver parado en la vía al primer automóvil de los descritos. La importancia de esta doctrina radica en que descartada la compensación de culpas en lo penal, según es ya axiomático, se traslada el problema al terreno causal para valorar en él la concurrencia de conductas en la producción del resultado con la consiguiente repercusión en la culpabilidad. No es otro el pensamiento que el propio Antón Oneca sostiene en la última de sus obras (*Ob. cit.*, pág. 227) y el que sigue la actual jurisprudencia.

La *faz negativa de la culpabilidad* se condensa en los siguientes aspectos:

1. *Enajenación mental.* Aborda el difícil tema de la epilepsia, con su cohorte de auras, crisis comiciales, intervalos y remisiones, la *Sentencia de 23 de mayo de 1936*. Dada la complicada clínica de esta enfermedad, a efectos de fijar el grado de imputabilidad, el fallo se atiende, como es normal en la jurisprudencia, más que a la formulación psiquiátrica de la eximente, a sus rasgos bio-psicológicos. Por lo mismo, tras de afirmar que las alteraciones psíquicas del epiléptico en los intervalos de su insania son, a efectos de la imputabilidad, inapreciables, entiende que «es preciso fundar la modificación de la responsabilidad en datos ciertos sobre la capacidad psicológica del sujeto en el momento de la acción y deducirla por lo menos de la especie de delito cometido y de la forma de ejecución». En efecto, en el hecho enjuiciado se trataba de un delito gravísimo, el de robo con homicidio, y su *modus operandi* el de atraco a una joyería en Barcelona utilizando armas de fuego, siendo precisamente el procesado quien disparó contra el joyero, matándolo, al resistirse. En consecuencia, después de la doctrina sentada y estimarse como probado que el reo no estaba al realizar los hechos bajo los efectos de un ataque epiléptico, se inadmite la eximente incompleta de enajenación mental.

2. *Trastorno mental transitorio.* La *Sentencia de 27 de febrero de 1936* lo distingue de la enajenación mental a propósito de las personalidades psicopáticas, caballo de batalla de la actual psiquiatría forense. Entiende que el trastorno supone perturbación de la conciencia en sujetos de personalidad psicopática poco acusada (como lo indica la exención; no sólo de pena, sino también de medida de seguridad) que reaccionan en virtud de estímulos muy poderosos y pasajeros, de modo que si la personalidad de aquella índole es muy pronunciada, mientras, por el contrario, los móviles del delito se caracterizan por su desproporción con la gravedad de éste (en el caso se trataba de dos delitos de parricidio, uno consumado y otro frustrado), es evidente que no puede apreciarse el trastorno.

No obstante, en este caso se aprecia el primer supuesto de la eximente, la propia enajenación mental que si, de ordinario, ha de reservarse a casos de psicosis determinadas, tampoco pueden excluirse las personalidades psicopáticas cuando entre otras anomalías muy acu-

sadas, se ofrecen episodios epilépticos, de uno de los cuales parecen exponente los hechos enjuiciados por su ferocidad, futilidad de los motivos y conducta del procesado anterior y posterior a la acción enjuiciada. En consecuencia, es indudable la condición patológica del sujeto (más bien permanente, añadimos) lo que hace aconsejable, para la defensa social y para su curación, someterlo a tratamiento adecuado, concluye el fallo. El mismo está de acuerdo con la noción jurisprudencial del trastorno mental que, aunque de base patológica, es de duración, en general, no muy extensa, y que termina con la curación sin dejar huella, según se dijo por la Sentencia de 26 de enero de 1934, luego tan repetida.

3. *Miedo insuperable.* La Sentencia de 20 de noviembre de 1933 lo estima en forma incompleta por faltar el requisito de que el mal conminado fuera igual o mayor. En efecto, al disparar el reo el arma contra su víctima no procedió por miedo a la muerte, único que puede constituir el mal igual o mayor al causado por el culpable, sino que el miedo se basó en el recuerdo de anteriores resentimientos.

La Sentencia de 24 de enero de 1934 define: «La eximente de miedo insuperable consiste en la falta momentánea de condiciones de imputabilidad producida por una fuerte coacción exterior», situación excepcional que no es dable suponerla «por la simple circunstancia de tomar parte en una riña y de estar en el suelo, junto a los contendientes, una guadaña, con la cual la víctima había pretendido parar la mula del procesado». En consecuencia, la sentencia desestima la concurrencia del miedo al faltar la base misma de aquél, es decir, la fuerte perturbación psicológica del ánimo. Sólo queremos subrayar que en la actual doctrina penal se concibe el *metus* más como causa de inculpabilidad que de inimputabilidad, reservándose esta última calificación a los miedos patológicos o fobias de angustia situacional o flotante (Díaz Palos, F., *Miedo insuperable*, NEJ, T. XVI, págs. 345 y ss.). Recordemos, al respecto, que para Antón Oneca, las causas de inculpabilidad, engloban la de inimputabilidad (*ob. cit.*, pág. 237).

Finalmente, la Sentencia de 7 de noviembre de 1935 ensaya la diferenciación entre miedo insuperable y legítima defensa. El primero es causa de inculpabilidad (en el sentido comprensivo que se ha visto antes), por lo que no basta con el enunciado de las causas productoras del miedo, sino que, se deduzca de los hechos, que aquellas causas determinaron en el sujeto la anulación de la voluntariedad de su conducta. Por ello, las amenazas anteriores y la sospecha de su posible realización no son bastantes para concluir que el sujeto estuviera afectado por el miedo insuperable, cuando las medidas de precaución y de defensa adoptadas demuestran la superación del temor y el carácter voluntario de la conducta al impedir la agresión, lo que coloca el tema, no en el plano de la culpabilidad, sino en el de la antijuricidad, concluyendo que hubo agresión ilegítima, si bien se dio exceso en la defensa en cuanto el sujeto pasivo no llevaba armas ni consta que sus fuerzas físicas fueran excepcionales, en tanto que el procesado replicó a la ame-

naza inminente de agresión con sendos disparos de pistola hasta alcanzar a su perseguidor.

Grados del delito. A la *provocación* para delinquir se refiere la *Sentencia de 18 de enero de 1934*. Ya es sabido que hasta la reforma de 1944 la conspiración, como la proposición, sólo se castigaban en los casos expresados por la Ley (delitos políticos). Hoy se ha generalizado el castigo de tales actos preparatorios y se ha añadido a los dos anteriores la provocación. Esta se castigó en el Código de 1932 si se realizaba por medio de la imprenta.

De acuerdo con dicho esquema, la Sentencia citada considera la provocación gráfica para delinquir contra la forma de Gobierno. El interés de este fallo radica en que trata de los límites del derecho de expresión reconocido por la Constitución de la Segunda República (artículo 34) como derecho a emitir libremente las ideas y opiniones frente a posibles intromisiones de la autoridad gubernativa, pero este derecho tiene como límite —dice el correspondiente «considerando»— los hechos definidos como delitos en las leyes penales, las cuales sancionan tanto los ataques a los derechos establecidos en la Constitución como las extralimitaciones cometidas con ocasión del ejercicio de los mismos. En el caso se trataba de un folleto con conceptos y alusiones al régimen político entonces imperante, pugnando por su desaparición violenta, y en el que se reconocen excitaciones a cometer violencias que constituirían delitos diversos. En consecuencia, se hace evidente la provocación a delinquir por medio de la imprenta y se confirma el fallo condenatorio de la Audiencia.

De la *conspiración* para la rebelión, distinguiéndola de la *tentativa*, trata la *Sentencia de 30 de noviembre de 1934*, negando ambas figuras. La primera por faltar el concierto propio de la conspiración, pues si bien hubo intención de realizar propaganda revolucionaria e incluso el acto de redactar una hoja subversiva, no aparece la intervención de persona distinta a la del procesado que tomase parte en la redacción o a la que se complicase en aquella. Menos habrá tentativa al faltar todo principio de ejecución, restando sólo un acto preparatorio no punible.

Absuelve por *tentativa de estafa*, por considerarla *inidónea* y como tal impunible en el Código de 1932, la *Sentencia de 7 de abril de 1936*. «La tentativa —dice— supone no solamente la intención criminal, sino también la acción idónea para producir el resultado, pues en otro caso faltaría el principio de ejecución del delito exigido por el párrafo tercero del artículo 3.º del Código penal». Por ello entiende este fallo «que instar un procedimiento civil mediante demanda con causa notoriamente ilícita (la reclamación de cantidad por supuestas gestiones en asuntos civiles y causas criminales)... implica el empleo de medios *absolutamente* (subrayamos) *inidóneos* para conseguir una defraudación... faltando la acción engañosa capaz de inducir u ocasionar un perjuicio». Como se ve se trataba en el caso de una estafa procesal intentada, que al carecer de toda viabilidad y por ende de potencia para engañar al

juez, destinatario del engaño, degeneraba en tentativa inidónea, impune, como se ha dicho, en aquel ordenamiento.

Avanzando en los grados de ejecución se ocupa del *delito frustrado* la *Sentencia de 20 de marzo de 1934*, referido en este caso al homicidio. Es ya un tema clásico en los anales jurisprudenciales la distinción entre el homicidio frustrado, que requiere el *animus necandi*, de las lesiones que sólo exigen el *animus vulnerandi*. Como siempre que se requiere la investigación de unos u otros *animi*, el juez se enfrenta con un difícil problema de indagación psicológica que ha de resolver objetivando en lo posible el problema y acudiendo a signos —anteriores, concomitantes y aun posteriores al hecho— que evidencien la verdadera intención que guiaba al culpable. En el caso contemplado por esta sentencia se deduce con claridad el ánimo de muerte que impulsaba al acusado, tanto de los actos inmediatamente anteriores al hecho, como del hecho mismo: «... si el procesado, dice el segundo «considerando», siguió a su víctima, y al llegar cerca de ella, se echó a la cara una escopeta cargada y diciendo 'te mato' le apuntó y le hizo un disparo, es evidente la intención de matar, deducida no sólo de las palabras del procesado, sino de sus actos..., habiéndose hecho el disparo que no causó sus naturales efectos por mediar una circunstancia totalmente fortuita e independiente de la voluntad del sujeto, como fue la acción del agredido al desviar los cañones de la escopeta en el momento de hacerse el disparo...». Sentencias sobre el mismo tema y con doctrina análoga se dan en 17 de diciembre de 1934, 26 de septiembre de 1935, 14 de noviembre y 7 de diciembre de igual año y 6 de marzo de 1936. En esta última se acepta la tesis de las lesiones, pues dice: «... disparar un arma de fuego contra una persona, constituye, por lo general homicidio frustrado, pero algunas veces puede obedecer al propósito de causar lesiones, o de amenazar, o a un deseo de agresión, surgido en el transcurso de una riña e indeterminado en cuanto al resultado...». En tales casos, se produce «un estado de duda sobre la voluntad del sujeto, que obliga a adoptar la solución más favorable para el reo, ya que el *principio in dubio pro reo*, discutido como regla de interpretación legal, es comúnmente aceptado en materia de apreciación de prueba». Nótese el alcance más procesal que sustantivo que se otorga al mencionado principio, de acuerdo con la mejor doctrina, tantas veces confundida en la práctica del foro. Hoy día, impuesta la presunción de inocencia por el artículo 24-2 de la Constitución, se hace más aguda la distinción entre tal derecho subjetivo a la presunción de inocencia y aquel principio de valoración de la prueba (vid. Díaz Palos, F., *Espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su vigencia en la reforma de la misma*, trabajo leído en sesión pública de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del día 29 de noviembre de 1982).

Llegamos así al *grado de participación* en el delito. La figura del *coautor* es contemplada de modo especial por las *Sentencias de 8 de diciembre de 1934, 6 de julio y 8 de noviembre de 1935*. La primera de ellas deslinda perfectamente los actos de coautoría, de los de com-

plicidad: «Según reiterada doctrina de este Tribunal, dice, son autores comprendidos en el número primero del artículo 14 del Código penal, no solamente los que realizan actos consumativos del delito, esto es, el último de ejecución, sino aquellos otros actos ejecutivos que pudieran llamarse de segundo grado, por contribuir directamente a la ejecución del resultado sin realizar su consumación, como son los actos conminatorios con que se protege la acción de otros autores, impidiendo que las personas presentes puedan acudir en defensa de la víctima; quedando reducido el concepto de cómplices a los actos de simple auxilio o cooperación mediata que no entran en la ejecución del delito, y son tales, que sin ellos se hubiera producido también el resultado». En el caso, los reos procedieron de común acuerdo, unidos por el mismo propósito y en acción conjunta, de lo que es preciso deducir, prosigue la consideración jurídica, el común designio homicida. En efecto, dos de los procesados, armados de sendas pistolas, encañonaron a otras dos personas, mientras un tercero, situado detrás, hizo varios disparos, uno de los cuales alcanzó a uno de los amenazados produciéndole la muerte.

La segunda de las citadas sentencias confirma también la autoría directa en un caso de asesinato, aunque no se intervenga en la consumación. La doctrina más actual está de acuerdo con tales conclusiones cuando entiende que el autor directo y pleno es el que realiza el tipo delictivo, de modo que los «considerados» autores por el artículo 14 vienen a ser causa de extensión de la autoría, por «tomar parte», una parte, por tanto, en la ejecución, o bien por inducir o cooperar de modo necesario.

Finalmente, el tercero de los fallos en esta materia, plantea el difícil tema de la participación en el robo con homicidio. Dice al respecto: «Que si bien esta Sala tiene declarada la unidad del delito de robo con homicidio y la responsabilidad de todos los participantes, ha sido en cuanto todos hubieran cooperado a la muerte, siquiera fuera con su presencia, o en cuanto que el homicidio fuese consecuencia inmediata de los actos de cooperación: pero en este caso la intervención, entre la acción conjunta (del robo) y el homicidio, de actos solamente atribuibles al procesado T., hace demasiado indirecta la contribución de los otros reos...», pues «no parece de modo concluyente que hubieran querido el homicidio ni como acción propia ni como acción ajena, ni la desviación operada en el curso de los hechos por los actos ejecutados solamente por T. (la agresión y subsiguiente muerte de un taxista que, en la fuga, se negó a conducirlo) permiten declarar que el resultado de éstos fuera fácilmente *previsible* (subrayamos) en todos sus elementos esenciales». También están de acuerdo estas conclusiones con la doctrina actual del Tribunal Supremo en torno a la amplitud del tipo de robo con homicidio que abarca no sólo el homicidio doloso, sino incluso el culposo, si bien ahí debe detenerse el complejo para no convertirlo en delito calificado por el resultado. La razón no es otra que la de hablarse en el precepto de homicidio y no de muerte, de suerte que aquél, como elemento normativo incorporado a la figura

legal, admite todas las formas de culpabilidad, pero repele el fortuito (vid. Rodríguez Devesa, *Derecho penal*, Parte especial, Madrid, 1980, pág. 434) (5).

Aún encontramos en este campo de la participación un postrer fallo que trata del siempre interesante tema de la *inducción* o autoría intelectual. Es la *Sentencia de 22 de diciembre de 1934*. Versa sobre asesinato y en ella se distingue la inducción de la mera provocación, en estos términos: «Las órdenes y consejos para delinquir constituyen formas de la inducción prevista en el número segundo del artículo 14 del Código penal, la cual ha de ser directa, entendiéndose por tal que el inductor ha de tener en su mente la representación —sin la cual faltaría el dolo criminal— de los elementos esenciales del delito a cuya ejecución impulsa eficazmente a los inducidos». Y «en el caso enjuiciado los inducidos siguieron fielmente las órdenes y sugerencias recibidas del otro procesado, su íntimo amigo, haciendo varios disparos a traición y con propósito homicida, por lo cual está fuera de duda que L. fue inductor directo del asesinato y no un mero provocador en forma genérica y difusa para ejercer coacciones».

Pasando ya a las *circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, son particularmente abundantes las sentencias que versan sobre la *atenuante de arrebató u obcecación*. De ellas entresacamos por su interés las de *18 de febrero* y *10 de junio de 1935*. Esta última, que aprecia la atenuante propiamente dicha, entiende que la misma puede desdoblarse en dos elementos: un estado psicológico de arrebató y obcecación, y que esta situación se haya producido por motivos que *naturalmente* conducen a ella. Y fijándose en este adverbio considera que al exigir el Código la característica de naturalidad a la relación causal entre los motivos y el estado emocional o pasional reduce el alcance de la atenuante a los motivos realmente fundados, con exclusión de las representaciones arbitrarias que se forme el agente, pues únicamente aquéllos son los que de un modo normal, o sea a la mayoría de los hombres, podría arrebató u obcecar. En el caso *sub judice* se afirmaba el estado de obcecación del sujeto, pero nada se decía sobre los motivos entendidos en la forma expuesta, lo que excluye la atenuante, según doctrina reiterada de la Sala (6).

El fallo citado primeramente, se refiere en cambio, apreciándola, a la atenuante de arrebató por analogía. Se declara primeramente que «según la doctrina clásica, encarnada en nuestro Código penal y declarada repetidamente por el Tribunal Supremo, las circunstancias atenuantes indican una disminución en la imputabilidad, ya por la perturbación o falta de desarrollo de la inteligencia, ya porque se encuentre en parte impedida la libre determinación de la voluntad, a lo que ha de añadirse la naturaleza de los motivos productores de aquel estado, pues

(5) La última reforma penal confirma estas tesis en el artículo 501-1.º y 4.º del Código penal.

(6) Ver la nueva redacción del artículo 9-8.ª unificando los estados pasionales con fórmula amplia que suprime el adverbio «naturalmente» que figuraba en el precepto derogado.

nunca pueden tener efecto atenuante los que deban ser valorados como inmorales o antisociales». Ahora bien, «al no ser legalmente previsibles todos los hechos o circunstancias atenuantes, el núm. 9 (hoy 10) del artículo 9, admite cualquiera otra circunstancia análoga a las especialmente determinadas, en cuya fijación han de tenerse en cuenta, como es lógico, los requisitos generales anteriormente expresados». Por cierto, que es de señalar que esta vía analógica ya ampliada por la reforma de 1932 se acabó de expandir por el Código de 1944, puesto que la analogía ya no se refiere a las atenuantes enumeradas anteriormente, sino a la *significación* de las mismas, si bien, como advierte Antón en su obra (*Ob. cit.*, pág. 347) no se ha hecho todo el uso que cabía esperar de tan gran arbitrio, favorecido además, por ser *in bonam partem*.

Aplicada la anterior doctrina al caso de autos, se confirma la estimación analógica de la atenuante, atendido el estado miserable en que se encontraban los procesados a causa del paro prolongado y resultar alterada su inteligencia por la *sugestión de la multitud* en tumulto, en la cual los reos no fueron inductores sino inducidos por directores ignorados, concluyendo la existencia de la disminución de imputabilidad apreciada acertadamente por la Sala sentenciadora, toda vez que los estímulos originarios no tenían carácter inmoral o antisocial y eran evidentemente análogos a los de la circunstancia séptima (hoy octava) del artículo 9.º. Este fallo que ya hemos citado anteriormente, es por demás interesante pues en él se entrecruzan aspectos del estado de necesidad, delincuencia colectiva y arrebató por analogía, cuyo comentario nos llevaría muy lejos de esta modesta glosa. Por lo mismo es muy citado en manuales y textos de doctrina patria por el progreso jurisprudencial que supuso en su tiempo.

En materia de embriaguez destaca la *Sentencia de 18 de marzo de 1935* que distingue, en la siempre difícil cuestión de límites entre eximente y atenuante, en un delito de escándalo público. De acuerdo con lo estatuido en el Código de 1932 que contemplaba la embriaguez como eximente específica (formulación que la jurisprudencia actual sigue considerando válida, aunque refundida en el trastorno mental transitorio), declara dicha sentencia: «Que la embriaguez solamente exime de responsabilidad criminal en el caso verdaderamente excepcional de ser plena y fortuita, requisitos totalmente ausentes (en el caso), donde no hay elementos para deducir que la embriaguez perturbarse totalmente las facultades mentales del procesado, ni tampoco que fuera adquirida de un modo absolutamente accidental, sin culpa de ningún género por parte del mismo». Por el contrario, se estima —y en este punto se acepta el recurso— como atenuante, en cuanto produjo trastorno mental, es decir, «turbación pasajera de las facultades intelectuales exigidas por la Ley» y no «simple excitación nerviosa sin ningún trastorno mental, que no altera la imputación, y que sólo con un empleo extensivo del vocablo puede comprenderse como embriaguez». Supuesto, pues, el origen no fortuito de la ebriedad (culposo o doloso pero no preordenado al delito, único que excluía la atenuante en aquél

Código de 1932) toda la distinción bascula en torno al grado de la embriaguez que sin llegar a ser plena —con *total* perturbación anímica— sí ha de ser de intensidad suficiente para trastornar el psiquismo (turbación *parcial*). En todo caso se excluye de la atenuación la fase inicial, tan conocida, de simple euforia y excitación del ánimo.

Este esquema, clásico por lo demás, que combinaba el origen y el grado de la embriaguez para denotar su eficacia eximente o atenuante, fue perturbado por la reforma de 1944, y en ello estamos aún, al reintroducir —tomándolo del Código de 1870— un elemento alógeno o extraño al sistema: la *habitualidad* excluyente de la atenuación. En realidad el ebrio habitual que delinque debe ingresar en el campo de la peligrosidad y se hace acreedor más que a una responsabilidad virtualmente agravada, puesto que se le excluye de la atenuante, a una medida de seguridad, ya como complemento, ya como sustituto de la pena. También el silencio del texto vigente sobre el origen fortuito o culpable de la embriaguez ha producido alguna perplejidad que la jurisprudencia actual ha debido eliminar tratando de reordenar —hasta donde ha sido posible— esta materia con arreglo a dichos dos clásicos criterios (entre otras, Sentencias de 4 de noviembre de 1970 y 9 de noviembre de igual año y 14 de noviembre de 1974).

La *preterintencionalidad* fue también objeto de cinco resoluciones. De ellas recogemos por su mayor interés la *Sentencia de 11 de marzo de 1936*. Por de pronto, este fallo estima incompatible la preterintencionalidad con la culpa, desde el momento en que se da un propósito inicial de realizar un hecho delictivo, aunque éste rebasa esa intención originaria. La culpa podrá darse respecto del exceso, si éste era previsible y con ello imputable a imprudencia. Así parece afiliarse la sentencia a la doctrina que ve en la preterintencionalidad una «figura mixta» de dolo y culpa. En efecto, nuestro autor se adhiere, en el terreno científico, a esta tesis (*Ob. cit.*, pág. 228) y alude a la dualidad de preceptos que gobiernan la preterintención: artículo 3.º, párrafo tercero, en relación con el 50 de un lado, y artículo 9.º, circunstancia 4.ª de otro. Igualmente se acoge a la solución de Silvela, según la cual los dos primeros preceptos deben aplicarse cuando se trate de delitos distintos: el propuesto y el realizado. Y el último, es decir, la atenuante 4.ª del artículo 9.º al caso de que no se trate más que de un delito pero susceptible de gradación en el daño producido, de modo que sea más grave el causado que el intentado. Prototipo de este supuesto es el delito de lesiones, cuyos resultados determinan su mayor o menor gravedad. Ejemplo igualmente característico del primer supuesto es el del homicidio producido sin ánimo de muerte. No deja de observar Antón las dificultades que entraña aplicar el artículo 50 a este caso, pues para ello, producida la muerte (hecho real) habría que conocer el resultado lesivo propuesto por el agente (hecho hipotético), lo que en la práctica, por la dificultad que encierra en el campo médico-forense, ha conducido a la inaplicación del artículo 50 y consiguiente extensión a estos casos de la atenuante de *praeterintentionem*.

La jurisprudencia actual se esfuerza, con todas las dificultades pro-

pías del caso, en distinguir ambas hipótesis bajo los nombres de heterogénea y homogénea y aún llegó a la ansiada aplicación de la primera en la Sentencia de 30 de marzo de 1973 de la que fue ponente el que os habla. La literatura científica actual ha vuelto sobre el tema, poniendo de relieve, una vez más, las dificultades del mismo que no es del caso desarrollar ahora.

Volviendo a la glosada sentencia, el tema se resolvió con toda ortodoxia, pues se discriminó la responsabilidad de cada uno de los tres procesados coautores del homicidio: El que arrojó una piedra contra la víctima que le produjo fractura craneal, de por sí mortal, y a consecuencia de la cual hubiera fallecido, si bien la muerte se produjo a la postre, cuando los otros dos procesados recogieron al herido, aún con vida, arrojándolo a una acequia donde murió por sumersión en las aguas. Pues bien, sólo al primero se aplica la atenuante de preterintencionalidad, pues a juzgar por el medio empleado (la piedra), el resultado excedió a los propósitos del agente. Es decir, hubo causalidad en la herida producida (la *lethalitas vulneris* de los clásicos), pero no dolo de muerte sino meramente de lesionar, bastante por lo demás, para eliminar el homicidio imprudente. Claro que subsiste la dificultad inherente a toda esta materia: ¿Cómo puede hablarse de homicidio —siquiera preterintencional— sin verdadero *animus necandi*? Con el sistema vigente, no es posible otra solución, creemos, que la de estimar la atenuante como muy cualificada e imponer al sedicente homicidio preterintencional la pena intermedia entre el homicidio doloso y el imprudente o culposo. No otra viene a ser la técnica —adoptada por otras legislaciones y en el Proyecto de Código Penal de 1980— de estimar la figura especial de las lesiones seguidas de muerte. Por distinto camino se llega al mismo resultado punitivo que es, en definitiva, el que postula la justicia material (7).

Finalmente, a la atenuante de *arrepentimiento* se dedican algunas sentencias. En tres de ellas se niega: *Sentencia de 8 de julio de 1935* (se había dado orden de busca y captura del reo y no se prueba que éste ignorase tal circunstancia). Tampoco la admite la *Sentencia de 14 de noviembre de 1935* (confesión del reo interesada). Ni la *Sentencia de 12 de diciembre del mismo año* por lo mismo (en la declaración del culpable se ocultó parte de la verdad). La *Sentencia de 15 de octubre de 1935* admite la atenuante en un delito de asesinato pero no como muy cualificada, pues la simple presentación espontánea a las autoridades no puede tener efectos excepcionales en delito de tanta gravedad.

Entrando ya en las *agravantes*, se nos ofrece en primer lugar la *alevosía*. Declara la *Sentencia de 2 de octubre de 1935* que «basta el carácter súbito e inesperado de la agresión, de forma que el agredido no pueda proveer a su defensa», pues la alevosía «es compatible con la

(7) La última reforma penal, con buen acuerdo, ha suprimido la preterintencionalidad heterogénea que se desprendía del artículo 1, párrafo tercero, en relación con el artículo 50 del Código penal. La Jurisprudencia se ha hecho inmediato eco de la supresión al estimar concurso de delito (o falta) doloso con homicidio culposo (Sentencia de 28 de marzo de 1984 y otras).

resolución rápida o dolo de ímpetu». En el mismo sentido la *Sentencia de 6 de enero de 1936* dice que no es necesario que se busque, basta la voluntariedad del artículo 1.º del Código penal. Parece contradecir esta tesis la *Sentencia de 24 de febrero de 1936* cuando califica la alevosía de «figura de tendencia» que implica la «elección consciente de los medios». Sin embargo no hay tal antinomia si se tiene en cuenta la disputa teórica sobre la naturaleza objetiva o subjetiva. Antón Oneca, por vía de magisterio (*Ob. cit.*, pág. 352), ya declaró que el carácter de esta agravante es eminentemente objetiva o modal, en cuanto el Código pone el acento sobre los medios, modos o formas de ejecución. Lo que sucede es que en ella se inserta un elemento subjetivo o tendencial, los fines a los que se ordena la elección de los medios o formas ejecutivos que no son otros que los de asegurar tal ejecución y, correlativamente, los de eliminar la defensa del ofendido. Es algo paralelo a lo que ocurre con la antijuricidad constituida primordialmente por el injusto objetivo en el que, a veces, se injerta un elemento subjetivo o *animus*. Creemos que esta postura del maestro desaparecido es la más ajustada al prolijo texto legal que define la agravante. Es, en definitiva, lo que recogió su ponencia judicial de 18 de marzo de 1936 cuando describe los elementos objetivos y subjetivos del caso. Los primeros están ínsitos en «la acción homicida llevada a cabo rápidamente sobre persona que no espera ser agredida, y continuada cuando ésta se encontraba ya herida en el suelo, mediando entre el primer disparo y el segundo los actos de montar y cargar de nuevo el arma», lo que «implica el *aseguramiento* del resultado y la *falta de riesgo* para el agresor». Los segundos se desprenden «no sólo porque la voluntariedad de las acciones se presume, salvo prueba en contrario, y en la acción están comprendidas sus circunstancias, sino porque la persistencia en la agresión con varios días premeditada y los actos de montar y cargar el arma para hacer el segundo disparo, demuestra la reflexión con que se eligieron o aprovecharon las condiciones objetivas para asegurar el resultado y precaverse de todo riesgo». En resumen, la alevosía tiene unos fines que no exigen la premeditación sobre los mismos, pues en tal caso no podrían coexistir ambas agravantes, sino que basta la reflexión ordinaria o consciencia, voluntariedad en suma, la cual se desprende de los mismos modos de ejecución empleados.

Lo dicho nos lleva a tratar ahora de la *premeditación*, la otra agravante de poderío cualificador en el asesinato, de entidad criminológica pareja a la alevosía, al menos en el decurso histórico y legal. Pero ¿está en crisis esta circunstancia de tipo intelectualivo, como se pretende por algunos? Veamos lo que se desprende de las sentencias de nuestro magistrado, pues también en este punto nos ofrece su obra científica datos reveladores, cuando recapitula los elementos, más bien fases por los que ha pasado la agravante: Una primitiva, de tipo *cronológico* y elemental, al fijarse en el dato puramente contable del tiempo que medió entre la resolución de delinquir. Se llegó incluso a hablar de un cómputo que la famosa bula de Clemente XII, *In supremo iustitiae solio*, estableció en seis horas. El criterio *ideológico* se fija tam-

bién en la persistencia de la reflexión, pero más que por el tiempo en que se mantiene, por la claudicación final del agente en la lucha entre los motivos ético-sociales que se alzan frente a él y los que le llevan a delinquir. Su consagración está en la *überlegung* recogida por el Código alemán de 1871. El criterio *psicológico*, de raigambre italiana (de Carmignani seguido por su gran discípulo Carrara), añade un elemento más a la persistencia reflexiva, la llamada «frialdad de ánimo»: Hay pasiones ciegas que perturban la inteligencia, pero hay otras razonadoras compatibles con el sereno discurso. En fin, el llamado *criterio sintomático*, restringe la estimación de la agravante cuando revele una personalidad perversa o peligrosa. Es el criterio recogido por el Código suizo (*Ob. cit.*, págs. 363-365).

Nuestra jurisprudencia, a falta de una noción legal, se ha inclinado por la doctrina carrariana, exigiendo junto a la persistencia en la resolución criminal la frialdad de ánimo. Los fallos bajo ponencia de Antón rinden tributo a esta tesis. La *Sentencia de 29 de enero de 1934* niega el concurso de la agravante en un caso de asesinato calificado por la alevosía, pues si bien se dio la frialdad de ánimo, afirmada en el veredicto del Jurado, no quedó igualmente declarada la persistencia en la *resolución* criminal, pues la meditación de los medios y consecuencias de la agresión, más bien se refiere a la *deliberación* que a la resolución ya formada, sin que sea tampoco expresión suficiente de la persistencia la indeterminada declaración de «tiempo bastante», cuando no se precisa éste ni se dan elementos que permitan precisarlo. Poniendo en relación este fallo con el esquema doctrinal antes expuesto, se aprende que no basta por un extremo el puro elemento cronológico, ni por el otro el psicológico de la frialdad de ánimo para el mal, pues falta el elemento nuclear de la persistencia, la cual ha de recaer, atendidos los tres momentos de la vida interna del delito: ideación, deliberación y resolución, precisamente en esta última. Con ello parece también descartarse el criterio de la *überlegung* o reflexión entre motivos opuestos hasta decidirse el agente. Es esta permanencia en la decisión tomada la que define la premeditación.

En fin, la *Sentencia de 18 de marzo de 1936* de acuerdo con este carácter netamente subjetivo de la premeditación afirma que la misma es índice de mayor *culpabilidad*. Notemos, pues, que se descarta el criterio sintomático de la mayor peligrosidad o perversidad. Tal vez es la combinación de ambas concepciones, con la restricción que ello comporta en la apreciación de esta circunstancia, esté la clave de su futuro legal.

Para terminar con el elenco de agravantes, digamos que del *abuso de superioridad* se ocupa la *sentencia de 11 de noviembre de 1933*, derivándola de la agresión plural o de varios contra la víctima. No hay que decir que esta modalidad de ejecución emparenta esta agravante con la alevosía, de la que viene a ser filial o de menor rango.

Igual parentesco demuestra la *nocturnidad* en la *Sentencia de 18 de abril de 1936* en un delito de hurto, al decir que «buscada la noche de propósito para realizar el delito, esta afirmación se encuentra

corroborada por la conducta total de los procesados quienes en el mutuo acuerdo con que procedieron y en los actos preparatorios de la infracción demostraron la reflexión que presidió la elección de medios y circunstancias del hecho..., por lo que ha de deducirse el aprovechamiento intencional de la nocturnidad».

El *abuso de confianza* es certeramente aludido por la *Sentencia de 14 de octubre de 1932*: No se da si no se ha depositado la confianza, ni se quebrantan especiales deberes para con la persona ofendida. Se pone así el acento de la agravante más que en la facilidad de la comisión del delito, mera consecuencia, en la efectiva existencia de la confianza y en su quebranto a través de la vulneración de deberes de gratitud, lealtad o fidelidad que tal situación comporta.

Finalmente la *reincidencia* es tocada en la forma específica exigida para calificar el hurto, transformando la falta en delito, por la *Sentencia de 2 de junio de 1934*. Este fallo, de acuerdo con el recurso del Ministerio Fiscal, interpuesto en favor del reo, acoge la casación, al no constar fechas, ni cuantías de las anteriores condenas, precisas para fundar la doble reincidencia. En cambio se desecha la prescripción de la reincidencia establecida por el Real Decreto de 14 de noviembre de 1925, derogado al ser puesto en vigor el Código de 1870, en las *Sentencias de 17 de mayo de 1932, 13 de febrero de 1935, 24 de abril del mismo año y 8 de mayo de 1936*. Realmente fue un retroceso la abolición de aquel Decreto de 1925, volviendo al *status ante* de la no prescripción, mantenido luego por la reforma de 1932 y las sucesivas. Siempre será un contrasentido que el delito pueda prescribir pero no lo que es mera circunstancia y, como tal, extrínseca al mismo (8).

La circunstancia mixta de *parentesco* no se estima como agravante aun en delito contra la vida en *Sentencia de 8 de enero de 1936* y ello porque, en el caso, el agredido provocó al agresor precisamente mediante el quebrantamiento de aquellos deberes morales, de afecto y mutua ayuda derivantes de la familia y que fundan la agravación en tal clase de atentados. En efecto, la víctima, maltratando a su mujer, hermana del procesado, e insultando a los padres estimuló al reo a cometer los hechos.

En cuanto a las *formas de aparición del delito*, tenemos dos referencias al *delito continuado* y una al *concurso ideal*.

La primera de tales referencias (*Sentencia de 21 de septiembre de 1935*) aplica el delito continuado a un delito de hurto doméstico cometido por dos criadas, quienes «con unidad de propósito, sustrajeron géneros por valor de 710 pesetas, si bien para posibilitar o facilitar la realización del hecho dividieron la ejecución en diversas acciones durante el transcurso de dieciocho meses, siendo notorias la persistencia en idéntica resolución y la constancia, también, del bien jurídico atacado, hasta el punto de constituir tales conductas un solo delito con-

(8) Tal situación ha terminado con la última reforma de los artículos 10-15.^a y 118 del Código penal al permitir la cancelación de antecedentes penales, incluso de oficio y, con ella, la desaparición de la agravante sin posibilidad de su «resurrección» por nuevo delito cometido después de cancelación.

tinuado». La segunda referencia a este instituto penal la contiene la *Sentencia de 6 de abril de 1936*, pero es para negar su existencia en un delito de estafa y subsiguiente falsedad en documento privado: Los reos lograron la entrega de mercancía simulando amistad, géneros que facturaron en la estación de ferrocarril, pero descubierto el fraude e incautado el talón de facturación antes de llegar a destino la mercancía, para retirarla los procesados extendieron un recibo suplementario firmado por el consignatario con la garantía de un sello de persona ya fallecida, consiguiendo así la entrega de la expedición. Pues bien, se niega la continuidad entre el delito de estafa y el de falsedad, pues aparte de que se trata de bienes jurídicos distintos (propiedad en la estafa, fé pública en la falsedad), hay entre una y otra acción —la defraudadora y la falsaria— hechos como la detención de los procesados e incautación del talón de facturación que indican «resoluciones criminales diversas y que falta por consiguiente la unidad en el elemento moral del delito, necesaria para estimar una sola infracción». Resaltan, por tanto, en estas dos resoluciones los dos elementos, subjetivo y objetivo, que constituyen la entraña del delito continuado, del que, por cierto, Antón Oneca fue destacado monografista en trabajo publicado en la «Nueva Enciclopedia Jurídica» (*Delito continuado*, T. VI, 1954, págs. 448 y ss.). El primero de tales elementos subjetivo o moral, es la unidad de propósito que nuestro autor identifica en dichas dos sentencias como «unidad de resolución», es decir, que una misma resolución abarque los distintos actos realizados en ejecución de la misma, de suerte que si la interposición de hechos extraños a tal desenvolvimiento fáctico indican que la resolución, y con ella el dolo, ha de renovarse, faltará dicha unidad moral. La unidad del elemento objetivo se identifica con la del bien jurídico protegido y sucesivamente atacado con las diversas acciones.

La doctrina expuesta parece repudiar la exigencia de unidad de ocasión exigida por otra parte de la doctrina (de modo destacado por Jiménez de Asúa). Se diría que al aprovechar la misma ocasión que se va deparando, se va renovando la resolución de delinquir. Antón se da cuenta de este antagonismo y en su mentada monografía nos explica que la unidad de resolución ha de entenderse como «resolución genérica» o «unidad de designio» que dijo Carrara y que pasó al Código italiano de 1930. Sin entrar en el alcance psicológico de tales expresiones, muy discutidas por los propios italianos, podemos indicar que aquí se encierra una unidad de dolo o dolo planificado y en ella está el germen de lo que después se ha llamado delito masa, que se distingue del delito continuado en que aquel dolo unitario o conjunto se proyecta desde un principio sobre una pluralidad indeterminada de sujetos unidos por una misma necesidad que es la que se propone explotar ya inicialmente el sujeto activo. Ejemplo típico: los delitos de fraude colectivo (Díaz Palos, F., *Delito masa: delitos de fraude colectivo*, en «Rev. Der. Judicial», núm. 1, enero-marzo 1960, págs. 72 y ss.).

Pues bien, junto a dicha hipótesis, Antón Oneca incluye también

la que contempla la unidad de ocasión o de oportunidad en la que el delincuente cae tantas veces como se presenta. Por nuestra parte, creemos que es este último supuesto el que realiza con mayor pureza la doctrina del delito continuado y la que está en sus orígenes: la recaída en la tentación propiciada por la repetición de ocasiones iguales que facilitan el reiterado ataque al bien jurídico (Silva Correia, *Unidade e pluralidade de infracções*, Coimbra, MCMXLV, págs. 338 y ss.) lo ha explicado muy bien: Este sucumbir repetidamente a la oportunidad crea una disminución de los frenos inhibitorios, en suma, una disminución de la culpabilidad. Cosa muy contraria acontece en el delito masa en que la planificación del dolo es índice de una voluntad tenaz y organizadora, todo lo contrario de la claudicante y débil que sucumbe al repetirse la ocasión. Tampoco hay que esforzarse mucho para comprender el distinto perfil criminológico de una y otra situación. Por ello abogamos decididamente porque el legislador distinga entre ambas especies de delincuencia sometiéndolas a distinto tratamiento punitivo (9).

Al *concurso ideal* se refiere la *Sentencia de 11 de julio de 1936*: Compara las penas asignadas a los delitos de atentado a agente de la autoridad y lesiones, para deducir que es más beneficiosa para los reos la punición separada, «no siendo a ello obstáculo la existencia de atenuante, pues el artículo 75 (hoy 71) se refiere a la pena correspondiente al delito sin consideración a las circunstancias modificativas». El criterio sigue siendo válido en el precepto vigente. Más dificultad puede ofrecer la comparación de penas en el texto actual, en el caso de no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, puesto que la regla 4.ª del vigente artículo 61 permite recorrer la pena en toda su extensión. De tal dificultad se hace cargo Antón (*Ob. cit.*, pág. 460), pues entonces habrá que entender por «penas que pudieran imponerse», a que se refiere el artículo 71, las que los juzgadores habrían impuesto en el caso concreto al castigar independientemente las infracciones.

De la *extinción de la responsabilidad penal por perdón* del ofendido trata la *Sentencia de 11 de enero de 1934*. En ella se afirma que la madre tiene personalidad para perdonar en causa seguida al padre por delito de violación de la hija y en representación de ésta, toda vez «que el interés opuesto a que hace referencia este precepto (el artículo 165 —hoy 163— del Código civil) no puede reconocerse en el caso presente, pues es de suponer que el afecto maternal se sobreponga sobre otro cualquiera, tanto más cuanto que en virtud del delito de violación la madre de la víctima debe considerarse ofendida en su doble calidad de madre y esposa, siendo, por otra parte, de tener en cuenta, la orientación claramente marcada por la Constitución (la de 1931), por lo que se refiere a la igualdad de derechos en el matrimonio, por lo cual no

(9) Tales postulados han sido por fin realizados legislativamente por la reforma de 1983, al recoger el artículo 69 bis del Código penal los dos supuestos de *delito continuado* (plan preconcebido, identidad de ocasiones sobreenvidas) y la forma agravada de delito-masa, en los términos expuestos en el texto.

puede suponerse que la mujer esté totalmente supeditada al marido hasta el punto de verse obligada a abandonar sus deberes maternos». Igual doctrina se mantuvo en *Sentencias de 16 de marzo de 1905 y 2 de enero de 1934*, pero la cuestión no era pacífica. La postura contraria se mantuvo por la Circular de 27 de junio de 1908 de la Fiscalía del Tribunal Supremo con base en aquella contradicción de intereses prevista por el artículo 165 (hoy 163) del Código civil y en las *Sentencias de 31 de diciembre de 1884 y 9 de mayo de 1894*.

El texto del vigente artículo 443, en su párrafo quinto, modificado por Ley 46/1978, de 7 de octubre, viene a resolver la cuestión al permitir que el Tribunal pueda rechazar el perdón del representante legal, a su prudente arbitrio, ordenando la continuación del procedimiento, representando al menor de dieciocho años o al ofendido el Ministerio Fiscal. Por último, la reforma de 1983 excluye del perdón, tanto del ofendido mayor de edad como del representante legal o guardador de hecho, al delito de violación (art. 443, párrafo sexto).

Finalizamos este repaso de la Parte General con dos resoluciones atinentes a la *responsabilidad civil subsidiaria*. La *Sentencia de 16 de mayo de 1934* se encara con el artículo 22 del Código penal en su última frase: Que los dependientes actúen «en el desempeño de sus obligaciones o servicio», que viene a fijar «la extensión o límites de la responsabilidad que alcanza a todas las infracciones realizadas, si quiera sea en forma de accidentes, mediante actos constitutivos del servicio encomendado, pues la ley no se refiere a que las obligaciones impuestas sean por sí mismas delictivas, en cuyo caso la responsabilidad del amo sería directa, sino a los delitos realizados en su desempeño por el dependiente, de modo que los actos del servicio sean el motivo o la condición necesaria para la acción determinante de la responsabilidad». En el caso se afirma la responsabilidad civil subsidiaria del dueño del vehículo por haber encomendado su conducción al procesado, sin que fuera óbice el hecho de que éste hubiera admitido a la víctima, a ruegos suyos, en una camioneta de carga, pues tal infracción reglamentaria, que añade un nuevo elemento a la culpa del agente, no priva a la acción, causa directa del resultado, de su carácter integrante del desempeño de aquel servicio.

Más terminante es aún la *Sentencia de 2 de abril de 1935* al declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la madre respecto de su hijo conductor del automóvil propiedad de aquélla, pues si el procesado era chófer de profesión, según consta en el encabezamiento de la sentencia recurrida, se deduce que prestaba servicio a la dueña del coche, por lo que son perfectamente compatibles las relaciones de parentesco con las de dependencia. Y es que esta doctrina, ulteriormente desarrollada por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con toda amplitud, encuentra perfecto encaje en la índole objetiva con que está descrito el artículo 22 del Código penal, prescindiendo, a diferencia del Código civil, de toda presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, o, si se prefiere, estableciendo tal presunción de culpa con alcance *iuris et de iure*. El fundamento, tal como sostiene Antón

Oneca por vía científica (*Ob. cit.*, pág. 615) siguiendo a Antolisei y a Gómez Orbaneja, se reconduce al principio *cuius commodā ejus damna*, esto es, que quien se beneficia del servicio prestado por otro debe pechar con los daños que tal servicio origine. Principio que está muy cerca de aquél otro de la creación del riesgo, originado en el Derecho social. De ambos hace ya constante uso la actual doctrina del Tribunal Supremo.

Hemos llegado al final de tan fatigosa recensión de la obra jurisprudencial de D. José Antón Oneca. Aun dejando para mejor ocasión el estudio de las sentencias que se refieren a los delitos en especie, algunos de ellos han sido ya objeto de estudio indirecto en cuanto las disposiciones generales se aplican siempre en contemplación de determinada infracción penal. Con todo, el estudio que antecede creo que refleja muy bien la perfecta interacción entre doctrina y praxis de que hizo gala nuestro magistrado. El, como nadie, supo bajar de la abstracción de los principios a su aplicación a las realidades cotidianas de la justicia penal. Por ello su obra perdurará.

ADDENDA

Terminado este trabajo, llegó a nuestras manos, por deferencia del que ha sido Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar y luego Capitán General de la Segunda Región Militar, Excmo. Sr. D. Manuel Esquivias Franco, el voto particular que suscribió D. José Antón Oneca, como Magistrado del Tribunal Supremo integrante de su Sala de Justicia Militar que en 25 de agosto de 1932 dictó sentencia en juicio sumarísimo, condenando a la pena capital al Teniente General del Ejército y Director General de Carabineros, D. José Sanjurjo Sacanell por los sucesos del 10 de agosto de dicho año, acaecidos en Sevilla, que son del dominio público y ya patrimonio de la Historia. Por ello mismo, nos limitamos a reproducir en su estricta literalidad dicho voto particular, que pone bien de relieve el gran humanismo y sensibilidad jurídica de nuestro admirado maestro. Dice así:

«En Madrid, a 25 de agosto de 1932. El Magistrado que suscribe, disconforme con la Sentencia dictada en juicio sumarísimo por esta Sala el día 25 de los corrientes, en la que se condena por el delito de rebelión militar cometido en Sevilla el día 10 del actual mes y año, al General José Sanjurjo Sacanell, General Miguel García de la Herrán, Teniente Coronel de Estado Mayor Emilio Esteban Infantes Martín a las penas de muerte, reclusión perpetua y doce años y un día de reclusión temporal, respectivamente, y se absuelve libremente al Capitán Justo Sanjurjo Giménez Peña, formula el siguiente voto.

Que admite y está conforme con la relación de hechos consignados en los resultandos de la Sentencia, así como con la doctrina legal que en los Considerandos se declara y presta también su conformidad al fallo, pero, considerando que la pena señalada en el artículo 238 del Código de Justicia Militar al jefe de la rebelión militar, por ser única

e indivisible no admite la posibilidad legal de ser rebajada, a pesar de la concurrencia de circunstancias atenuantes bien en el agente o en la infracción, a pesar de la libertad de apreciación que a los Tribunales concede el artículo 173 del citado Código castrense. Considerando que los distinguidos servicios prestados por el General Sanjurjo a la Patria, tanto en tiempo de guerra, como en paz, en momentos sociales y políticos de dificultad, en los que con su acertada y subordinada actuación cooperó a los poderes constituidos con gran prudencia y acierto, evitando trastornos y alteraciones del orden público y teniendo además en cuenta que en el movimiento revolucionario realizado en Sevilla no hubo derramamiento de sangre, ni actos de violencia sobre los particulares ni los muebles y sólo únicamente un levantamiento de carriles de poca importancia, desistiendo el General Sanjurjo de su propósito insurgente tan pronto como las fuerzas de la Guarnición de Sevilla le manifestaron su propósito de reintegrarse a la disciplina de los poderes legítimos de la Nación, sin intentar ni por un momento que reaccionaran a su favor y continuaran la rebelión, circunstancias éstas que de no ser una pena única dado la amplitud del artículo 173 del Código de Justicia Militar hubieran podido rebajar la pena tan grave impuesta.

Por lo expuesto el que suscribe, discrepando de la opinión de la Sala, entiende que existen méritos bastantes para estimar la pena excesiva y haciendo uso de la autorización que a los Tribunales concede el artículo 2.º del Código penal común elevar al Gobierno la solicitud de conmutación de la pena por la de reclusión perpetua».

Injerencia y art. 489 bis, 3.º CP. (*)

SUSANA HUERTA TOCILDO

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

I. CONSECUENCIAS DEL ENTENDIMIENTO DEL ARTICULO 489 BIS 3.º COMO OMISION PROPIA AGRAVADA

El tercer párrafo del artículo 489 bis del Código penal, introducido por la Ley 3/1967 de 8 de abril (1) y que desde entonces ha permanecido invariado (2), configura un tipo agravado del delito de omisión del deber de socorro —descrito en el primer y segundo apartados de ese mismo precepto en los siguientes términos: «Si la víctima lo fuera por accidente ocasionado por quien omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor».

La misma ubicación de este supuesto en el citado artículo induce a pensar que, errores terminológicos aparte (3), estamos aquí también

(*) Este trabajo está destinado al Libro Homenaje al Profesor D. Juan del Rosal, actualmente en fase de preparación, y va dedicado a su memoria.

(1) Para un estudio completo del origen de este tercer párrafo del artículo 489 bis, vid.: RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia*, en ADPCP 1973, págs. 501 y sigs.

(2) El artículo 195 del *Proyecto de Código penal de 1980* recogía esta misma figura en forma prácticamente idéntica a la actualmente vigente, salvo en lo relativo a la pena, al disponer que «El que habiendo ocasionado un accidente, dejare de prestar ayuda a la víctima del mismo, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses». Por su parte, el artículo 192, 3.º de la *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal* (1983) repite la redacción hoy presente en el artículo 489 bis, 3.º CP en punto a descripción de la conducta típica, acogiendo, en cambio, la pena prevista en el *Proyecto de 1980*.

(3) En algunas sentencias del Tribunal Supremo (vid., ad exemplum, la de 24-IV-1974, comentada por Luzón Peña en la Rev. D.º Circ. 1974, págs. 269 y sigs.), se dice que «el delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis, párrafo tercero... es una infracción dolosa, de *comisión por omisión*» (el subrayado es mío), tras de lo cual se afirma la intrascendencia, a efectos de la aplicación de este tipo agravado, «del resultado lesivo para la vida y del plazo de curación de las lesiones..., aunque sean un dato más del riesgo creado, al ser lo más importante la situación de peligro originada». Pienso, por ello, que la alusión en estos casos a la comisión por omisión por parte de alguna jurisprudencia está vaciada de su real contenido de categoría a través de la cual se produce la imputación del resultado no evitado a quien

ante un delito de omisión *propia* (4) respecto del que carece de significación jurídica el hecho de que la víctima del accidente experimente o no un empeoramiento en su estado o situación de peligro como consecuencia de la no prestación de auxilio por quien a ello venía obligado (5). De acuerdo con esta idea, bastaría entonces con que el causante del *accidente* que origina dicha situación de peligro infringiera el mandato de actuar en salvamento de la víctima de aquél (que, como en el primer párrafo del artículo 489 bis, ha de encontrarse desamparada y en peligro manifiesto y grave (6)) para que se entendiera surgida la responsabilidad a título de este tipo agravado de la omisión de socorro.

A tenor de esta interpretación, por otra parte dominante tanto en doctrina como en jurisprudencia (7), podrían obtenerse ya, de la misma configuración del artículo 489 bis, 3.º como tipo agravado de omisión *propia*, las siguientes consecuencias:

Primera: Siendo de carácter general la obligación de actuar en

teniendo el deber de actuar impeditivamente omite dicha actuación, y que el Tribunal Supremo está llamando —sin duda equivocadamente— comisión por omisión a lo que también desde su punto de vista no es sino una omisión *propia*.

(4) En torno a la distinción entre *omisión propia* y *omisión impropia* (o *comisión por omisión*) puede manejarse, en la literatura alemana, una abundantísima producción bibliográfica en la que, al respecto, se utilizan distintos criterios. Así, mientras que algunos autores consideran que el dato fundamental que separa a ambas clases de omisión es el de la pertenencia o no del resultado al tipo de lo injusto del delito omisivo, correspondiéndose los delitos de omisión *propia* con los de mera actividad en el orden comisivo, y los de omisión *impropia* con los de resultado (vid., p. ej.: JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*. P. G., vol. II, Barcelona, 1981, págs. 832-834), otros, en cambio, atienden para ello a la naturaleza de la norma infringida (preceptiva, en la omisión *propia*; prohibitiva, en la *impropia*). Vid., en este sentido, por ej.: BAUMANN, *Strafrecht*. A.T., 7 Aufl., Bielefeld, 1975, págs. 200-201), y unos terceros, tras someter a crítica los dos puntos de vista apuntados, insisten en que ambas modalidades de omisión sólo son distinguibles por el dato externo-formal de si están (o. *propia*) o no (o. *impropia*) legalmente tipificadas (así, vid., por todos: Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, págs. 275 y sigs.).

(5) Vid., en este sentido: LUZÓN PEÑA, *Comentario a la Sentencia TS 24-4-1974 Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro*, en RDCirc. 1974, págs. 269-270, con específicas referencias al estado de la doctrina española en este punto.

(6) La consideración del artículo 489 bis, 3.º, como modalidad *agravada* del tipo básico de omisión del deber de socorro contenido en el artículo 489, 1.º, y no como delito distinto e independiente de aquél (*delito de fuga* a que aludiera una antigua jurisprudencia; vid., sobre el particular: RODRÍGUEZ MOURULLO, oc. cit., págs. 505 y sigs.) conlleva el que los elementos requeridos en dicho tipo básico para configurar la situación típica hayan de estar, así mismo, presentes en el mencionado tipo agravado (cfr.: RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., págs. 503-504).

(7) Cfr.: TORIO, *Aspectos de la omisión especial de socorro* (art. 7, ley 122/62), en ADPCP 1967, págs. 587 y sigs.; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., páginas 513-514; LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 270; RODRÍGUEZ DEVESA, P. E., Madrid, 1983 (9.ª ed.), pág. 118 («deslinde entre estos tipos y la comisión por omisión de otros»).

auxilio de una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave (art. 489 bis, 1.º), al causante del *accidente* que origina dicha situación le incumbe, además del general deber de actuar —común a todo ciudadano que pudiese cumplirlo sin riesgo propio o ajeno— un deber *especial* de actuar en evitación de que el peligro derivado de su conducta accidental se concrete en una lesión de la vida o la integridad personal de la víctima de aquélla (8). Deber que, caso de ser incumplido, genera para el obligado una responsabilidad agravada a título del artículo 489 bis, 3.º, y no a tenor del artículo 489 bis, 1.º.

Segunda: A los efectos de dicha responsabilidad agravada, resulta indiferente que de la infracción de ese deber *especial* de actuar se derive o no un empeoramiento en el estado de la víctima del accidente. Aunque queda en pie la posibilidad, apuntada por alguna doctrina, de que el resultado de muerte o lesiones más o menos graves de aquélla le sea imputado al omite, en concurso *ideal* de delitos con el artículo 489 bis, 3.º, cuando, mediando dolo (eventual) o imprudencia en relación con tales resultados, puedan éstos entenderse *ocasionados* por la conducta omisiva en el sentido de que, de haber actuado el obligado conforme al deber jurídico, dichos eventos no se habrían producido (9).

Pero es precisamente esta última afirmación la que mayores problemas plantea a la hora de precisar el ámbito de aplicación del artículo 489 bis, 3.º. Porque, ¿puede en verdad decirse que si la víctima del accidente ve agravado su estado, como consecuencia de la omisión de socorro por parte del causante de aquél, hasta el punto incluso de llegar a fallecer, éste último no responde en absoluto de dicho resultado de muerte o sólo responde, en su caso, a título de homicidio imprudente en concurso (ideal) con el artículo 489 bis, 3.º? ¿No debería, más bien, concluirse que de la causación (*accidental*, según los términos del precepto acabado de citar) de un peligro para la vida o la integridad personal se deriva para el causante una *posición de garantía* que genera para él un *especialísimo* deber de actuar en evitación de que el referido peligro desemboque en lesión de los mencionados bienes jurídicos, deber cuyo incumplimiento daría lugar a una responsabilidad a título de *comisión por omisión* del correspondiente delito?

Al análisis de estas cuestiones dedicaré las páginas que siguen. Pero

(8) Sigo aquí la interpretación sugerida por Rodríguez Mourullo, conforme a la cual el deber de actuar en auxilio de quien se encuentra desamparado y en peligro manifiesto y grave, impuesto por el artículo 489 bis, 1.º, y extrapolable al tercer párrafo de este mismo precepto, se concreta a situaciones de riesgo para la vida y la integridad personal (*La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, págs. 147-148 y 165).

(9) Partidarios de la tesis del concurso (ideal) de delitos —a la que más adelante se hará amplia referencia— en el caso de que el «accidente» hubiere sido imprudentemente ocasionado (concurso entre homicidio-lesiones imprudentes y omisión del deber de socorro agravada) son, en nuestra doctrina, entre otros: TORIO, en ADPCP 1967, cit., págs. 583 y 601; RODRÍGUEZ MOURULLO, en ADPCP 1973, cit., pág. 513, y LUZÓN PEÑA, en Rev. D.º Circ. 1974, cit., pág. 272.

antes de entrar en él, permítaseme plantear un supuesto de hecho sobre el que construir algunas hipótesis de trabajo; para cuya verificación o rechazo haré uso de las principales aportaciones que, en las doctrinas alemana y española más recientes, se han producido en torno al pensamiento de la *injerencia* como una de las fuentes del *deber de garantía* o deber de actuar en evitación de un resultado típico.

Supongamos que A, conductor experto y prudente, circula con su automóvil por una carretera de segunda categoría y poco transitada, observando en todo momento el cuidado debido. En un momento dado, inesperadamente le sale al paso B, niño de corta edad, cuyo atropello no puede evitar a pesar de intentarlo mediante el uso de los frenos. Temeroso de las molestas consecuencias que del desgraciado suceso pudieran derivarse, A se aleja del lugar de los hechos sin prestar el debido auxilio a B, quien muere no sólo por causa de las graves lesiones sufridas, sino, principalmente, por el largo tiempo transcurrido antes de ser atendido de las mismas.

Así las cosas, en lo siguiente trataré de dar respuesta a las dos cuestiones siguientes: 1) ¿responde A a título de homicidio doloso en comisión por omisión o, simplemente, como autor del delito previsto y penado en el artículo 489 bis, 3.º (10)?; y 2) caso de haber ocasionado A el atropello en forma imprudente, ¿respondería de un homicidio doloso en comisión por omisión o tan sólo de un concurso entre homicidio imprudente y omisión del deber de socorro agravada del artículo 489 bis, 3.º?

II. EL PENSAMIENTO DE LA INJERENCIA EN LA DOCTRINA ALEMANA

La contestación a estas preguntas viene profundamente condicionada, en primera instancia, por la postura que se adopte acerca de los requisitos que debe reunir el *actuar precedente* para, por la vía de la *injerencia*, fundamentar una *posición de garantía* originante del correspondiente deber de actuar en evitación del resultado típico, cuya infracción motive la correspondiente punición a título de comisión por omisión. A tales efectos, ¿bastaría con cualquier actuación generadora de un peligro (en este caso, para la vida o la integridad personal), aún cuando dicha conducta se mantuviera dentro de los límites del *riesgo permitido* siendo, en consecuencia, atípica? O, por el contrario, ¿debe entenderse que únicamente las conductas que exceden de tal límite y que, por tanto, merecen la consideración de *imprudentes*, engendran la mencionada posición de garante?

Si, para arrojar alguna luz sobre estas cuestiones, acudimos en primer lugar a la dogmática alemana (lo que vendría plenamente justificado por ser en ella donde, con mayor amplitud, ha sido desarrollado

(10) Vid. un supuesto semejante al aquí planteado en la STS de 5 de abril de 1983, por mí comentada en *La Ley*, año IV, núm. 717, bajo el título de *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*.

el espinoso tema de las fuentes del *deber de garantía*), se observa como, ya desde los mismos inicios de este siglo (11), se ha ocupado aquélla de las *posiciones de garantía* derivadas de un *actuar precedente peligroso*: son los denominados supuestos de *injerencia*, caracterizados por atribuir un deber de actuar en evitación del resultado típico a quien, con su anterior conducta, ha creado el peligro de advenimiento de dicho resultado.

El razonamiento que da pie a esta construcción es aparentemente sencillo: todo aquél que, con su actuar, crea un peligro para los bienes jurídicos de otra persona, está obligado a *garantizar* que dicho peligro no desemboque en la lesión del interés amenazado, para lo cual el ordenamiento jurídico-penal le impone una obligación de comportamiento activo en orden a la neutralización del peligro. Más compleja resulta, en cambio, la justificación del por qué ello es así y no de otra manera, como difícil resulta determinar qué actuares precedentes fundamentan la aparición de ese deber de evitar el resultado y cuáles no.

En torno a la justificación de la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía* —cuyo incumplimiento motive la punición a título no ya de omisión propia, sino de comisión por omisión— la doctrina alemana ha ofrecido varias y diversificadas respuestas, de las que aquí sólo daré un apretado bosquejo. Así, y por respetar en lo posible en la exposición el orden cronológico de aparición de las mismas, tras la explicación ofrecida por Stübel a la que acabo de aludir (12), Kissin cree encontrar el «quid» de ese deber *especial* de actuar en la idea de que el individuo no debe ocasionar daño alguno a la comunidad que, sin su presencia, no se habría producido; estando, por ello, obligado a evitar todos aquellos daños que amenazan con derivarse de su conducta (13): formulación ésta excesivamente amplia y que difumina los límites apreciables en Stübel (14) en relación con los requisitos que

(11) Concretamente, a partir de la obra de STÜBEL (*über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1928, págs. 61 y sigs.), quien ya consideraba que en el caso de que una persona colocale a otra en una situación de riesgo de la que no pudiera ésta última salir sin la ayuda de aquélla, surgía para el causante del peligro un deber de actuar en evitación del resultado que amenazaba con producirse que, de ser infringido, motivaba la responsabilidad a título de comisión por omisión. Debe advertirse, sin embargo, que para STÜBEL dicha conclusión sólo era alcanzable cuando la acción precedente fuera, además de peligrosa, antijurídica.

(12) Vid. nota anterior.

(13) *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, en *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 317, Breslau, 1933, págs. 101-102. No fundamenta KISSIN el por qué de esta conclusión que, por otra parte, conduce a la ilimitación del actuar precedente peligroso que puede consistir tanto en una acción justificada como en una acción antijurídica: la única limitación que al respecto impone el autor es la de que la conducta precedente no sea una mera *conditio* del resultado, exigiendo que manifieste ésta ya una tendencia general a la producción del mismo (ob. cit., pág. 105).

(14) Ciertamente no lo expresa STÜBEL con estas palabras, pero, al haber definido previamente este autor a la acción peligrosa (= conducta precedente) como lesiva de bienes jurídicos, debe entenderse que se está refiriendo únicamente a acciones precedentes antijurídicas (Cfr.: VAN GELDER, *Die Entwicklung*

debe reunir el *actuar precedente peligroso* para dar lugar a una *posición de garantía* (15).

Schaffstein, por su parte, nos brinda al respecto una curiosa argumentación: si el que luego omite una actuación salvadora en evitación del advenimiento del resultado típico, ha realizado previamente una acción *peligrosa*, este último dato produce el efecto de que la infracción del *deber de actuar*, en que toda omisión consiste, aparezca en este caso como algo tan grave para el *sano sentir popular* (sic.) que no pueda por menos que considerarse al omitente *autor* del correspondiente delito en comisión por omisión (16). Pero, como es fácilmente observable, no ofrece Schaffstein explicación alguna del por qué dicho omitente ha de ser necesariamente considerado *autor* —y no, por ejemplo, partícipe— del mencionado delito de omisión impropia (17), sin que, por otra parte, su tesis consiga eludir el consabido reproche del «*dolus subsequens*» como él mismo reconoce (18).

Con Nagler (19), la teoría de la equiparación entre el hacer y el omitir (*Gleichstellungstheorie*) experimenta un nuevo giro al situar el problema, por vez primera, en el ámbito del tipo con su «*Tatbestandslösung*». Para este autor, la cuestión fundamental en este terreno es la de determinar bajo qué presupuestos puede afirmarse que una *no evitación de un resultado típico* (omisión) es *típicamente* equivalente a la causación activa del mismo. A lo que responde —y es ésta una de sus más originales aportaciones, habida cuenta del momento en que se produce— que dicha equivalencia típica se producirá siempre que la referida omisión vaya acompañada de un elemento típico que no está expreso en el tipo del delito comisivo (en el que, a juicio de este autor, se enmarca la comisión por omisión): la *posición de garantía*: Elemento éste que puede traer su origen, entre otras fuentes, del *actuar precedente peligroso*. En los casos de *injerencia* —dice Nagler— el surgimiento de un deber de evitación del resultado se basa en que todo aquel que, con su conducta activa, ha puesto en marcha una cadena causal dirigida hacia la producción de dicho resultado, tiene la obligación de actuar impidiendo que éste se concrete (20). A lo que

der Lehre von der sogenannten Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun im Schrifttum des 19 Jahrhunderts. Eine kritische Darstellung, Diss. Marburg, 1967, pág. 36).

(15) Cfr. al respecto la crítica que del pensamiento de KISSIN sobre la injerencia lleva a cabo PFLEIDERER, *Die Garantienstellung aus vorangegangenen Tun*, Berlín, 1968, págs. 81-82; vid. también, críticamente: RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, pág. 34.

(16) *Die Unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, en Fest. für Gleispach, Berlín und Leipzig, 1936, pág. 113.

(17) Cfr.: PFLEIDERER, ob. cit., pág. 66.

(18) *Die Unechten*, cit., pág. 113; vid. el intento de LAMPE de dar solución a este problema, así como de ofrecer una explicación racional a lo que SCHAFFSTEIN considera como inexplicable racionalmente en: *Ingerenz oder dolus subsequens?*, en ZStW 72 (1960), págs. 93 y sigs.

(19) *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, en GS 111 (1938), páginas 1 y sigs.

(20) Ob. cit., págs. 26 y sigs.

no puede por menos que objetarse, en mi opinión, la tremenda extensión del ámbito de la *garantía* que presupone ya que, aún en el caso de que la acción precedente ni tan siquiera fuese tenida como peligrosa en orden al posterior advenimiento del resultado, adquiriendo sólo esa consideración en su conexión con ulteriores concausas, habría que entender surgido un deber de actuar en evitación del resultado que amenaza con producirse. Por lo demás, queda claro que para Nagler también los actuares precedentes atípicos o justificados fundamentarían, de darse el mencionado requisito de «activación de la cadena causal», una posición de *garantía* en su autor.

Enmarcada ya la cuestión de la equiparación entre el hacer y el omitir en la forma acabada de indicar (21) será Vogt quien, por vez primera, introduzca en el tema de las fuentes del deber de *garantía* un planteamiento sociológico que, como veremos más adelante, influye claramente los posteriores puntos de vista de Androulakis, Bärwinkel y Rudolphi y que, debidamente matizado, sigue constituyendo en la actualidad el método menos insatisfactorio de determinación de las posiciones de *garantía*.

Para este autor, la *injerencia* es fuente de un deber de actuar en evitación del resultado típico porque el *actuar precedente* del que luego omite ha creado un peligro para un *orden social estricto* (22), estableciéndose así una especial y estrecha relación entre el amenazado por dicho peligro y el causante del mismo; relación que se asemeja a la propia de la institución familiar (23). Sin embargo, de la utilidad de un método que, como el empleado por Vogt, subraya la necesidad de una consideración sociológica del problema de las fuentes del deber de *garantía*, no puede decirse que en toda causación de un peligro para los bienes jurídicos de otro —sea éste derivado de una conducta lícita o ilícita, ya que el citado autor no introduce limitaciones en relación con la acción precedente peligrosa— se dé esa suerte de estrecha relación interpersonal ya que, como dice Pfeleiderer (24), dicha relación faltaría en todos aquellos casos en que todavía no pueda hablarse de una individualización del peligro. Por otra parte, la misma indeterminación de un concepto como el de «orden social estricto», susceptible de diversas interpretaciones, hace disminuir grandemente sus posibilidades de erigirse en un criterio adecuado para explicar no ya sólo el origen del deber de actuar en supuestos de *injerencia*, sino también en relación con las restantes posiciones de *garantía* a que usualmente alude la doctrina.

La perspectiva sociológica, inaugurada como acabamos de ver por Vogt, es seguida y desarrollada por Androulakis quien, muy influencia-

(21) Esto es, como un problema de equiparación entre los tipos respectivos.

(22) Es éste un concepto acuñado por Vogt, quien lo define como «situaciones de especial relación interindividual, en las que se constituyen estrechos vínculos vigentes en la vida social en común» (*Das Pflichtproblem der Kommissiven Unterlassung*, en ZStW 63 (1951), pág. 399).

(23) Ob. cit. en nota anterior, págs. 402-403.

(24) Ob. cit. en nota 15, págs. 87-88.

do por este último autor, complementa sus tesis a través de su peculiar visión fenomenológica según la cual toda *posición de garantía* se fundamenta en la *proximidad social* en que se encuentra una persona en relación con el bien jurídico de otra que se encuentra amenazado: concretamente, la *posición de garantía* derivada del pensamiento de la *injerencia* viene dada, según este criterio, por la idea de que quien ha creado el peligro se coloca, respecto del titular del bien jurídico amenazado, en una situación de inmediata *proximidad* que le obliga a actuar en evitación de que dicho peligro se convierta en lesión. Dicha relación de proximidad inmediata la basa Androulakis, en los casos de injerencia, en la consideración de que, al haber sido el «amenazado» por un peligro puesto en esa situación precisamente por el autor de la acción precedente peligrosa, no es ya simplemente aquél un tercero en peligro, sino un tercero puesto por este último en dicho peligro por lo que ha de concernirle más («está más cerca») que el resto de los hombres (25). Planteamiento éste que, en términos generales, coincide con el mantenido por E. A. Wolff, para quien lo que origina una *posición de garantía* derivada del actuar precedente es la existencia de una especial relación de *dependencia* (26) de la víctima o «amenazado» por el peligro en relación con el causante del mismo: *dependencia* que se manifiesta en el hecho de que aquél no puede superar la situación de peligro para sus bienes jurídicos sin la ayuda de este último (27).

Sobre esta idea de la *dependencia* del amenazado por el peligro respecto del causante del mismo volveré al ocuparme de la postura de Welp. Por ahora, únicamente me interesa resaltar que, siendo las tesis de Androulakis y E. A. Wolff tremendamente sugestivas en orden a la determinación de las posibles posiciones de garantía y a la diferenciación consiguiente de las omisiones en propias e impropias, no son aptas, empero, para limitar las acciones precedentes engendradoras de los correspondientes deberes de actuar en evitación del resultado a las que exceden del marco trazado por el riesgo permitido.

Rudolphi da, en cambio, un importante paso adelante en el indicado camino limitador al afirmar que el *actuar precedente peligroso* sólo puede originar un deber —jurídicamente exigible— de actuar en evitación del resultado que amenaza con producirse cuando dicho actuar precedente sea, *per se*, contrario a deber; en tanto que, si se mantiene dentro del ámbito de lo permitido por el ordenamiento jurídico, no

(25) *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München-Berlin, 1963, págs. 214 y sigs.

(26) Vid. la aparición de este mismo criterio de la *dependencia personal* del bien jurídico amenazado respecto del causante del peligro en MIR (*Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1984, pág. 263), quien lo utiliza, conjuntamente con el de «la creación o aumento de un peligro atribuible a su autor», para determinar las posibles posiciones de garantía que cabe tomar en consideración a efectos de la construcción del tipo de los delitos de comisión por omisión.

(27) *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg, 1965, pág. 45.

puede en ningún caso servir de base para la aparición de una *posición de garante* (28). Idéntica limitación se percibe en Pfeleiderer, quien opina que no basta con que el actuar precedente haya desencadenado un proceso causal, que culmina en el inminente riesgo de lesión de un bien jurídico, a efectos de que surja para su autor un deber de actuar en evitación de dicha lesión, sino que es preciso que dicho actuar precedente sea antinormativo, contrario a deber (29). Por lo demás, dice Pfeleiderer algo muy interesante de cara a la problemática en examen: que a veces se ha fundamentado —notoriamente en algunos fallos del BGH alemán— la existencia de un *deber de garantía* para el conductor que atropella a un viandante lesionándole, en el dato de que sólo éste se halla en situación de prestar un auxilio eficaz a la víctima del atropello, olvidándose que este *monopolio de ayuda* no es un criterio suficiente para dar lugar a una responsabilidad a título de comisión por omisión en el conductor omitente (30). Pues, en efecto, también en ocasiones el que omite el auxilio debido (ex art. 489, bis 1) tendrá dicho monopolio y sin embargo, al no haber ocasionado la situación de peligro en que se encuentra el necesitado de ayuda, no responderá más que de un delito de omisión del deber de socorro (omisión *propia*).

No es, en consecuencia, el mero hecho de ser el único que «está ahí», o el que «está más cerca» o «en mejores condiciones» para auxiliar lo que convierte a un *no garante* (aunque no por ello impune, habida cuenta de la existencia del art. 489 bis, 1) en *garante* y, con ello, en autor —si omite actuar en evitación del resultado de lesión del bien jurídico— de un homicidio o lesiones en comisión por omisión, sino el haber creado con su *conducta precedente* el peligro para dicho bien jurídico. Es por ello por lo que, a mi juicio, el conductor del automóvil que, fortuita o imprudentemente, ha ocasionado el atropello tiene un *especial* deber de auxilio, distinto del que compete al resto de los conductores que «pasaban por ahí» (aunque alguno de éstos, al tener un automóvil más veloz, estuviese en «mejores condiciones» para transportar rápidamente a la víctima a un centro hospitalario); deber que, caso de infringirse, dará lugar —de interpretarse el término «accidente» utilizado en el artículo 489 bis, 3.º, en el sentido, que más adelante apuntaré con mayor argumentación, de suceso *fortuito*— a una responsabilidad a título de omisión del deber de socorro agravada, si la conducta precedente ha permanecido dentro de los márgenes del riesgo permitido, o a una responsabilidad a título de comisión por omisión del correspondiente delito (homicidio o lesiones), si la conducta precedente ha sido contraria a deber (= imprudente). Todo ello con independencia de que el citado conductor tuviera o no un «monopolio de auxilio». Aunque forzoso es reconocer que, normalmente, la responsabilidad a título de comisión por omisión sólo surgirá en aquellos supuestos en los que la salvación de la víctima en pe-

(28) Ob. cit. en nota 15, págs. 182 y 188-189.

(29) Ob. cit. en nota 15, pág. 150.

(30) Ob. cit., pág. 140.

ligro *depende* de la conducta activa del conductor que ha ocasionado el atropello en forma imprudente, ya que, de estar otros conductores en disposición de prestar a aquélla un auxilio eficaz, no podrá decirse que la omisión de éste haya incrementado el riesgo de aparición del resultado típico (criterio de imputación que, en mi opinión, resulta imprescindible para fundamentar una responsabilidad a título de comisión por omisión).

En cualquier caso, si bien comparto la idea de que no basta con la existencia de un «monopolio de auxilio» en el conductor omitente, para que éste sea autor del correspondiente delito de *omisión impropia*, sino que es preciso que la conducta precedente sea, además de peligrosa, típicamente antijurídica (31), estimo que tanto la fundamentación que a este punto de vista limitador da Rudolphi, como la de Pfeleiderer y otros autores que con ella se muestran conformes, es jurídicamente insuficiente. Pues, como dice Welp —autor que cifra la existencia de una *posición de garantía*, en supuestos de *injerencia*, en la situación de *dependencia* en que se encuentra el titular del bien jurídico puesto en peligro por el actuar precedente respecto del autor de éste—, dicha *situación de dependencia* se dará tanto en supuestos de actuares precedentes peligrosos pero lícitos (riesgo permitido) como en hipótesis de actuares precedentes antijurídicos (32). Y lo mismo cabe decir cuando no es de esa *dependencia* de la que se habla, sino de criterios como el de la proximidad social o fenomenológica (33), el del citado «monopolio de auxilio» (que también puede darse en el conductor prudente) o el del «dominio sobre la causa del resultado», de Suhñemann (34). Nuevamente aquí —como, en general, en los distintos puntos problemáticos que presentan los delitos de omisión *ompropia*— sólo los criterios valorativos emanados de la propia ley pueden suministrarnos un concreto punto de apoyo para proceder a la, político-criminalmente deseable (35), limitación de los actuares prece-

(31) Conclusión ésta para la que, conforme se verá más adelante, encuentro —a diferencia de lo que sucede en la doctrina alemana, lo que explica la polémica existente al respecto— un apoyo legal en el artículo 489 bis 3.º CP.

(32) *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín, 1968, págs. 223-226 y 262 y sigs.

(33) Cfr. ANDROULAKIS, ob. cit. en nota 25.

(34) *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971, págs. 233 y sigs., especialmente págs. 234-235 y 241 y sigs.

(35) En este sentido, vid.: ROXIN, *Politica criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1972, págs. 45-47. Para este autor, dadas las dificultades existentes en punto a la equiparación entre la no evitación de un determinado resultado por quien tiene un deber de garantía y la producción del mismo mediante una conducta activa, sería preferible reconducir todos los supuestos tradicionalmente considerados como de *comisión por omisión* a un tipo agravado de omisión del deber de socorro (ob. cit., pág. 47). Lo que, a mi juicio, constituye una alternativa digna de tenerse en cuenta de *lege ferenda*, siempre y cuando en dicho tipo se describieran claramente cuáles son las fuentes de ese deber especial de actuar y, en el caso concreto de la injerencia, se precisase qué tipo de actuares precedentes lo originarían. En todo caso, el artículo 489 bis, 3.º CP no cumple, en nuestro Derecho, una fun-

dentos originadores de una *posición de garantía* a aquellos que, además de engendrar un peligro para los bienes jurídicos de otro, sean típicamente antijurídicos. Y, en esta línea, qué duda cabe de que la misma presencia del artículo 489 bis, 3.º, CP es, como posteriormente intentaré razonar, un excelente argumento en dicho sentido limitador.

De este rápido repaso a la fundamentación de la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía* se deduce que, si bien la doctrina alemana coincide en la afirmación de que el actuar precedente que ocasiona un peligro origina un deber de actuar en evitación del resultado que, como concreción de dicho peligro, amenaza con producirse si no se hace algo para impedirlo, esa misma doctrina se divide, sin embargo, a la hora de precisar qué actuares precedentes peligrosos generan dicho *deber de garantía* y cuáles no, oscilando entre dos posiciones extremas: la de quienes entienden que *todo* actuar precedente peligroso, sea o no antinormativo «per se», es ya fuente del mencionado deber de actuar en evitación del resultado (postura mayoritaria en doctrina y jurisprudencia), y la (minoritaria) de quienes, para que ello fuere así, exigen que el actuar precedente sea, además de peligroso, típicamente antijurídico y culpable. Entre ambas posturas, estaría la de quienes estiman que, sin necesidad de ser también culpable, el actuar precedente peligroso sí debe, al menos, ser típicamente antijurídico para que pueda considerarse fuente de un *deber de garantía*, cuya infracción motive una responsabilidad a título de comisión por omisión (36); opinión ésta que, no obstante su corrección desde un punto de vista político-criminal, tropieza con serios obstáculos argumentativos al ser defendida, por lo general, desde formulaciones excesivamente amplias e indeterminadas del elemento común a todas las *posiciones de garantía* que permite que la no evitación del resultado se

ción sustitutoria de los posibles delitos de *comisión por omisión* —a la manera que propone ROXIN—, sino que se limita a excluir de entre ellos los supuestos de no evitación del resultado por quien ha causado, dentro de los límites del *riesgo permitido*, el peligro de advenimiento del mismo.

(36) Claro está que aquí habría que establecer una distinción entre aquellos que consideran que el dolo (natural) y la infracción del deber objetivo de cuidado son elementos, respectivamente, de los tipos de lo injusto del delito doloso y del imprudente, y quienes, por el contrario, estiman que dolo (malo) e imprudencia no son sino formas de la culpabilidad: para los primeros, de seguirse la vía intermedia señalada en el texto, sólo surgirían posiciones de garantía cuando la acción peligrosa precedente fuere dolosa o imprudentemente realizada, con lo que el conductor de nuestro ejemplo únicamente sería garante en el caso de que su conducción hubiere infringido la norma de cuidado; en tanto que, para llegar a esta misma conclusión, los segundos tendrían que exigir, a los referidos efectos, que el actuar precedente fuere, además del típico y antijurídico, también *culpable*. Pues, de conformarse éstos últimos con los requisitos de tipicidad y antijuridicidad del actuar precedente que informan esta vía intermedia, no podrían descartar la aparición de una posición de garantía en supuestos de actuares precedentes peligrosos que permanecen en el marco del riesgo permitido; a menos que, dentro de su esquema causalista, introdujeran la consideración de la infracción del deber objetivo de cuidado como elemento del tipo de lo injusto del delito imprudente (Vid., en este sentido: RODRÍGUEZ MOURULLO, P. G., cit., páginas 340-342).

equipare jurídicamente a su causación mediante una conducta activa: de manera que, si bien resuelve satisfactoriamente la cuestión del *cuándo* el actuar precedente es fuente de un deber de actuar para impedir que el resultado típico aparezca (= sólo en los casos en que dicho actuar precedente sea típicamente antijurídico), no permite explicar el *por qué* ello es así y no de otra forma.

III. EL PENSAMIENTO DE LA INJERENCIA EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN RELACION CON EL AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 489, BIS, 3.º, C. P.

En contraste con el cuadro de pareceres observable en la doctrina alemana, entiende la española dominante que el actuar precedente peligroso, ya sea lícito ya imprudente, no genera un *deber de garantía* cuando el peligro ha sido ocasionado por un *accidente*. Es más: a juicio de esta misma doctrina, la existencia del artículo 489, bis, 3.º, CP, viene a demostrar que, en nuestro Derecho, el pensamiento de la *injerencia* como fuente del mencionado deber de actuar en evitación del resultado carece de acogida, ya que del citado precepto cabe deducir que incluso el *accidente imprudentemente ocasionado*, seguido de la omisión de auxilio a la víctima del mismo por parte de quien lo ha provocado, da lugar a una responsabilidad a título de *omisión propia agravada* y no de comisión por omisión (37). Pues, de acuerdo con la opinión mayoritariamente sostenida por nuestros autores, el tercer párrafo del artículo 489, bis, CP es aplicable a toda hipótesis de peligro que haya sido engendrado en forma involuntaria, esto es, fortuita o imprudentemente. Conclusión ésta que se basa en la consideración de que el término «accidente» que en dicho precepto se utiliza sólo excluye «la causación dolosa de la situación en que se encuentra la víctima necesitada de socorro», siendo, en cambio, indiferente que ese «accidente» sea meramente *fortuito* o producto de una previa actuación imprudente del que luego omite auxiliar.

Esta interpretación del término «accidente», ínsito en el artículo 489, bis, 3.º, CP, no sólo acarrea la ampliación del ámbito de aplicación del mencionado precepto a supuestos de actuantes precedentes *típicamente antijurídicos* (38), sino que, paralelamente, obliga a descartar toda virtualidad del pensamiento de la *injerencia* en nuestro ordenamiento como fuente de un *deber de garantía* (39). Lo que no es,

(37) Vid., entre otros: RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1973, cit., págs. 513 y sigs.; GIMBERNAT, *Comentario a: Bacigalupo, Delitos impropios de omisión*, en ADPCP 1970, pág. 726; LUZÓN PEÑA, R. D.º Circ. 1974, cit., pág. 273.

(38) E incluso, *culpables*, de estimarse que el dolo y la imprudencia no son elementos de los respectivos tipos de delito, sino formas de la culpabilidad, y que el caso fortuito no es sino una causa de exculpación.

(39) Lo que contrasta con la cita constante, por parte de algunos de los defensores de este punto de vista, de la *injerencia* como una de las fuentes del deber de actuar en evitación del resultado típico, cuya infracción genera una responsabilidad a título de comisión por omisión (Cfr.: RODRÍGUEZ MOURULLO, P. G., cit., pág. 312).

a mi juicio, una idea totalmente rechazable habida cuenta de que, como dice Welzel, la cuestión de la injerencia representa el punto más problemático de toda la teoría de la garantía (40). Pero, ¿es posible aceptar la premisa mayor de este razonamiento, y concluir que *accidente*, en el artículo 489 bis, 3.º CP, es tanto el fortuita como el imprudentemente ocasionado?

Una cosa está clara: indudablemente es *accidente*, a los efectos del artículo 489 bis, 3.º, el peligro o daño *fortuitamente ocasionado* (41). No otra cosa cabe deducir de la puesta en contacto de esa norma con el artículo 6 bis, b) CP, en el que se dispone que «Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible». Accidente y fortuidad (entendida esta última como ausencia de dolo o imprudencia en la causación de aquél) son, pues, términos normativamente emparejados ex art. 6 bis b) CP, y así han de entenderse también en el artículo 489 bis, 3.º. Lo que conduce a una primera e importante conclusión: el actuar precedente peligroso pero que permanece dentro de los límites del riesgo permitido (42) no puede dar lugar a un deber de actuar en evitación del resultado que amenaza con producirse, de cuya infracción derivar una responsabilidad a título del correspondiente delito en comisión por omisión, sino que únicamente origina un *deber especial de auxilio* que, caso de ser incumplido, motiva la punición a tenor de la *omisión propia agravada* prevista en el artículo 489 bis, 3.º CP.

La específica agravación contenida en dicho precepto supondría, así, una importante limitación, legalmente establecida y por lo tanto incontestable (43), al pensamiento de la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía*, por cuanto no permite admitir que el *riesgo permitido* (= actuares precedentes peligrosos, pero atípicos) dé origen, en nuestro Derecho, a un deber de actuar en evitación del resultado amenazante. De suerte que, volviendo a la primera de las dos hipótesis prácticas más arriba formuladas, el conductor prudente que atropella fortuitamente a un niño, omitiendo después auxiliarle, no habría de responder, caso de producirse la muerte de éste, de homicidio doloso en comisión por omisión, sino de la omisión de auxilio agravada a que se refiere el artículo 489 bis, 3.º CU. Pero, ¿podría llegarse a la misma conclusión (responsabilidad a título del artículo 489 bis, 3.º CP, en eventual concurso con un delito de homicidio imprudente) en la segunda hipótesis, esto es, cuando el que después omite auxiliar ha ocasionado previamente el accidente en forma imprudente? O, dicho de otra manera: ¿es posible extraer, de la presencia del artículo 489 bis,

(40) *Zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, en JZ 1958, págs. 494 y ss.

(41) Sobre la interpretación del término «ocasionado», vid.: TORIO, *ob. cit.* en n. 7, págs. 594-596; vid. también mi trabajo sobre *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, cit., pág. 3.

(42) *Atípico*, en la sistemática por mí seguida, al no ser ni doloso ni imprudente.

(43) A diferencia de las argumentaciones limitadores más caracterizadas en la doctrina alemana, a las que anteriormente se ha hecho referencia.

3.º CP, la idea de que ni tan siquiera los actuarees precedentes típicamente antijurídicos (*riesgo no permitido*) originan un *deber de garantía* ni, en consecuencia, una responsabilidad a título de homicidio (o lesiones) dolosas en comisión por omisión?

No lo creo yo así, y en lo que sigue intentaré justificar por qué pienso que la omisión de auxilio a la víctima de un atropello (o de cualquier otro actuar precedente peligroso), *imprudentemente* ocasionado, por parte de quien lo ha provocado engendra para éste una responsabilidad a título de homicidio o lesiones dolosas en comisión por omisión.

Para ello, me referiré críticamente, en primer lugar, al razonamiento según el cual, conforme acaba de ser expuesto, la propia existencia del artículo 489 bis, 3.º CP demuestra la invalidez del pensamiento de la *injerencia*, en nuestro ordenamiento, como fuente de un *deber de garantía*, puesto que de dicha norma cabe inducir que incluso los actuarees precedentes típicamente antijurídicos (imprudentes) no dan lugar, caso de omitir posteriormente su autor el auxilio a la víctima que él mismo ha puesto en grave peligro para sus bienes jurídicos más elementales (vida, integridad personal), a una responsabilidad a título de comisión por omisión (de homicidio o lesiones) sino a una omisión del deber de socorro agravada, en posible concurso, eso sí, con un homicidio imprudente (44).

A la vista de las argumentaciones ofrecidas por aquellos autores que así se expresan, tal conclusión —indudablemente drástica si se la compara con las alcanzadas por el grueso de la doctrina alemana— no se apoya en otra base que en la discutible interpretación del término «accidente» a que ya antes he hecho alusión, como comprensivo tanto de actuarees precedentes y peligrosos fortuitos (*riesgo permitido*) o justificados (45) como de actuarees precedentes imprudentes. Y, sin em-

(44) Cfr. los autores citados en n. 9. Obviamente es ésta una conclusión que se aleja por completo de las alcanzadas por la doctrina alemana, ya que no se ceñiría a la pretensión de limitar mediante la exigencia de determinados requisitos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) los actuarees precedentes peligrosos que podrían dar origen a una posición de garantía, sino que, al descartar la aparición de ésta tanto en supuestos de acción precedente lícita (fortuita o justificada) como de acción precedente imprudente (incluibles unos y otros en el término «accidente» utilizado en el artículo 489 bis, 3.º CP), a la postre lo que se estaría negando sería la propia virtualidad de la *injerencia* como fuente de un deber de actuar en evitación del resultado típico. Pues no cabe duda alguna de que los actuarees precedentes *dolosos* no generan dicho deber, ya que a lo que dan lugar es a una responsabilidad a título del correspondiente delito comisivo (Cfr. mi trabajo: *¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?*, en CP. Crim., núm. 17, 1982, páginas 250-251, n. 103).

(45) Si se entiende que también los actuarees precedentes imprudentes y no justificables entran en el ámbito del artículo 489 bis, 3.º, con mayor razón aún habrá de llegarse a la misma conclusión en relación con los que estuvieren justificados. Máxime si, como creo, lo que está fuera de toda duda es que el término «accidente» se refiere a sucesos fortuitos que, a mi juicio, son atípicos. Porque si lo menos (actuar precedente atípico) y lo más (actuar precedente típico y antijurídico) se estiman fundamentadores del deber especial de auxiliar impuesto por el artículo 489 bis, 3.º CP, también habrá de

bargo, tal entendimiento del término «accidente» ni siquiera es obligado en el lenguaje vulgar (46) por lo que mucho menos habrá de serlo en el normativo. Por el contrario, el ya citado artículo 6 bis b) del CP lo emplea como equivalente a *suceso fortuito*, ocasionado sin dolo ni imprudencia. De donde se deduce que la interpretación extensiva del citado término hasta hacerle abarcar supuestos de actuare precedentes imprudentes (*riesgo no permitido*), si bien pudiera estar guiada por un loable afán limitador, carece de toda apoyatura legal viniendo, por ello mismo, a ser injustificada y rechazable. Como también lo es la conclusión ulterior que de ella se obtiene en punto a declarar la irrelevancia de todo actuar precedente peligroso para originar un deber de evitar el resultado que amenaza con producirse. A no ser que dicha conclusión se apoye en algún otro argumento distinto del que acabo de descartar. Para ver si ello es así, creo conveniente analizar una por una las distintas fundamentaciones brindadas por quienes, en nuestra doctrina, defienden el punto de vista en examen.

Del artículo 106 del CP argentino (que viene a coincidir con nuestro artículo 489 bis, 3.º) deduce Bacigalupo que ni la causalidad del hecho anterior ni la infracción del deber de evitar el resultado son suficientes para definir una posición de garante (47). Lo que me parece absolutamente correcto: la conducta precedente que, *fortuitamente*, ocasiona un peligro es *causal* respecto del mismo sin que, ni de ella ni de la posterior omisión del deber de auxilio, quepa extraer una responsabilidad de su autor por el resultado a título del correspondiente delito en comisión por omisión. Para ello es preciso, como indica seguidamente Bacigalupo (48), «que la conducta precedente sea contraria a deber. Es decir, que el artículo 106 queda limitado en su ámbito a los casos en que el autor se ha conducido dentro de los límites del peligro permitido en el tráfico. La adecuación a Derecho de la conducta precedente impide que de ella pueda deducirse un deber de garantía». Conclusión ésta que comparto plenamente y que coincide con la por mí obtenida al ceñir el término «accidente» del artículo 489 bis, 3.º del CP español a supuestos de peligro fortuitamente ocasionado. Hasta aquí nada tengo, pues, que objetar a las tesis del autor al que vengo refiriéndome. Si no fuera porque, de lo anteriormente afirmado, extrae éste una conclusión que me parece excesiva, ya que no sólo no se corresponde con el desarrollo esbozado sino que lo contradice abiertamente: la de que «la idea de la injerencia no tiene ya prácticamente lugar en el sistema penal argentino (49), por lo que la

fundamentarse dicho deber la categoría intermedia de los actuare típicos pero justificados.

(46) Según el *Diccionario de Uso del Español* de María MOLINER, *accidente* es un «suceso imprevisto que causa un trastorno en la marcha normal o prevista de las cosas»; identificándose este término con el de *caso fortuito*, al que también es inherente la nota de imprevisibilidad.

(47) *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, en ADPCP 1970, pág. 43 (subrayado en el original).

(48) Ob. cit., pág. 44.

(49) Conclusión ésta que sería extrapolable al Derecho español, dado el

fundamentación de la responsabilidad penal por una omisión impropia basada en la sola conducta precedente como se admitió en general... en nuestra dogmática no tiene hoy vigencia. *La ley no establece en ninguna parte una posición de garantía semejante, ni permite deducirla con la amplitud que se ha pretendido.* Si esto ya era cierto antes de la sanción del artículo 106 CP, ahora no puede ofrecer dudas» (50). Y digo que esta última conclusión me parece excesiva porque del anterior razonamiento de Bacigalupo lo único que se deduce es que el artículo 106 del CP argentino, como también el artículo 489 bis, 3.º de nuestro texto punitivo, impide fundamentar una responsabilidad a título de comisión por omisión cuando la conducta precedente peligrosa de quien después omite auxiliar al titular de los bienes que él mismo ha puesto en peligro permanece dentro de los límites del *riesgo permitido*; pero no cuando, como el propio Bacigalupo admite expresamente, el omitente ha creado con su inactividad «un *peligro adicional* al permitido para la fuente que él mismo debe custodiar y encauzar», en cuyo caso sí habría una *posición de garantía* a juicio del citado autor (51). La idea de *injerencia*, aunque limitada, sigue pues teniendo un lugar tanto en el sistema penal argentino como en el español: precisamente allí donde la conducta que ha creado el peligro exceda de los márgenes del *riesgo permitido* (conducta precedente *imprudente*). Sin que en contra de ello quepa alegar, como lo hace Bacigalupo, que «la ley no establece en ninguna parte una posición de garantía derivada de la injerencia». Porque tampoco la ley especifica en parte alguna las restantes fuentes del *deber de garantía* y, sin embargo, ello no ha supuesto un obstáculo insalvable para el desarrollo dogmático y jurisprudencial de las mismas (52).

Comentando las anteriores opiniones de Bacigalupo, dice Gimbernat que, ciertamente y como aquel autor afirma, del artículo 106 CP argentino, como del artículo 489 bis, 3.º de nuestro CP, se deduce que «el hacer anterior no convierte a una omisión en omisión impropia, pues si un conductor atropella a un peatón y luego no lo socorre, no responde —ni en Derecho penal argentino ni en Derecho penal

paralelismo existente entre el artículo 106 del CP argentino y nuestro artículo 489 bis, 3.º.

(50) Ob. cit., pág. 45 (subrayado en el original).

(51) También LUZÓN PEÑA interpreta el pensamiento de BACIGALUPO en los términos acabados de indicar en el texto cuando señala que este autor no va tan lejos como GIMBERNAT, puesto que, a diferencia de este último, admite aquél que si el accidente se produce en forma imprudente y estaba dentro del dominio del autor habrá de estimarse homicidio en comisión por omisión (R. D.º Circ. 1974, cit., pág. 272, n. 15). Pero sin duda lo que le lleva a GIMBERNAT a creer que su punto de vista coincide con el mantenido por BACIGALUPO en relación con la negativa de toda virtualidad a la injerencia como fuente de un deber de garantía es la contradicción resaltada entre la primera parte del razonamiento del autor de origen argentino y la conclusión que de él obtiene.

(52) Otra cosa es que dicho desarrollo resulte compatible con las exigencias derivadas del principios de legalidad penal; tema éste que excede de los límites de este trabajo y sobre el que preparo uno próximo bajo el título de *Comisión por omisión y principio de legalidad*.

español—, por un delito de homicidio doloso en comisión por omisión, sino por una omisión agravada del deber de socorro en eventual concurso con homicidio imprudente... Pues la conducta del que huye del lugar del accidente, después de haber atropellado sin intención a un peatón, no equivale (y por ello: no es una omisión impropia) a dirigir el vehículo contra un peatón para matarle» (53). Esta breve pero enjundiosa consideración sería, a mi juicio, perfectamente asumible de distinguirse (lo que no hace Gimbernat) entre la conducta anterior que permanece dentro de los límites del *riesgo permitido* (en cuyo caso estaría en completo acuerdo con él) y la que excede de dichos límites también incluida por el autor últimamente citado en el mismo paquete que la anterior, de lo que, por las razones ya expresadas más arriba, discrepo. Porque, si bien es cierto que, como dice Gimbernat, la conducta de quien, habiendo ocasionado el atropello por imprudencia, se da posteriormente a la fuga sin auxiliar a la víctima del mismo *no es equiparable* (lo que resulta básico a la hora de justificar la punición a título de comisión por omisión) a la producción de una muerte por atropello de vehículo de motor con *dolo directo* de matar (términos estos en los que Gimbernat establece la comparación), como mucho menos equiparable aún a este último supuesto es la misma conducta omisiva cuando el atropello ha sido ocasionado sin dolo ni imprudencia, no es menos cierto, en mi opinión, que la primera de estas hipótesis —esto es: aquélla en la que el atropello ha sido imprudentemente ocasionado— sí que resulta equiparable con la causación activa de una muerte mediando *dolo eventual*. Sobre este último punto volveré más adelante.

Por su parte Torio, en un artículo escrito antes de la introducción del artículo 489 bis, 3.º en nuestro texto punitivo —en el que se refería al precedente inmediato de dicho precepto (art. 7 de la ley 122/1962)— después de afirmar que el ámbito de esta última norma no abarcaba supuestos de conducta precedente *dolosa* (54), era también del parecer de que, tanto si la conducta precedente fue imprudente como si fue fortuita, la emergencia de una responsabilidad a título de comisión por omisión del resultado finalmente acaecido debía ser descartada porque «Si A atropella a B, culposa o fortuitamente, y éste fallece sin haber sido socorrido, estará presente una conducta activa, a la que causalmente se reconducen todos los efectos posteriores, y una omisión, en el sentido de la teoría general, a la que también han de reconducirse esos resultados. Esta construcción artificial resulta inadmisibles, puesto que contiene una duplicación innecesaria de la noción de causa» (55). Texto del que se desprende la idea, a mi juicio incorrecta, de que la conducta activa precedente es *causal* respecto del ulterior resultado de muerte sobrevenido y no, como creo más acertado, tan sólo respecto del peligro de advenimiento del mismo: siendo la posterior omisión la que, al agravar el estado de la víctima del atro-

(53) Ob. cit. en n. 37, pág. 726.

(54) Idea ésta con la que coincido plenamente (vid. supra, n. 44).

(55) Ob. cit. en n. 7, pág. 601.

pello, no es que sea *causal* en relación con dicho resultado (56), sino que éste le es *objetivamente imputable* (57) al autor de aquélla cuando mediere imprudencia en tal actuación precedente. No hay, pues, duplicación alguna de la noción de causa. Como tampoco hay culpabilidad *subsequens* (58) ya que lo que se le imputa subjetivamente al conductor imprudente que luego se da a la fuga sin socorrer no es ya la previa conducta imprudente al atropellar (que tan sólo fundamenta un *deber de garantía*, quedando por lo demás absorbida por la posterior omisión, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 340 bis a), penúltimo párrafo CP (59), sino la propia *omisión dolosa* (dolo eventual) en conexión con el resultado producido (muerte, lesiones).

Algo más matizada es la postura que sobre el particular mantiene Luzón Peña quien, si bien se muestra inicialmente de acuerdo con quienes afirman que «el que atropelló culposa o fortuitamente a la víctima y omite socorrerla, no puede responder de homicidio (si la víctima muere) doloso en comisión por omisión, sino sólo por omisión de socorro en concurso, en su caso, con homicidio imprudente» (60), cree, sin embargo, que «hay otros casos de hacer precedente peligroso y no doloso en que hay que llegar a la solución opuesta»: son, según el citado autor, aquellos supuestos en los que, dándose como en los anteriores una conducta precedente peligrosa, el «*peligro estaba perfectamente controlado precisamente hasta que comienza la omisión*», a diferencia de los de atropello imprudente o fortuito en los que «*ya antes*

(56) El propio TORIO reconoce en un trabajo muy reciente que el que omite no *causa* el resultado, a la vez que pone de relieve, a mi juicio muy acertadamente, cómo el principio *causal* está experimentando una regresión en la teoría del delito incluso en lo que hasta hace poco era su terreno: el delito de acción; siendo sustituido, en las funciones que otrora cumplía en punto a la afirmación de la tipicidad de la conducta en los delitos de resultado, por la idea de *imputación objetiva*. Lo que, como resalta TORIO, permite una mayor aproximación de los delitos de comisión por omisión a los delitos de acción (*Infracciones d'omission et responsabilité pénale pour omission*, en R.I.D.P., 1984, pág. 610 y págs. 612-614).

(57) Como dice CEREZO (*Curso de Derecho Penal español*. P. G. 1, 2.ª ed., Madrid, 1981, págs. 318 y 341), en la omisión falta una relación de causalidad entre la no realización de un movimiento corporal y el resultado; siéndole éste, por lo tanto, objetivamente *imputado* al omitente sin la concurrencia de dicha relación que, en consecuencia, no puede estimarse en todo caso como «elemento indispensable para la existencia de una responsabilidad penal».

(58) Reproche tradicionalmente dirigido a las llamadas teorías *causales* de la omisión que, al cifrar en la acción precedente (y no en la posterior omisión) la *causa* del resultado, se veían abocadas a retrotraer el elemento subjetivo presente en la omisión a dicho actuar previo. Lo que se evita si se niega la exigencia de causalidad para imputar un resultado a título de comisión por omisión, y se basa la tipicidad de la misma en la idea de *incremento del riesgo de producción del resultado* presente en la misma omisión (y no en la acción precedente) del garante.

(59) «Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada».

(60) R. D.º Circ. 1974, cit., pág. 272.

de la omisión el peligro ha escapado al control del sujeto» (61). Interpretación esta que, a juicio del autor, supone «rechazar como equivocada la idea de la injerencia, porque en los... ejemplos en que se llega a afirmar que existe comisión por omisión, ello no es porque exista un hacer precedente fuente del peligro, sino única y exclusivamente porque la misma omisión crea o desencadena el peligro» (62).

Varias son las consideraciones que este punto de vista me sugiere. Como se ve, arranca Luzón Peña de la idea de que, para poder hacer a alguien responsable de un delito en comisión por omisión, es preciso que la misma omisión haya supuesto la creación de un peligro o, como dice en otro lugar (63), cuando menos el incremento del «anterior riesgo abstracto y controlado de producción de la lesión». Pues bien: creo que esto último es precisamente lo que sucede en la hipótesis de atropello imprudente seguido de omisión de auxilio a la víctima del mismo, que muere no sólo a consecuencia de las lesiones sufridas sino también del tiempo transcurrido hasta haber podido ser asistida de ellas. Ciertamente que, en tal supuesto, el peligro de producción de *ese* resultado en concreto (*muerte*) ya había sido creado con la conducta precedente imprudente (*atropello*) por lo que no puede considerarse originado *ex novo* por la posterior omisión, como parece exigir Luzón Peña para proceder a la incriminación a título de comisión por omisión (64). Pero no es menos cierto que, aun no estando en tal caso perfectamente controlado dicho peligro de muerte con anterioridad a la conducta omisiva, tampoco puede decirse que escape por completo del control del sujeto (lo que, según Luzón Peña, reconduciría el tema al ámbito de la omisión propia). A mi entender, todavía le queda al conductor imprudente del segundo de los ejemplos propuestos la posibilidad de emprender una actuación controladora del peligro (*acción salvadora*) que es, precisamente, la que omite. Sólo cuando, dadas las circunstancias (heridas mortales de necesidad; muerte instantánea del atropellado...), sea posible afirmar que *efectivamente* el control del peligro ha escapado de las manos de quien, en forma imprudente, ocasionó el atropello, habrá que descartar no ya sólo la incriminación de la muerte a título de comisión por omisión (si aquél huyere del lugar de los hechos), sino la misma existencia de una omisión propia agravada del artículo 489 bis, 3.º CP (65), subsistiendo tan sólo la responsabilidad del autor a título de homicidio imprudente. Pero no es ese el caso en el ejemplo que nos ocupa, en el que la omisión no crea el peligro pero si *incrementa el riesgo* de producción del

(61) Ob. cit., págs. 272-273.

(62) Ob. cit., pág. 273.

(63) Ob. cit., pág. 273.

(64) Vid., críticamente, MIR PUIG (*Adiciones a JESCHECK, Tratado de Derecho penal*, II, Barcelona, 1981, pág. 874): «Ahora bien, tampoco parece que quepa fijar la atención sólo en la omisión subsiguiente exigiendo —como hace LUZÓN PEÑA— que la misma cree el peligro que da lugar al resultado: naturalísticamente *ninguna* omisión puede crear nada positivo ni, por tanto, tampoco puede originar peligro alguno...» (subrayado en el original).

(65) Cfr.: RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit. en n. 1, págs. 517 y sigs.

resultado de muerte, que finalmente sobreviene. Todo lo cual me lleva a concluir que siempre que: a) se dé una conducta precedente de carácter *imprudente* (66) que crea un peligro para determinados bienes jurídicos y que, en virtud del pensamiento de la *injerencia* (entendido en forma limitadora), coloca a su autor en una *posición de garantía* originante de un correlativo deber de actuar en evitación de que el mencionado peligro se traduzca en lesión; y b) la infracción del citado deber (*omisión*) haya incrementado el riesgo de producción del resultado finalmente sobrevenido (67), estaremos en presencia de una *omisión impropia* y no de la *omisión propia agravada* del artículo 489 bis, 3.º CP.

Tales conclusiones son bastante similares a las recientemente apuntadas por Mir ya que, a diferencia de lo que hasta el momento hemos visto que constituye doctrina dominante en nuestro país, no deduce este autor de la presencia del artículo 489 bis, 3.º CP la imposibilidad de considerar a la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía* (68), aunque sí sustenta un pensamiento limitador de la misma ya que ciñe la posibilidad de aparición de dicho deber de evitación del resultado a supuestos de conducta precedente *antinormativa* (69). Para, a continuación, preguntarse si basta con que la conducta precedente peligrosa sea *antinormativa* para que la omisión subsiguiente se haga equivalente a la causación activa de la lesión del bien jurídico, o no será más bien esta forma de proceder una «manifestación solapada del tan denostado *versari in re illicita*» (70). Idea esta última que intenta alejar a través de su exigencia de que, además de *antinormativa*, la conducta precedente «condicione la posibilidad de *imputar* al sujeto el peligro creado por su acción» en el sentido de que «por una u otra vía tenga lugar una creación o aumento del peligro que sea *atribuible* a su autor» (71). Lo que, a juicio de Mir, no sucederá cuando el mencionado peligro no fue objetivamente previsible, esto es, en supuestos de *accidente* en el sentido que a este término se le ha dado páginas atrás; pero sí, según se desprende *a sensu contrario* de sus palabras, en el caso de conducta precedente *imprudente*, en el que, aun reconociendo lo discutible del tema, entiende Mir que la responsabilidad del omitente ha de ser más grave que en el supuesto de no prestación de auxilio a la víctima de un suceso fortuito (supuesto este último claramente comprendido en el artículo 489 bis, 3.º CP), pero

(66) Exigencia de imprudencia en la conducta precedente que se deriva de la interpretación limitadora anteriormente realizada con apoyo en el propio argumento legal de la existencia del artículo 489 bis, 3.º.

(67) Criterio éste de imputación objetiva a manejar en los delitos de comisión por omisión todavía con mayor razón que en los delitos comisivos, habida cuenta de que en aquéllos no se da un nexo de causalidad material entre la omisión y el resultado no evitado. Vid., al respecto: TORIO, ob. cit., en n. 56, págs. 617 y sigs. (especialmente págs. 620-621).

(68) *Adiciones*, II, cit., págs. 874-875; P. G., cit., págs. 268-269.

(69) P. G., cit., págs. 269-270.

(70) P. G., cit., pág. 269.

(71) P. G., cit., págs. 269-270 (subrayados en el original).

menos grave que la correspondiente al delito comisivo. En este orden de ideas, propone Mir para la hipótesis en cuestión una de estas dos soluciones: o la de establecer un segundo tipo de *omisión propia agravada*, sancionado con una pena superior a la prevista en el artículo 489 bis, 3.º, o la de atenuar la pena de la *omisión impropia* resultante de la *injerencia* en comparación con la prevista para el delito comisivo (72). Solución esta última que me parece especialmente atinada no ya sólo para estos casos de *injerencia*, sino, en general, en todo supuesto de comisión por omisión, dadas las inseguridades imperantes en la materia de su equiparación punitiva con los delitos de acción (73). En todo caso, no parece que Mir se incline a favor de la solución de la segunda hipótesis planteada (atropello imprudentemente ocasionado y posterior huida del conductor sin prestar auxilio a la víctima del mismo) por la vía del concurso entre la omisión propia agravada del artículo 489 bis, 3.º y el homicidio imprudente, por más que manifieste sus dudas sobre si el que causa imprudentemente un peligro ha de ser socialmente equiparado, de omitir posteriormente la acción salvadora que de él se espera, a quien lesiona dolosa y activamente un bien jurídico.

No creo, sin embargo, que la señalada objeción de Mir de que, de estimarse aquí un homicidio (o lesiones) doloso en comisión por omisión, pudiera darse entrada solapada al *versari*, sea, de aceptarse lo que sigue, insalvable. Y ello porque el mencionado pensamiento nudamente objetivista prescindiría, de ser aplicado a supuestos de injerencia, de toda referencia a si la omisión ha sido o no intencional, así como de toda conexión subjetiva entre el omitente y el resultado producido que se le imputa a título de comisión por omisión: bastaría con que éste hubiere versado en cosa ilícita (atropello imprudente) para que hubiere de responder de todas las consecuencias de su con-

(72) P. G., cit., pág. 270.

(73) Vid., en este sentido, el parágrafo 13 del StGB, en el que se prevé expresamente la posibilidad de atenuar la pena en todo supuesto de comisión por omisión. Hay que señalar, sin embargo, que, como ha puesto de manifiesto un importante sector de la doctrina alemana (vid., por todos: SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung «unechter» Unterlassungsdelikte*. Köln, 1974, págs. 339-340; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín-New York, 1972, página 7), dicha atenuación se contradice con la previa exigencia (parágrafo 13.1) de equiparación entre los injustos del delito comisivo y del delito de comisión por omisión. Porque, una de dos: o el injusto de éste último es, en efecto, equivalente al del primero y, en consecuencia, merece la misma pena o no son equivalentes y, entonces, toda la teoría de la equiparación se desvanece. A no ser que, como propone ROXIN (*Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en ROXIN, STREE, ZIPF, JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2. Aufl., München, 1975, páginas 9 y 10), la citada atenuación sólo tenga lugar en aquellos supuestos en los que el injusto del delito omisivo (impropio) no es totalmente equiparable al del delito comisivo; supuestos entre los que el autor alemán sitúa, precisamente, a los de *injerencia* derivada de un actuar precedente imprudente, mencionando expresamente al automovilista imprudente que omite auxiliar a la víctima por él ocasionada.

ducta, fueren o no queridas. Lo que no sucede en el caso planteado, en el que la situación de desamparo en que queda la víctima de su anterior conducta imprudente le es perfectamente cognoscible al autor de la misma que, cuando menos (y ello ya se opone a las características del *versari*), pudo prever que, dadas las circunstancias, su omisión habría de agravar la situación ya de por sí grave en que aquélla se encontraba. Y digo *cuando menos* porque, manejando la teoría de la *probabilidad* que es la que considero más seguible de cara al deslinde entre dolo eventual y culpa o imprudencia con representación (74), lo más normal es que el conductor imprudente que abandona a la víctima de su conducta «cuente con» un elevado porcentaje de posibilidades de que su omisión incremente el riesgo de producción del resultado lesivo; máxime si el suceso tiene lugar en una carretera poco concurrida y a horas de escaso tráfico rodado. Así las cosas, ya no es una responsabilidad objetiva lo que se obtiene por la vía de considerar a la *injerencia* (conductas precedentes imprudentes) como fuente de un *deber de garantía* que, caso de infringirse, daría pie a una comisión por omisión, sino que los términos de la comparación son los siguientes: ¿Es equiparable la omisión que incrementa un riesgo de producción de la muerte de quien ha sido víctima de una previa conducta imprudente, realizada por el que después omite (riesgo objetivamente previsible e, incluso, altamente probable de producción de ese resultado), a un homicidio doloso (dolo eventual) perpetrado a través de una conducta activa?

A mi juicio, la respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa. Porque, como en otro contexto advierte Rodríguez Mourullo (75), para reafirmar el carácter doloso de la omisión agravada contenida en el artículo 489 bis, 3.º, hay que tener en cuenta que el sujeto que, en forma fortuita o imprudente, ocasiona el accidente provocador del riesgo para la vida o la integridad personal de la víctima, no puede desconocer las posibles derivaciones de aquél en este sentido, por lo que «normalmente... el conductor del vehículo se representa como muy probable la causación de víctimas». Representación ésta que, siempre según el autor últimamente citado, se diferencia del posible «conocimiento de otras características típicas preexistentes totalmente ajenas e independientes de la conducta del agente... no se trata aquí de una representación del sujeto respecto a posibles efectos futuros derivados de su acción, sino del conocimiento de una consecuencia *ya ocasionada* por su conducta precedente. No caben, pues, por parte del sujeto actitudes emocionales características de la culpa consciente como las de confiar en su pericia, en la habilidad de otras personas o en el azar mismo como factores que van a impedir la producción futura del evento disvalioso representado como probable... En virtud de todo ello, la mayor parte de los casos pertenecientes al denomina-

(74) Vid., al respecto: GIMBERNAT, *Acerca del dolo eventual*, en *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 1981, págs. 171 y sigs.

(75) Ob. cit., pág. 527.

do ámbito de la duda surgidos con ocasión de accidente de tráfico se insertan en el marco del dolo eventual» (76).

Aun cuando la opinión que acaba de transcribirse no afecta a las conclusiones que el propio *Rodríguez Mourullo* mantiene en punto a la inclusión en el ámbito del artículo 489 bis, 3.º tanto de los supuestos de verdadero accidente (fortuidad del mismo) como de los «accidentes» originados en una conducta imprudente (defendiendo en este último caso, como se ha dicho ya, la posibilidad de un concurso entre el artículo 489 bis, 3.º y un homicidio o lesiones imprudentes), sino que se desenvuelve en dirección a afirmar la naturaleza dolosa del último párrafo del artículo 489, bis 3.º, qué duda cabe que toda la argumentación se está deslizando de su originaria funcionalidad tendente a establecer la presencia de una omisión dolosa de socorro a la víctima de un accidente ocasionado por el propio omitente, por cuanto a éste se le ha representado como muy probable la situación de peligro en que dicha víctima se encuentra (dolo eventual) hacia una afirmación de representación como, asimismo, muy probables de los ulteriores resultados lesivos que, para la vida o la integridad personal de dicha víctima, habría de tener la conducta omisiva del causante del peligro. ¿Cómo calificar entonces de imprudencia la efectiva producción de dichos resultados, cuando el peligro de producción de los mismos ha sido engendrado por una conducta que excede de los límites del riesgo permitido y que, por ello, es «per se» calificable de imprudente?

Ciertamente que, de proseguirse el anterior razonamiento, cabría decir que tal representación de los ulteriores resultados de su conducta omisiva como muy probables también podría darse en el conductor prudente del primero de los ejemplos a que páginas atrás aludía: también él ha de considerar muy probable que, dadas las circunstancias, la no prestación de auxilio al niño se traducirá en un empeoramiento de su estado que puede, incluso, desembocar en su muerte. Sin embargo de lo cual no debe, a mi entender, concluirse en este caso la presencia de un homicidio doloso (dolo eventual) en comisión por omisión. Y ello porque dicha conclusión sólo podría alcanzarse de ser considerado dicho conductor prudente *garante* de la vida del niño que fortuitamente ha atropellado. Lo que, aún no siendo teóricamente imposible —conforme ha mostrado el análisis del pensamiento de la injerencia en la doctrina alemana— viene vetado por la misma existencia del artículo 489 bis, 3.º que, de ser ello así, carecería de toda posible aplicación al solucionarse todos los supuestos de omisión de socorro a la víctima de un accidente ocasionado por el que omite como homicidios o lesiones (según el resultado finalmente producido) dolosos (dolo eventual) en comisión por omisión. No le quedaría, entonces, al artículo 489, bis 3.º otra posible justificación que la de su configuración como *delito de fuga*; consideración que, como ya se ha visto, ha de ser rechazada. Pienso, por ello, que la representación por parte del conductor prudente de las muy probables consecuencias lesivas de

(76) Ob. cit., págs. 528-529.

su omisión no puede conducir a otra cosa que a la afirmación de que su omisión agravada (ex art. 489 bis, 3.º) es de naturaleza *dolosa* (dolo *eventual*), ya que (también ex art. 489 bis, 3.º), no es un *garante* en virtud de la conducta precedente (fortuita) por él realizada y, por lo tanto, no cabe ni siquiera plantearse la presencia de una *omisión impropia*.

Distinta es, en cambio, la calificación que me merece el conductor imprudente de la segunda hipótesis más arriba enunciada. Pues, de la interpretación que del término «accidente» he llevado a cabo anteriormente, se deduce que él sí es un *garante* de los bienes jurídicos puestos en peligro por su conducta precedente (no sólo peligrosa, sino imprudente) y que, por lo tanto, toda vez que de su omisión posterior de auxilio pueda predicarse que ha incrementado el riesgo de producción del resultado finalmente sobrevenido (en el ejemplo: muerte del niño), habrá de concluirse su responsabilidad a título del correspondiente delito doloso (dolo eventual) de resultado (homicidio o lesiones) en comisión por omisión.

IV. CONCLUSIONES

De toda la anterior exposición, extraigo las siguientes conclusiones:

1.ª El artículo 489 bis, 3.º CP contiene un delito de omisión del deber de socorro (*omisión propia*) agravada, aplicable a todo supuesto de causación fortuita de una situación de peligro inmediato para la vida o la integridad personal de otro seguida de la omisión del deber de auxilio que, en tales casos, impone el ordenamiento jurídico.

2.ª El artículo 489 bis, 3.º no se refiere a supuestos de causación imprudente de dicha situación de peligro, no incluibles en el término «accidente» a que el citado precepto se refiere. La conducta precedente peligrosa que excede de los límites del *riesgo permitido* (y que, en consecuencia, merece el calificativo de imprudente) da origen a la existencia de un *deber de garantía* para su autor que, de incumplirse, genera en éste una responsabilidad a título de comisión por omisión del correspondiente delito de resultado (homicidio, lesiones) siempre que, efectivamente, aparezca un resultado lesivo como concreción del peligro latente en aquella conducta precedente, y que ese resultado le sea *objetiva y subjetivamente* imputable a título de dolo (eventual).

3.ª En consecuencia, el artículo 489 bis, 3.º no supone el rechazo de la *injerencia* como fuente de un *deber de garantía* —como parece ser la opinión dominante en nuestra doctrina— sino su limitación a supuestos de conducta precedente antijurídica. Limitación ésta que, por lo demás, entiendo plausible desde el punto de vista político-criminal (*).

(*) Estando ya entregado a la imprenta este trabajo, ha aparecido recientemente un artículo de J. M. ZUGALDÍA sobre el mismo tema (vid. CPCr., número 24, 1984, págs. 571 y ss.) que, lamentablemente, no he podido tener en cuenta; lo que, en este caso, habría sido muy interesante dadas las conclusiones absolutamente divergentes a que llega el mencionado autor respecto de las por mí obtenidas: exclusión en el art. 489 bis, 3.º, del «accidente» fortuito y limitación de la aplicación de dicho precepto al imprudentemente ocasionado.

El uso ilícito del transporte

Por el Prof. Dr. ENRIQUE MAPELLI

Experto en Derecho Aeronáutico

SUMARIO: 1. Concepto del polizón.—2. Ilícitud en el comportamiento del polizón: a) Obligación de todo viajero. Ser portador de un título de viaje. b) Actuación clandestina. c) Actuación pasiva. d) Utilización de lugar adecuado en el vehículo. e) Utilización de lugares inadecuados.—3. Tratamiento jurídico del polizón según el medio de transporte utilizado: a) Buques. b) Aeroplanos. c) Ferrocarril. d) Mecánicos por carretera.—4. Estudio especial de la estafa.—5. Conclusiones.

I. CONCEPTO DEL POLIZON

La palabra polizón, que procede del francés «*polisson*», vagabundo, y éste del latín «*politio-onis*», ha sido empleada tradicionalmente en el transporte marítimo. Con posterioridad y, de acuerdo con una corriente generalizada en cuanto no sólo a vocablos sino instituciones y regulaciones, fue también de uso en el transporte aéreo. En el transporte terrestre ferroviario no ha sido utilizada ni tampoco, más tarde, en el transporte por carretera, sin que, según nuestra opinión, que más adelante será desarrollada, existan razones que poderosamente se opongan a ello.

Para la Real Academia Española (1) polizón es el sujeto ocioso y sin destino, que anda de corrillo en corrillo y —segunda acepción, que es la que nos interesa— el que embarca clandestinamente. El Diccionario Oficial se refiere tan sólo a la clandestinidad del embarque. Desde el punto de vista del Derecho el concepto deberá ser otro muy diferente. Polizonte, masculino, tiene un sentido despectivo y se refiere al agente de policía, vocablo, pues, que carece de interés para nosotros que hemos, tan sólo, de referirnos al polizón.

Apartaremos de nuestro estudio la utilización de un transporte que no tenga la consideración de transporte público colectivo. Para nosotros no es polizón el que penetra en un vehículo particular, mediante el que no se explota un transporte público. Puede tratarse de un automóvil, de una embarcación o de un aeroplano o, incluso, de una

(1) Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid 1984, tomo II, 1.^a columna, pág. 1083.

caballería. La utilización de estos medios de transporte, meramente privados, con los que no se explota autorización ni concesión alguna de transporte público, no constituirá a quién lo hace en polizón. Su encaje en el territorio del Derecho es ajeno a nuestro estudio referido, pues, a los medios de transporte público.

La utilización de cualquier modo de transporte público —terrestre, marítimo, fluvial, lacustre, aéreo— está sometida a dos requisitos fundamentales íntimamente ligados entre sí:

a) Estar en posesión de un título que reglamentariamente se encuentre establecido.

b) Abonar el importe de la tarifa correspondiente o encontrarse exento de tan primordial y general obligación de acuerdo con las normas legales que sean de rigor.

Utilizar un transporte público sin que sean observadas las dos prescripciones elementales que han quedado citadas supone una irregularidad que, si concurre malicia, puede transformarse en polizón al que tal hiciere. Dicha utilización puede verificarse mediante diversos procedimientos que si bien son dirigidos hacia el mismo fin y pueden, incluso, tener consecuencias legales análogas, difieren entre sí sustancialmente. Dichos procedimientos pueden ser los siguientes:

a) Ocupar correctamente un lugar en el vehículo dedicado al transporte público careciendo de todo título para ello.

b) Realizar los actos necesarios a fin de eludir los controles y la vigilancia de los empleados y agentes del porteador.

c) Utilizar un título de transporte manipulado en cuanto a la fecha, el recorrido o cualquier otro dato que sea necesario para que pueda engañar a los empleados y agentes del porteador.

c) Utilizar un título de transporte en el que no ha sido alterado dato alguno pero a sabiendas de que no es el correcto que corresponde al viaje que se está llevando a cabo o se pretende realizar.

d) Ocupar lugares del vehículo en los que no se debe viajar (lavabos, topes de los trenes, techos de los coches, alveolos del tren de aterrizaje en las aeronaves, etc.).

e) Continuar la realización de un viaje una vez que ha concluido el derecho atribuido al título en cuya posesión se está.

f) Utilizar pases o billetes de favor que no corresponden a la verdadera personalidad del viajero.

h) Fingir estar dotado de autoridad o funciones a las que se les concede la posibilidad de realizar viajes sin estar provisto de los títulos de transporte habituales.

La relación que acabamos de exponer no pretende ser exhaustiva. Su propósito es tan sólo el de ofrecer el panorama muy variado que, en la práctica, concurre en cuanto al ilícito uso de un medio de transporte por parte de la persona. La calificación que cada uno de los supuestos pueda merecer será diferente ya que, en efecto, muy diferente es el viajar escondido en el hueco del tren de aterrizaje de una aeronave y el continuar el viaje en el ferrocarril una vez que ha concluido el trayecto para el que se obtuvo el billete, es decir, rebasada

la estación del respectivo destino. Pero en lo que estrictamente se refiere a la ilicitud del uso de un transporte de personas las circunstancias cambiantes no harán que la calificación jurídica otorgada a la actuación sea diferente.

En definitiva, el objetivo, el fin, del sujeto actuante será el mismo, o sea el de utilizar un vehículo adscrito a un servicio público sin estar en posesión del título que da derecho a ello y habiéndose librado irregularmente del pago de la tarifa reglamentariamente establecida.

Es preciso tener en cuenta la distinta configuración de los vehículos y, sobre todo los sistemas de control que los explotadores del transporte tengan establecidos. Concretamente pensemos en aquéllos —autobuses, ferrocarriles de cercanías, puentes aéreos entre grandes núcleos de población— en los que el sistema de cobro y expedición del título de transporte se realiza en el interior del vehículo, durante la marcha del mismo, incluso cuando ya parte del recorrido ha tenido lugar, pues el trabajo de los cobradores y agentes del porteador no es posible que se realice respecto de todos los viajeros al mismo tiempo. Consecuencia de ello, el penetrar en el vehículo sin estar provisto de título alguno y sin haber satisfecho la cifra prescrita en la tarifa que sea de aplicación, no constituye infracción alguna. Tampoco lo es el haber realizado un número de kilómetros en tales condiciones, ya que hasta que tiene lugar la presencia del agente del transportista no aflora la verdadera conducta del viajero, es decir, la intención del mismo. Esta conducta, en el supuesto de que fuere ilícita en el futuro, es algo que tan sólo cabría deducir conociendo los impenetrables propósitos del viajero.

En el momento presente de nuestra exposición interesa fijar definitivamente el vocablo que debe aplicarse como denominación de la indicada conducta. Ya hemos advertido que en el transporte marítimo el término polizón ha sido el que tradicionalmente ha venido usándose. En el Convenio Internacional de Bruselas sobre polizonaje de 10 de octubre de 1957, que aún no ha entrado en vigor (2), se contiene una precisa definición del polizón. Más adelante esta palabra se utiliza también en el transporte aéreo y la Sección 3.^a del Capítulo VII de la Ley Penal y Procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964 expresamente se rotula «polizonaje» (3). Usualmente la denominación de polizón se atribuye con carácter generalizado a las personas que actúan utilizando clandestinamente las aeronaves destinadas a un servicio público de transporte.

Sin embargo, en el transporte terrestre, la denominación de polizón no se ha utilizado a pesar de que, en lo que al transporte ferroviario atañe, la regulación de la materia ha sido más minuciosa y habiéndose vertido sobre ella una nutrida jurisprudencia a la que, más adelante,

(2) Vid.: Comité Maritime International. XXV Conference. Athens 1962. Imprimeries Générales Lloyd Anversols, Ambers, pág. 150.

(3) Ley 2.091/1964 de 24 de diciembre 1964. «Boletín Oficial del Estado», núm. 311. de 28 diciembre.

habremos de referirnos. La legislación española (4) se refiere al «viajero que no presente el billete que le da derecho a ocupar un asiento en el tren». La legislación internacional (5) se refiere «al viajero que no pueda presentar un billete válido». Ni un texto ni otro emplean la palabra polizón.

Nosotros estimamos que la misma —la palabra polizón— es lo suficientemente expresiva y definitoria como para que, sin equívocos de ninguna clase, sea definitivamente utilizada para denominar a la persona que usa un medio de transporte, sea terrestre, marítimo, fluvial, lacustre o aéreo, sin estar provista del título adecuado y pretendiendo no abonar el importe establecido en la tarifa correspondiente. En cuanto a ella, pues, no deben hacerse distingos en lo que atañe al medio de transporte seleccionado por el sujeto para su actuación ilícita. De acuerdo con este criterio, de ahora en adelante utilizaremos, sin las diferencias anotadas respecto del medio de transporte, la palabra polizón.

A nuestro juicio existe una circunstancia que, en general, no debe suponer alteración de la conceptualización del polizonaje. Nos referimos al equipaje. Todo pasajero, por el hecho de haber convenido un contrato de transporte, salvo excepciones muy especiales, tiene derecho a poder llevar consigo un determinado equipaje. También se le concede la franquicia de ciertos kilos de equipaje o de ciertas unidades de bulto que también lo sean. El hacer uso de esta concesión no supone el pago de cantidad alguna suplementaria sobre la tarifa abonada por el transporte de la persona; el no portar equipaje, sea o no de mano, no supone que el pasajero goce de reducción alguna en cuanto al precio de su billete.

Si el polizón lleva o no equipaje, ello, en principio, es indiferente. No obstante, en determinados casos, puede suponer una agravación de la situación. Mencionemos, por ejemplo, el transporte llevado a cabo en lugar inadecuado, pudiendo ello poner en cuidado la situación del vehículo, la seguridad del mismo.

El tratamiento jurídico que al polizonaje se otorgue debe tener en cuenta la protección de determinados bienes y derechos. Entre ellos, como los más principales, cabe señalar los siguientes:

a) La seguridad del transporte. En el transporte aéreo el peso al despegue es tenido en cuenta para la confección del plan de vuelo correspondiente, pudiendo influir en el mismo la ignorancia de que una persona, el polizón, se encuentra a bordo; en el transporte ferroviario, la situación del polizón en determinados lugares puede afectar a las maniobras ferroviarias o a sus manejos.

b) La seguridad personal del propio polizón, que debe ser ade-

(4) Vid.: Art. 95 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles aprobado por Real Decreto de 8 de septiembre de 1878.

(5) Vid.: Art. 8 del Convenio Internacional sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV) firmado en Berna el 7 de febrero de 1970. Instrumento de ratificación por España de 13 de julio de 1974 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 21, de 24 de enero de 1975).

cuadramente protegida y que, sin duda, se encuentra en grave peligro cuando viaja, por ejemplo, en el techo de un vehículo automóvil o en el tope de un vagón de ferrocarril.

c) Razones de orden público. El polizonaje llevado a cabo en barcos o aviones que se trasladan al extranjero suponen quebrantamiento de las normas adecuadas sobre sanidad y emigración. El traslado al extranjero está sometido a reglamentaciones administrativas que no son, normalmente, tenidas en cuenta por el polizón.

d) La economía de la empresa de transporte. El transporte de personas se lleva a cabo cumplimentando, en efecto, un servicio público, pero aguardando por parte del que lo usa, la remuneración correspondiente que compense los gastos de explotación y se integra también con una cantidad en concepto de beneficio. Ello salvo cuando las tarifas estén construidas con precios políticos, es decir, ajenos al fin de lucro e incluso por bajo de los costes de explotación pero atendiendo a otras razones. También en este caso el usuario del transporte debe abonar por la utilización del mismo la cantidad que se encuentre establecida en las tarifas de explotación.

Es cierto que cuando el vehículo en que viaja el polizón lleva plazas vacantes y que cuando el polizón utiliza un lugar inadecuado que, en ningún caso, sería propio de un viajero, no se ha restado ingreso alguno a la empresa porteadora. Los ingresos que dicho porteador ha percibido por la expedición en la que, ilícitamente, se ha enrolado el polizón, no se ha mermado. De ello podría inferirse que no existe perjuicio económico para el transportista. Sin perjuicio de que sobre ello volvamos más adelante, debemos opinar que, aun en tales circunstancias, se ha cometido un fraude de contenido económico. El transporte se realiza para obtener una contraprestación: el pago de la tarifa. Si se obtiene la traslación personal, el fraude se habrá consumado. Hay un perjuicio económico potencial para el porteador, quien, si el comportamiento del polizón hubiera sido correcto, habría obtenido por parte de éste el importe de la tarifa fijada para el viaje en que tomó parte.

A la vista de cuanto llevamos expuesto puede ser definido el polizón como aquella persona que, sin estar en posesión de un título legítimo, utiliza los servicios de un transporte público burlando los controles establecidos o valiéndose de maquinaciones y engaños, no satisfaciendo el importe fijado por la tarifa que sea de aplicación.

2. ILICITUD EN EL COMPORTAMIENTO DEL POLIZÓN

De conformidad con el concepto que ha quedado elaborado del polizón, éste habrá de burlar los controles establecidos o habrá de valerse de maquinaciones o engaños a fin de no satisfacer el importe del billete correspondiente al transporte. Esta actuación es lo que determina la ilicitud de su conducta. El adjetivo lícito corresponde a lo justo, a lo permitido, a todo aquello que se realiza según justicia y

razón. La actuación del polizón no se adecúa a ello y deviene en ilícita. Tal actuación puede estar determinada por las siguientes modalidades:

a) Obligación de todo viajero de ser portador de un título de viaje.

Doctrinalmente el contrato de transporte referido a la persona y el contrato de pasaje han de ser considerados como consensual (6) aunque, en la práctica siempre se expide un documento, llamado billete, en el que reposan las más sustanciales condiciones de dicho contrato y que sirve para acreditar a favor del pasajero en cuanto al uso del servicio estipulado.

En lo que al transporte aéreo internacional se refiere podemos citar el párrafo 2.º del artículo 3.º del Convenio de Varsovia (7), que dice: «El billete de pasaje hace fe, salvo prueba en contrario, de la celebración y de las condiciones del contrato de transporte. La ausencia, irregularidad o pérdida del billete no afectará a la existencia ni a la validez del contrato de transporte, que quedará sujeto a las reglas del presente Convenio. Sin embargo, si, con el consentimiento del transportista, el pasajero se embarca sin que se haya expedido el billete de pasaje, o si este billete no comprende el aviso sobre limitación de responsabilidad, el transportista no tendrá derecho a ampararse en las disposiciones que regulan dicha limitación».

En el transporte aéreo doméstico, la obligatoriedad de extender el billete es absoluta. Así lo establece el artículo 92 de la Ley sobre navegación aérea de 21 de julio de 1960 (8), que dice: «En el contrato de transporte de viajeros el transportista extenderá inexcusablemente el billete de pasaje, que contendrá los siguientes requisitos: 1.º Lugar y fecha de emisión. 2.º Nombre y dirección del transportista. 3.º Punto de salida y destino. 4.º Nombre del pasajero. 5.º Clase y precio del transporte. 6.º Fecha y hora del viaje. 7.º Indicación sumaria de la vía a seguir, así como de las escalas previstas». Esta obligación de extender, en todo caso, un billete de pasaje se refuerza en el artículo 93 de la mencionada Ley sobre navegación aérea que establece que el billete de pasaje es un documento nominativo e intransferible y únicamente podrá ser utilizado en el viaje para el que fue expedido y en el lugar del avión que, en su caso, determine.

En cuanto al transporte marítimo, el Código de comercio regula el

(6) FERNANDO SÁNCHEZ CALERO nos dice que el contrato de pasaje sigue la regla general del transporte de ser consensual. A efectos probatorios se emite el billete de pasaje, que sirve para legitimar al pasajero que tiene derecho a la prestación del porteador. (Vid.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 562).

(7) Vid.: Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929 («Gaceta de Madrid» de 21 agosto 1931), modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 («Boletín Oficial del Estado» núm. 133, de 4 de junio de 1973). Ambos textos publicados en «Convenios multilaterales sobre tráfico aéreo», por ENRIQUE MAPELLI y ROBERTO COMES, 3.ª ed., Madrid, 1975.

(8) Vid.: Ley 48/1960, de 21 de julio sobre navegación aérea. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 176, de 23 de julio de 1960.

que se ha denominado «contrato de pasaje» (9), prescribiendo en su artículo 695 que el derecho al pasaje, si fuese nominativo, no podrá transmitirse sin la aquiescencia del capitán o consignatario. De este precepto se deduce que no es esencial ni aún siquiera obligatorio el que el contrato de pasaje se extienda por escrito, aunque ello sea lo normal refiriéndose el Código a las consecuencias que se derivan cuando este contrato, además de escrito, es nominativo, requisito que, como se ha visto, es obligatorio en el transporte aéreo doméstico.

Las normas que rigen en el transporte ferroviario requieren la expresión escrita del contrato. Así lo encontramos establecido en la Tarifa General de Viajeros de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, RENFE (10). Se establece que cada viajero deberá ser portador de un título de transporte valedero para la clase y tren que ha de utilizar y que todo viajero abonará antes de emprender el viaje, el precio del mismo, a cambio de un billete en que consten, al menos, las siguientes indicaciones: Nombre del porteador (RENFE), fecha de utilización del billete, los puntos de origen y de destino del viaje, clase de plaza que le corresponde ocupar y precio satisfecho o referencia al cuadro de precio aplicable, en caso de omisión de este dato. El importe de los suplementos podrá figurar en el mismo billete o en documento aparte, con las indicaciones que se estimen precisas.

Añade la Tarifa General de Viajeros de RENFE que, por excepción, quedan relevados de la obligación de pagar el importe del viaje en el punto de origen, los viajeros que tomen el tren en estaciones de servicio limitado o apeaderos que no expendan billetes para determinados trenes, si bien deberán solicitarlo del interventor en ruta. RENFE podrá prescindir de figurar algunos de los requisitos mencionados, si bien en ningún caso de los referentes a precio, fecha, procedencia, destino y clase a ocupar (excepto cuando se trate de clase única).

En el transporte por carretera es de tener en cuenta la Real Orden de 22 de junio de 1929 (11) que, en su artículo 106 dispone que toda percepción por precio de viaje estará sujeta a tarifa, y de ella se dará siempre al viajero un billete o cupón en que, entre otros datos, figurarán como esenciales los siguientes: entidad explotadora, día, mes y

(9) Cuando se trata de transporte marítimo se habla de «contrato de fletamento» al referirse a las cosas y de «contrato de pasaje» en lo que a las personas se refiere. Si bien la terminología «contrato de fletamento» no parece adecuada para el transporte por tierra, utilizándose a veces en el transporte aéreo, no creemos que exista motivo alguno para que la denominación «contrato de pasaje» no sea extendida a todo otro medio de traslación.

(10) Esta Tarifa General de Viajeros fue aprobada por el Consejo de Administración de la RENFE en fecha 27 de septiembre de 1977 y resulta aplicable desde el 1 diciembre de 1977. No aparece publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

(11) Este precepto debe entenderse que se encuentra en vigor ya que no se opone al Reglamento de 9 diciembre de 1949. La Ley de 27 de diciembre de 1947 deroga las disposiciones que se oponen a la misma. Dicho Reglamento es el desarrollo de esta Ley.

año, coche para que se ha de utilizar, puntos de salida y término, clase y precio. En los puntos en que exista despacho de billetes, éstos se expenderán por orden de petición, y el viajero tendrá que estar provisto del correspondiente que le autorice a ocupar asiento; y si la falta se nota en ruta, satisfará doble precio desde el origen de la línea hasta el punto en que termine el viaje. En las paradas en que no haya local ni empleado de la empresa dará el billete en ruta al viajero el cobrador del coche.

El Código de comercio, como se sabe, es aplicable para todo contrato mercantil de transporte terrestre, es decir tanto el que se realiza por ferrocarril como por caminos ordinarios. En su artículo 352 preceptúa que las cartas de porte o billetes en los casos de transporte de viajeros, podrán ser diferentes, unos para las personas y otros para los equipajes; pero todos contendrán la indicación del porteador, la fecha de la expedición, los puntos de salida y llegada, el precio, y, en lo tocante a los equipajes, el número y peso de los bultos, con las demás indicaciones que se crean necesarias para su fácil identificación.

Del ligero repaso de preceptos que hemos verificado en cuanto a los distintos modos de transporte, se deduce, en efecto, que el contrato de transporte de personas es de naturaleza consensual pero que regularmente se ha de expedir, contra el pago de su importe, un documento denominado billete de pasaje, cuyo billete es el que legitima a la persona para penetrar en el vehículo mediante el que se explota el transporte y llevar a cabo la traslación desde un punto a otro. El polizón no estará provisto de este documento denominado billete o lo estará de manera incorrecta. La corrección es la que determina la legitimidad y su incorrección la clandestinidad.

b) Actuación clandestina.

Hemos visto que el Diccionario oficial de la lengua atribuye clandestinidad al polizón. La Ley Penal y Procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964 también emplea la palabra clandestino (el que clandestinamente entre sin billete en una aeronave comercial, dice su artículo 64) e igual clandestinidad se exige para la sanción del polizón en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina mercante de 22 de diciembre de 1955 (arts. 70 y 72) (12).

La actuación, pues, del polizón para que se le atribuya tal carácter debe ser clandestina, es decir, que implique un actuar secreto, oculto, encubierto, con el deliberado propósito de eludir la ley que, en este caso, pretende el directo objetivo de no satisfacer el importe del viaje que se realiza. La astucia del polizón no será empleada sino para ese fin.

Ya hemos visto anteriormente que pueden ser muchos y muy variados los procedimientos que utilice el polizón. Este, en principio, deberá de carecer de legítimo título —billete de pasaje— que le da derecho al viaje. Opinamos que la persona que hurta un billete en el que no se exige la condición de nominativo e intransferible, no es, al uti-

(12) Ley de 22 de diciembre de 1955, Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. («Boletín Oficial del Estado», núm. 359, de 25 de diciembre).

lizarlo en la fecha y para el pasaje que en el mismo se expresan y para los que atribuye derecho, un polizón. Tal manera de actuar podrá ser sancionada como hurto, robo o en la forma en que corresponda, pero no implicará las medidas a que el polizón es acreedor en Derecho. Esta opinión la sustentamos tanto para el caso de que la sustracción del billete se haya realizado de otra persona como de las oficinas y depósitos de documentos del propio transportista. Hay ilicitud, no cabe duda, en la conducta del viajero y esta ilicitud debe ser adecuadamente sancionada; pero exhibe un título que por sí mismo es válido y ello le desprovee de la condición de polizón.

A diferente conclusión debe llegarse cuando el billete sea nominativo como puede ocurrir en el transporte marítimo y en el aéreo internacional y como necesariamente ocurre en el transporte aéreo doméstico. En este caso, la persona portadora del título no es aquélla que únicamente puede hacerlo por tratarse de un título intransferible. Carece, pues, de la legitimación necesaria para usar el medio de transporte en el que se encuentra, su actuación es clandestina y, por tanto, dicha persona es un polizón, con todas sus consecuencias y sin perjuicio de la calificación legal que pueda corresponder por la concurrencia de sus dos ilícitas conductas, el hurto o robo del billete y el uso clandestino del medio de transporte.

La clandestinidad consiste en la maquinación fraudulenta del polizón conducente a su objetivo primordial que, como venimos repitiendo, no es otro que eludir el pago del importe fijado para el viaje que realiza.

c) Actuación pasiva.

En determinados medios de transporte y para vehículos y recorridos que así lo aconsejan, los transportistas no exigen ni el previo pago del importe tarifario ni el que el viajero se encuentre en posesión de título alguno que le legitime como tal. El billete se adquiere durante el recorrido —«en ruta», según determinada terminología usual— abonándose, entonces, al agente del transportista, el importe correspondiente (13). Ello es frecuente en transportes de cercanía entre ciudades y también en aquéllos que se hacen por vía del aire entre grandes núcleos de población.

En tales casos el presunto polizón lo es tan sólo con arreglo a su propósito que únicamente él conoce y su condición legal de polizón puede no adquirirla si los controles adecuados no le localizan. El viajero carece de título legítimo, pero este título no ha sido exigido

(13) Recordemos que la Tarifa General de Viajeros de la RENFE de 27 de septiembre de 1977, estipula que, por excepción, quedan relevados de la obligación de pagar el importe del viaje en el punto de origen, los viajeros que tomen el tren en estación de servicio limitado o apeadero que no expendan billetes para determinados trenes, si bien deberán solicitarlo del interventor en ruta. Análoga disposición en el artículo 106 de la Real Orden de 22 de junio de 1929, aplicable a los transportes por carretera.

para nadie, encontrándose, pues, aunque carezca de billete, en regular situación (14).

A veces el costo que para las empresas porteadoras comporta el establecimiento de unos rigurosos servicios de control o de inspección es más elevado que las consecuencias económicas derivadas de conductas poco escrupulosas por parte de determinados pasajeros. Se realizan pocas comprobaciones y el cobro es lento y ocasionador de que, a veces, sea el propio viajero el que tenga que realizar por su parte actividades que tiendan a satisfacer el importe del trayecto que realiza.

Recordemos que, como dice Groizard (15), siendo el engaño elemento esencial, claro es que hay que suponer para admitir su eficacia, determinadas condiciones de defensa para no dejarse engañar en la persona contra quien el delito se fragua. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación más que un producto de un engaño, deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia.

En efecto, la falta de vigilancia por parte del porteador, la carencia de verificaciones, más aún, el establecimiento de unos ágiles sistemas que tan sólo redundan en su beneficio, pueden suponer, respecto de personas cuya conducta esté proclive a lo ilícito, que actúen a manera de polizón, al menos en sus propósitos, aunque, en la realidad, si se enfrentan con el control o con la vigilancia del transportista su actuar aparezca como completamente correcto.

Adelantándonos a lo que más adelante expondremos, podemos decir que tales actuaciones, si en la práctica fueran posibles, en el transporte marítimo o aéreo no supondrían alteración de su calificación legal, ya que las leyes reguladoras de ambos medios de traslación configuran el polizonaje de manera autónoma y al margen de otros ilícitos penales; en cambio sí que podrían tener trascendencia en lo referente a los transportes terrestres ya que la doctrina y la jurisprudencia han incardinado al polizón como autor de un delito o falta de estafa.

d) Utilización de lugar adecuado en el vehículo.

Cuando el polizón penetra en el vehículo, después de haber burlado los controles establecidos para el acceso al mismo, queda tan sólo sometido a la eventualidad de que puedan o no llevarse a cabo comprobaciones durante el curso del viaje. Las maquinaciones utilizadas pueden ser varias y, algunas de ellas, constituir una compleja ilicitud. Tal es el caso de utilizar billetes ya caducados enmendando la fecha que en ellos conste, utilizar un documento que otorgue transporte gratuito

(14) Debe aclararse que el servicio aéreo Madrid-Barcelona-Madrid que, en España, se explota con el rótulo de «puente aéreo» y en el que se viaja con billete y previo pago del mismo, no es un genuino puente aéreo. En éstos el avión vuela una vez que se encuentra completo y, siempre, lo esté o no, cuando es la hora previamente establecida para la realización del servicio.

(15) GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Salamanca, 1897, t. VII, pág. 128. Citado por JOSÉ ANTON ONECA, voz «Estafa», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, pág. 63.

en virtud de funciones que ya no corresponde ejercer al polizón, penetrar en una aeronave utilizando tarjeta de embarque que se ha encontrado extraviada, etc., etc. En todos estos supuestos el bien protegido por la previsión legal que produzca la acción del polizón es, con carácter general, la economía del transportista y, tan sólo en algunos supuestos individuales —el caso de aeronaves— la seguridad del viaje. La seguridad del propio polizón no se encontrará comprometida ya que el desplazamiento lo realiza en un lugar adecuado en el que existirán las precauciones que el transportista viene obligado a otorgar a todos los usuarios.

Esta modalidad de polizonaje está sometida, quizá más agudamente que las otras, a la posibilidad de ser descubierta y, en cierta medida, la negligencia del porteador y de sus agentes puede contribuir a la ilícita conducta del polizón. Sus controles de acceso no han sido debidamente ejercidos o los documentos de transporte —billetes— no han sido examinados con el escrúpulo o cuidado con que debieran. En los casos de transporte terrestre en que el polizonaje es encuadrado dentro de la estafa, ello puede tener cierta relevancia que será diferente según cada supuesto.

e) Utilización de lugares inadecuados.

Viajar, como polizón, en lugares del vehículo, escondidos, no destinados a la normal utilización del pasaje tiene implicaciones que deben ser consideradas. En primer lugar, se agrava la situación de peligro del polizón y muy probablemente del propio vehículo y de la expedición. Estas seguridades deben salvaguardándose con la adecuada sanción de quien provoca el eventual peligro. De otro lado, la vigilancia del transportista se hace más difícil ya que ésta, mediante los controles correspondientes, recae normalmente sobre los lugares en que debe ubicarse el público.

El Tribunal Supremo de Justicia, en su Sentencia de 27 de junio de 1963 (16), tiene declarado que viajar en el tope del tándem de la máquina, lugar que no es adecuado para ello, ni puede ser vigilado por el revisor del tren, denota la astucia similar al engaño para defraudar a la empresa transportista, pues siempre resultará que se traslada de un sitio a otro sin ocupar el lugar señalado para los viajeros, pero sí consiguiendo su fin sin abonar ninguna cantidad por el beneficio económico que indudablemente recibía al trasladarse de un punto a otro.

La Organización de la Aviación Civil Internacional, OACI, da un tratamiento especial al daño que pueda experimentar el polizón que se coloca en lugares inadecuados de la aeronave. En uno de sus Anexos, el dedicado a la Investigación de Accidentes de Aviación (17) se establece que es accidente todo suceso relacionado con la utilización de una aeronave, que ocurrirá dentro del período comprendido entre el

(16) Vid.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, núm. 3.296, año 1963.

(17) Vid.: Normas y métodos recomendados internacionales. Anexo 13 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. «Investigación de Accidentes de Aviación». 6.ª ed., marzo 1981. Texto español. Capítulo I. Definición: «Accidentes».

momento en que una persona entra a bordo de la aeronave con intención de realizar un vuelo, y el momento en que todas las personas han desembarcado, durante el cual cualquier persona sufre lesiones mortales o graves a consecuencia de hallarse en la aeronave, o por el contacto directo con cualquier parte de la aeronave, incluso las partes que se hayan desprendido de ella o por exposición directa al chorro de un reactor, excepto cuando las lesiones obedezcan a causas naturales, se las haya causado una persona a sí misma o hayan sido causadas por otra persona o se trate de lesiones sufridas por pasajeros clandestinos escondidos fuera de las zonas destinadas normalmente a los pasajeros y la tripulación.

La exclusión de los daños del polizón que viaja en tales condiciones se debe a que la investigación del suceso no tiene porqué seguir los cauces propios de un accidente de cuyo resultado hayan de ser obtenidas enseñanzas ejemplarizadoras para el futuro.

El polizón que viaja en lugar no destinado a pasajeros reviste un mayor carácter de gravedad y el derecho del transportista debe ser más eficazmente protegido. Ya hemos dicho que las vigilancias se establecen para los lugares de uso común. La clandestinidad es mayor en estos supuestos, como mayor es la malicia del sujeto que necesariamente ha tenido que actuar con ocultación y astucia muy difíciles de combatir por parte del transportista. Pero también es claro que no es sólo el bien económico de éste el que debe salvaguardarse con la corrección que merezca este tipo de polizonaje. Hay, insistimos, dos situaciones de peligro, una personal que afecta a la seguridad del polizón, seguridad que gravemente se pone en entredicho si se coloca en el techo de un autobús, en la sala de máquinas de un buque o en el alveolo del tren de aterrizaje de un aeroplano. La otra situación de peligro afecta objetivamente al vehículo que puede ver comprometida la normalidad de su operación con la existencia de un cuerpo extraño —el del polizón— en un lugar que debería encontrarse libre de él. Ello se agrava con especialidad en el transporte aéreo.

Parece, pues, que esta actuación ilícita debe ser contemplada con mayor severidad que las anteriores.

3. TRATAMIENTO JURIDICO DEL POLIZON SEGUN EL MEDIO DE TRANSPORTE UTILIZADO

Razones, ya apuntadas, que atañen al bien jurídico protegido —económico del transportista, tan sólo en algunos casos; económico del transportista más razones de orden público y de seguridad en el transporte— determinan que la regulación jurídica del polizón no sea uniforme para todos los medios de transporte. Está clara en lo que se refiere al transporte marítimo y al transporte aéreo ya que leyes especiales de manera autónoma corrigen estos comportamientos ilícitos. En lo referente al transporte terrestre, al no existir una norma sancionadora específica, se ha recurrido a la incardinación dentro de la fórmula

de la estafa, ofreciendo ello graves dificultades en algunos casos y, desde luego, serios reparos por parte de sectores muy autorizados de la doctrina. Cualesquiera que sean estas dificultades y estos reparos debe pensarse que situar completamente fuera del ámbito penal el comportamiento del polizón es favorecer la actuación del mismo, ya que la mera reclamación, por la vía civil, del importe defraudado al no haber satisfecho el precio del billete, es una actuación que en la mayoría de los casos habrá de resultar no sólo ineficaz sino notoriamente inútil.

Seguidamente expondremos, sin extensión innecesaria, las diversas regulaciones que merece la actuación del polizón según cuál sea el medio del transporte utilizado por el mismo. Nos detendremos más en el examen del transporte terrestre ya que es éste, al no existir una concreta y específica previsión jurídica referente al dicho polizón, en el que se ofrecen mayores dificultades.

a) Buques.

La Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 distingue diversos supuestos a efecto de su corrección, a saber:

1. El embarque clandestino en puerto español con destino a otro puerto extranjero.

2. El embarque clandestino en puerto extranjero con destino a otro puerto español.

3. El embarque clandestino en puerto español con destino a otro puerto español.

4. El cómplice de los delitos anotados anteriores con los números 1 y 2.

5. El encubridor de los delitos anotados anteriormente con los números 1 y 2.

6. El cómplice o encubridor de los hechos anotados anteriormente con los números 1 y 2, si su actuación se hubiera realizado mediante la entrega de dinero.

7. El capitán que consienta el embarque con plaza a bordo a individuo que no estuviere legalmente contratado o que haga figurar en el rol a individuos que no formen parte de la dotación.

Estas actuaciones reciben sanciones más o menos graves según la naturaleza de cada una de ellas y oscilan, dichas sanciones, entre las penas de arresto mayor y multa de hasta veinte mil pesetas, hasta la sola multa de mil pesetas (18).

El artículo 71 de la Ley citada prescribe que el polizón será entregado a la autoridad de marina del primer puerto español a que arribe el buque con las diligencias instruidas a bordo para la comprobación del delito y justificación, en su caso, de los gastos de manutención. Si el buque arribase a puerto extranjero la entrega se hará al Cónsul de España, y si no lo hubiere quedará a bordo el delincuente hasta llegar a puerto en que exista autoridad competente para la entrega.

La aplicación de la Ley española penal y disciplinaria de la marina

(18) Ver arts. 70, 72 y 78 de la citada Ley de 22 diciembre 1955.

mercante y muy especialmente las sanciones que en ella se establecen, teniendo en cuenta su carácter penal, ofrecerá notorias dificultades cuando el Cónsul de España en país extranjero reciba al polizón junto con las diligencias instruidas a bordo, persona y documentos que habrá de poner a disposición de la autoridad local competente, cuya legislación pudiera ser muy otra que la española de referencia.

Ello se trata de solucionar mediante el Convenio internacional firmado en Bruselas el 10 de octubre de 1957, sobre pasajeros clandestinos. Sin embargo, su aplicación aún no resulta posible ya que no sólo no ha sido ratificado por España sino que ni aún siquiera ha entrado en vigor al no haberse cumplido los requisitos que para ello se prescriben en el párrafo 1 de su artículo 8 (19).

En este Convenio se define al polizón como aquella persona que, en cualquier puerto o vecindad del mismo, se oculta en un barco sin el consentimiento del naviero o del capitán y que se halla a bordo después de que el barco ha zarpado del puerto. Se llama puerto de embarque aquél en que el polizón sube a bordo del barco en que es encontrado. Puerto de desembarque es aquél en que el polizón es entregado a la autoridad adecuada.

Si en un viaje de un barco matriculado en, o que lleva bandera de un Estado contratante (que forme parte del Convenio de referencia) se encuentra a un polizón en un puerto o en el mar, el Capitán puede entregarlo a la autoridad adecuada en el primer puerto de un Estado contratante en que toque el buque después de que se encontró al polizón.

Cuando un polizón es entregado a la autoridad adecuada en el puerto de desembarque:

1. Esta Autoridad puede devolverlo a cualquier Estado al que dicha Autoridad considere que pertenece el polizón, reconociéndolo así dicho Estado.

2. Pero si este Estado no lo considera como nacional suyo o se niega a aceptar su regreso, o cuando la autoridad adecuada considera que el polizón carece de nacionalidad, entonces, dicha Autoridad puede devolver el polizón al Estado en el que, según ella, se halla el puerto de embarque del polizón.

3. Sin embargo, si el polizón no puede ser devuelto en la forma señalada en 1 y 2, la autoridad adecuada puede devolverlo al Estado en que se encuentra el último puerto donde tocó el barco antes del momento en que se encontró el polizón.

4. Finalmente, si nada de lo anterior es posible, la autoridad adecuada puede devolverlo al Estado contratante de la bandera del barco donde se encontró el polizón. El costo de manutención de un polizón en el puerto de desembarque, así como el de devolverlo a la nación a que pertenece, será abonado por el naviero, sin perjuicio de recuperarlo, si lo hubiera, del Estado a que el polizón pertenece.

(19) Vid.: Nota 2 al pie de la pág. 2.519 de la obra «Código de las Leyes Marítimas», de AURELIO MENÉNDEZ y JUAN LUJES IGLESIAS PRADO. Edición «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1980.

Ni el Convenio Internacional de Bruselas de 10 de octubre de 1957 que, insistimos, no ha entrado en vigor, ni la Ley de 22 de diciembre de 1955, aluden al costo del pasaje correspondiente al recorrido clandestino que el polizón ha realizado. Uno y otro hacen referencia a los costos de manutención. Hay que tener en cuenta que la actuación ilícita del polizón tiene como primordial finalidad la de trasladarse de un lugar a otro no satisfaciendo a la empresa que realiza el viaje el importe que legalmente se ha establecido como compensación a la prestación de su servicio. Hay, asimismo, que tener en cuenta que el viaje clandestino puede haber sido abortado por el desembarco del polizón en el propio lugar donde su embarco se realizó o que, desembarcando en un puerto intermedio o aún en el de destino, haya sido devuelto a origen. Aunque todo ello sea así, el naviero, transportista en definitiva, ha prestado unos servicios que le deben ser compensados además de los predichos gastos de manutención. Y le deben ser compensados aún en el supuesto de devolución del polizón al lugar donde éste embarcó y, por tanto, aunque no haya conseguido su propósito.

Es muy posible que el polizón sea insolvente, en cuyo caso todo lo anterior será una mera declaración sin contenido práctico alguno, pero en el supuesto de que su solvencia económica le permita compensar adecuadamente al transportista debe hacerlo de manera cumplida y no exclusivamente en lo atinente a los gastos de manutención.

b) Aeroplanos.

Como ya hemos adelantado, la Ley penal y procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964, en la Sección III de su Capítulo VII, se ocupa del delito de polizonaje. En este Capítulo VII aparecen agrupados los que se denominan «delitos contra la propiedad» y, entre ellos, además del polizonaje, aparecen los de robo y los de daños.

No obstante, en el transporte aéreo, el bien jurídico que con la previsión legal trata de protegerse, no es el de la economía de la empresa aérea aunque, sin duda, esa economía aparezca quebrantada con el uso ilícito de sus servicios de transporte, o sea sin que se abone el importe reglamentariamente establecido para los mismos.

Sin embargo, en el transporte aéreo, existe la necesidad de proteger la seguridad de la operación de vuelo. Esta operación se realiza después de una minuciosa preparación en la que se tiene en cuenta la carga y el peso con los que el viaje se inicia. Cualquier alteración fraudulenta de estos datos supone imprecisión en el momento en que se elabora el correspondiente plan de vuelo. La introducción de una persona sin que la misma pase por los controles establecidos pone en entredicho la seguridad de la operación de vuelo. Si la introducción del polizón, además de ser clandestina, se realiza para verificar el viaje en lugares inapropiados este compromiso para la operación de vuelo puede resultar más agudo. La introducción del polizón en departamento del avión delicados y reservados técnicamente para su correcto funcionamiento es un hecho de suma gravedad que debe ser adecuadamente evitado mediante una severa protección penal.

El artículo 64 de la citada Ley penal y procesal de la navegación aérea establece que el que clandestinamente entre sin billete en una aeronave comercial con el propósito de hacer viaje, o continúe a bordo también clandestinamente con el mismo fin, una vez recorrido el trayecto a que diere derecho el billete adquirido, será castigado con la pena de arresto mayor o multa hasta veinte mil pesetas. Los tripulantes de la aeronave o empleados del aeropuerto que cooperen a la comisión del delito serán sancionados con las penas señaladas a los autores del mismo.

Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que, en 1964, fue promulgada la Ley penal y procesal de la navegación aérea, así como la evolución económica experimentada desde entonces, la multa de veinte mil pesetas establecida en dicha Ley para sancionar al polizón, nos parece totalmente inadecuada. La cuantía de dicha multa no ha sido alterada desde entonces y al no ser concurrente con la pena de arresto mayor, también prevista para sancionar este delito, sino alternativa, si el órgano sancionador opta por la multa el castigo puede considerarse como mínimo, más aún teniendo en cuenta el importe de un billete aéreo que, si se trata de largo recorrido, puede ser considerable.

La clandestinidad es sancionada de la misma forma tanto en el caso en que se entre sin billete en la aeronave con el propósito de hacer viaje, como si se continúa en ella, clandestinamente, cuando el derecho que se tenía a viajar ha concluido. Ello es lógico ya que, precisamente, el tener billete para un trayecto no legítima en absoluto para la realización de trayectos subsiguientes, siempre que persista la clandestinidad.

La nota característica del delito, tal como aparece configurado en la Ley penal y procesal de la navegación aérea, puede quedar sintetizada de la forma siguiente:

1.—Que el acceso a la aeronave o la continuación en ella cuando se tenía derecho a dicho acceso se realice clandestinamente.

2. Que el propósito de quien tal haga sea el de realizar viaje. Si el propósito fuere otro, tal como cometer un hurto o el de apoderarse ilícitamente del aparato, los hechos quedarían incardinados en otras figuras delictivas pero no en esta del polizonaje que estamos contemplando.

De la misma forma que el polizón, se sancionan los tripulantes de la aeronave y los empleados del aeropuerto que cooperen a la comisión del delito. Dentro del concepto de tripulante deberán comprenderse tanto los que se denominan técnicos como auxiliares. El artículo 56 de la Ley sobre navegación aérea de 21 de julio de 1960 establece que el personal de vuelo es el destinado al mando, pilotaje o servicio de a bordo de la aeronave y que constituye su tripulación. El personal del aeropuerto estará comprendido en la definición del artículo 57 de la propia Ley, que es la siguiente: El personal de tierra comprende a los directivos, técnicos y auxiliares de aeropuertos, aeródromos e instalaciones que apoyen directamente a la navegación aérea.

En cuanto al personal tripulante que coopere a la defraudación de que es objeto el transportista por parte del polizón, normalmente será dependiente del propio transportista; en cambio, los empleados del aeropuerto que tal hagan podrán ser dependientes del transportista o de la autoridad del aeropuerto o de otra empresa —encargada de la limpieza, del suministro de alimentos, etc.— e incluso de otra compañía aérea que se aproveche de su conocimiento y de su libertad de movimiento dentro de las instalaciones aeroportuarias. Si bien, a efectos penales, la Ley penal y procesal de la navegación aérea no hace distinciones sobre si tales cooperadores son o no dependientes del transportista defraudado, en cambio ello podrá tener trascendencia dentro del marco de las relaciones laborales. Si lo fueren, la conducta de los cooperadores, al contribuir a la defraudación, puede constituir una deslealtad sancionable por la empresa, con independencia de la que recaiga en el aspecto penal.

Como de su nombre se deriva, la Ley de 24 de diciembre de 1964 es penal y procesal. Quiere ello decir que, dentro de sus preceptos, existen los que, sustantivamente, definen y sancionan los hechos ilícitos, entre los que se encuentran el polizonaje, y también aquellos meramente formales que se refieren a la composición de los Tribunales que han de enjuiciarlos y sancionarlos.

Los preceptos materiales no parecen ofrecer duda en cuanto a su vigencia. En cambio sí ofrecen ciertas consideraciones en ese orden los meramente procesales.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 117 de la Constitución dispone (punto 3) que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan y (punto 5) que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará —añade— el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de los estados de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución, prohibiéndose los tribunales de excepción.

La Ley de 24 de diciembre de 1964 en su artículo 80 establece que el Tribunal aeronáutico —el competente para juzgar al polizón— se compondrá de un Presidente con categoría de General y cuatro vocales con la de General o Jefe. Parece que este Tribunal Aeronáutico no cumple el principio de unidad jurisdiccional establecido en la Constitución y al que nos hemos referido.

c) Ferrocarril.

En el transporte ferroviario el tratamiento jurídico de la persona que fraudulentamente viaja sin estar en posesión del título que para ello le legitima, difiere sustancialmente de cuanto hemos expuesto en relación con los transportes marítimos y aéreos. Y ello no sólo en cuanto a la valoración penal de los hechos, de lo que nos ocuparemos

en el epígrafe subsiguiente, sino por la articulación que el legislador ha arbitrado a efectos de que la situación del polizón pueda ser oportunamente regularizada. La primera meditación que se ofrece es si dicha regularización enerva las consecuencias jurídico-penales del polizaje o no.

El Reglamento de Policía de Ferrocarriles aprobado por Real Decreto de 8 de septiembre de 1878 dispone en su artículo 95 que el viajero que no presente el billete que le da derecho a ocupar un asiento en los trenes o que teniéndolo de clase inferior ocupe uno de los de superior, pagará en el primer caso el doble de su precio, según tarifa, y en el segundo dos veces la diferencia de su importe, a contar desde la estación en que verificó su entrada en los trenes hasta el punto donde termine el viaje. Al no justificar el viajero el punto de su entrada en el tren, el doble precio se evaluará por la distancia recorrida desde el sitio en que haya tenido lugar la última comprobación de billetes.

Las consecuencias económicas previstas en el precepto que se ha dejado transcrito pueden resultar muy escasas, más aún cuando las posibilidades de fraude se han visto aumentadas en determinados servicios ferroviarios, especialmente los llamados de cercanías, en los que pueden usarse del transporte sin proveerse previamente del billete adecuado. El legislador ha salido al paso de dicha situación estableciendo la percepción de una cantidad mínima con independencia de cuál fuere el doble del billete o del trayecto o de la diferencia de clase, siempre que esta suma duplicada resultare inferior al mínimo de referencia.

A tal efecto se promulgó el Decreto de 2 de abril de 1959 (20) que contiene un preámbulo realmente desafortunado. En él se dice que «el progresivo aumento de la afluencia de viajeros en las líneas ferroviarias, especialmente en los servicios de cercanía de los grandes núcleos urbanos, con la consiguiente dificultad para realizar una eficaz intervención en ruta, hace que la pequeña cuantía de la posible sanción, unida a la escasa posibilidad de que se haga efectiva, favorezca el que, de un modo deliberado, determinados viajeros se habitúen a hacer uso del ferrocarril sin el pago del debido billete».

A nuestro juicio este Decreto es digno de la mayor reprobación. En primer lugar, no modifica los artículos 95, 96 y 97 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles sino que autoriza para que sean modificados siempre que ello convenga, lo cual resta estabilidad a los preceptos y transfiere a un órgano legislativo inferior la potestad reglamentaria. Reconoce la impotencia de la organización del ferrocarril para evitar los fraudes y confía tan sólo en la represión para que éstos sean evitados, cuando puede pensarse que precisamente esa impotencia de los controles ferroviarios son la que fomenta el fraude. Y, por último, prejuzga muy aventuradamente que la percepción del recargo pecu-

(20) Decreto 475/59, de 2 de abril de 1959 autorizando a modificar los artículos 95, 96 y 97 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles. («Boletín Oficial del Estado», núm. 82, de 6 de abril de 1959).

niario sea la única sanción que puede recibir el polizón olvidando la teoría de que su actuar pueda ser constitutivo de estafa.

En la Tarifa General de Viajeros de RENFE (21) se establece que por los cobros que deban verificarse independientemente del despacho de billetes, bien en la estación de origen o en ruta, se entregará a los viajeros el suplemento respectivo, entendiéndose que la negativa al pago legal será considerada como defraudación, tanto cuando el viajero vaya sin billete u ocupe plaza superior a la de su clase, como cuando recorra más distancia que aquélla a que tenga derecho. De mediar esta negativa, los agentes de la RENFE someterán la cuestión al Interventor de Zona o, en su ausencia, a la autoridad que se halle presente, obligándose al viajero infractor a que abandone el tren, si insiste en su negativa, quedando facultado el agente de RENFE que disponga dicha medida para determinar la parada entre las previstas en el itinerario del tren en que deba tener lugar dicho abandono, sin perjuicio de proceder contra el viajero en la forma en que haya lugar.

Recojamos también lo que dispone el Convenio Internacional sobre Transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril de 7 de febrero de 1970 (CIV) (22) sobre la materia. Dice su artículo 8 que el viajero que no pueda presentar un billete válido estará obligado a pagar un recargo además del precio del viaje. Este recargo se calculará conforme a los reglamentos del ferrocarril en que exija el pago del mismo. Los billetes que hayan sufrido una modificación ilícita serán considerados como no válidos y retirados por el personal de servicio. El viajero que rehúse el pago inmediato del precio del viaje o del recargo podrá ser excluido del viaje. El viajero no excluido no podrá exigir que sus equipajes sean puestos a su disposición en una estación que no sea la de destino.

Este precepto internacional no hace referencia alguna a consecuencias penales de la actuación del polizón ya que ello entra en el área privativa de la soberanía de cada país signatario del Convenio y puede, en efecto, no tener un tratamiento uniforme.

El polizón viaja y lo es porque carece de título de transporte que le legitime como viajero. No ha formalizado contrato de transporte alguno con el porteador, la empresa ferroviaria. Sin embargo, cualquiera que sea su propósito sobre ello, se le otorga la oportunidad de regularizar su situación en cuanto al ferrocarril, satisfaciendo el doble de lo defraudado o una cantidad mínima convencional. El acceder a la propuesta que en tal sentido le hagan los agentes ferroviarios supone, de una parte, que ha formalizado el contrato de transporte y que nacen para el polizón todos los derechos contractuales que corresponden a cualquier viajero. Por otro lado, para el ferrocarril determina un enriquecimiento ya que no sólo percibe el importe de la tarifa reglamen-

(21) Tarifa citada. Capítulo VI. Disposiciones especiales. Número VI-3.

(22) Convenio Internacional sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV) firmado en Berna el 7 de febrero de 1970. Instrumento de ratificación por España de 13 de julio de 1974. «Boletín Oficial del Estado», núm. 21. de 24 de enero de 1975.

tariamente establecida sino otro tanto sobre ella o un mínimo si esta cantidad es de poca monta. El enriquecimiento del ferrocarril puede suponerse que es la compensación económica respecto del riesgo que ha padecido de no percibir la indicada tarifa.

Lo que sí debe quedar establecido es que las consecuencias penales que se deriven de la situación del polizón, si las hubiera, no desaparecen porque pague el doble de la tarifa o no. La estafa habrá o no existido. En caso positivo no desaparece porque abone el duplo o el mínimo ya que la vida del ilícito es completamente independiente de que regularice su situación con el porteador y, desde luego, evite el ser bajado del vehículo en que se encuentra y en el que desea continuar su viaje hasta el destino proyectado.

d) Mecánicos por carretera.

Las disposiciones que regulan esta materia en el transporte por carretera son muy parejas a las del ferrocarril que han quedado expuestas. Ya hemos citado el artículo 106 de la Real Orden de 22 de junio de 1929, según el cual en los puntos en que exista despacho de billetes, éstos se expenderán por orden de petición y el viajero tendrá que estar provisto del correspondiente que le autorice a ocupar asiento; a falta de él, estará obligado a descender del coche, y si la falta se nota en ruta, satisfará doble precio desde el origen de la línea hasta el punto en que termine el viaje.

4. ESTUDIO ESPECIAL DE LA ESTAFA

Según el artículo 528 del Código penal cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaños bastante para producir error a otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero.

El artículo siguiente, 529, establece que son circunstancias que agravan este delito las siguientes:

1.º Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo.

3.º Cuando se realice con empleo de firma en blanco.

4.º Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero.

5.º Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusando de superioridad en relación con circunstancias personales de la víctima.

6.º Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda.

7.º Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación.

8.º Cuando afecte a múltiples perjudicados.

Se trata de establecer si los hechos realizados por el polizón de un medio de transporte terrestre pueden o no ser incardinados dentro de la previsión del artículo 528 del Código penal que hemos dejado transcrito y habida cuenta de que su eventual conducta penal —nos referimos a los medios de transporte terrestre— no está prevista en ningún precepto de índole especial, según ocurre en los medios de transporte marítimos y aéreos.

Una constante y muy reiterada jurisprudencia referida a la anterior redacción del precepto penal que define la estafa ha admitido, sin duda, la comisión de este delito por parte del polizón. La doctrina no ha prestado con unanimidad su apoyo a esta tesis. El problema de si hay un daño patrimonial cuando un sujeto penetra en un local de espectáculo o viaje en un vehículo, dice Rodríguez Devesa (23), sin estar provisto de billete o entrada correspondiente (títulos de legitimación) ha de resolverse con arreglo a este criterio. Si no se ocasiona una disminución del patrimonio existente en el momento de realizar el hecho, o sea, si no se originan gastos adicionales a quien da el espectáculo u organiza el viaje, no puede hablarse de estafa por falta de perjuicio patrimonial, aunque haya mediado engaño, porque el engaño por sí mismo es un nada jurídico penal. Esto es particularmente claro en el polizonaje, es decir en el caso de viajeros sin billete que al utilizar los servicios del ferrocarril u otros de transporte no ocasionan ninguna merma en el patrimonio de las compañías que los explotan.

Adelantamos que la opinión de Rodríguez Devesa no es compartida por nosotros que estimamos que siempre existe un perjuicio patrimonial para el porteador causado por la actuación del polizón.

Cuello Calón (24) ha definido la estafa como el perjuicio patrimonial realizado con ánimo de lucro mediante engaño. Sujeto activo de la estafa puede ser cualquiera, salvo aquellos con cuya actuación se comete otro tipo de delito. Sujeto pasivo es la persona que ha sido víctima del engaño, pero ésta no siempre se identifica con la persona que sufrió el perjuicio patrimonial. No importa que sea desconocida la persona defraudada. El interés aquí protegido es el conjunto de bienes jurídicos comprendidos en el concepto genérico de «propiedad». El bien jurídico protegido en este delito, precisa Muñoz Conde (25) es el patrimonio, o mejor dicho cualquier elemento del patrimonio ajeno, bienes muebles o inmuebles, derechos, etc. Al mismo tiempo se lesiona con la estafa la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el

(23) Vid.: JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Madrid 1975, pág. 445.

(24) Vid.: EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*. 18.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1975, tomo II, pág. 928.

(25) Vid.: FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Sevilla 1983, Editorial Universidad de Sevilla, pág. 243.

tráfico jurídico. Normalmente se espera que se cumplan las obligaciones contratadas y que si, por ejemplo, se compra un kilo de pan sea efectivamente un kilo y, además, de pan. Pero, si la sustancia o cantidad del objeto comprado no corresponde a lo pactado, se frustra una legítima expectativa que debe ser protegida de algún modo, para asegurar y garantizar un normal tráfico económico. Ahora bien, aunque la finalidad político criminal perseguida con la tipificación del delito sea ésta, el delito como tal se castiga en tanto lesiona un derecho patrimonial individual. Este contenido patrimonial de la estafa no debe ser olvidado, para no castigar indebidamente hechos que frustran expectativa de comportamiento en el tráfico jurídico económico, pero que no producen perjuicios económicos para nadie, como en el polizónaje o la entrada gratuita en espectáculos.

Como ha podido verse, la opinión de Muñoz Conde abunda en considerar ajeno el polizónaje al delito de estafa.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 528 del Código penal para que exista estafa ha de concurrir ánimo de lucro por parte del sujeto activo, se ha de utilizar engaño bastante y este engaño ha de ocasionar errónea ilusión en otro induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.

Siendo el engaño elemento esencial, dice Groizard (26), claro es que hay que suponer para admitir su eficacia determinadas condiciones de defensa para no dejarse engañar en la persona contra quien el delito se fragua. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que producto de un engaño, deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia.

Este razonamiento debe ser tenido en cuenta respecto de los laxos sistemas de control que existen en determinados transportes, incitadores por sí sólo de la defraudación por parte de determinados pasajeros. Pero también debe tenerse en cuenta que el progreso dinámico del transporte y la agilidad con que todas sus operaciones deben llevarse a cabo, agilidad que, en definitiva, tiende a la eficacia del servicio público que se realiza y que favorece al propio usuario, no deben ser freno para la sanción de los fraudes. La buena fe debe fortalecerse con la adecuada corrección de las conductas ilícitas.

En cuanto al error el propio Antón Oneca (27) nos advierte que consiste en una representación mental que no corresponde a la realidad. En el caso del pasajero sin billete, habrá estafa cuando el sujeto haga creer al empleado que está provisto del billete oportuno, mediante la exhibición de uno no válido o afirmando que ya le ha sido revisado, o, mostrando un pase, se hace pasar por titular sin serlo realmente. Fuera de estos y análogos casos —sigue Antón Oneca— no debè calificarse

(26) GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Salamanca 1897, tomo VII, pág. 128 Citado por JOSÉ ANTÓN ONECA, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Voz: «Estafa», pág. 63.

(27) JOSÉ ANTÓN ONECA, *Op. cit.*, págs. 65 y 66.

la estafa porque la conducta del pasajero clandestino no ha causado error a ninguna persona. Frente a esta opinión se ha sostenido el error del cobrador o revisor porque éste tendrá la idea de que «todo iba en orden», de que todos los pasajeros irían provistos de billete, idea equivocada a cuyo mantenimiento habría dado lugar el polizón. También esta opinión ha tenido adherentes, y es la dominante en nuestra jurisprudencia. Pero el revisor no piensa que todo va en orden, sino que, por el contrario, ejercita una función basada en la desconfianza, que sería absolutamente innecesaria si todo fuera en orden. Más admitiendo, en último caso, que la representación del revisor fuera equivocada, lo evidente es que la conducta del polizón será objeto de la ignorancia del empleado, pero no su causa.

La cuestión cardinal parece centrarse en que la disposición patrimonial del engañado debe haber producido un perjuicio en el propio engañado o en un tercero, perjuicio que debe tener un carácter patrimonial. La estafa se consuma, según Muñoz Conde (28), con la producción del perjuicio patrimonial; no es preciso que se haya producido el correspondiente provecho. Existe tentativa con la realización de la conducta engañosa. El perjuicio no desaparece por el reintegro de la cantidad defraudada; esto sólo, dice Cuello Calón (29), puede tener influjo en la responsabilidad civil proveniente del delito, pues el perjuicio debe referirse al momento de su comisión. Tampoco altera la naturaleza de esta infracción la indemnización posterior al hecho. La falta de perjuicio en el patrimonio ajeno excluye este delito.

Para Antón Oneca (30), el perjuicio consiste en una disminución del patrimonio, ya del engañado que realiza el acto de disposición, ya de sujeto distinto. ¿Qué se entiende por patrimonio? Según la opinión dominante, está constituido por el conjunto de valores económicos pertenecientes a una persona. Significa el perjuicio un empeoramiento, valorable en dinero, de la situación patrimonial en su conjunto. Donde no hay ningún derecho no hay ninguna estafa. Si partimos del concepto económico, la estafa es un delito contra el patrimonio en general; lo importante es si esa generalidad ha sufrido mengua a consecuencia del acto de disposición. Basados en el concepto jurídico, sigue Antón Oneca, el bien protegido no es la totalidad, sino una parte concreta del patrimonio, una cosa mueble o inmueble, un derecho personal o real. Superpuestos ambos conceptos, vemos que no coinciden: conforme al primero, el delito se extiende por un lado; conforme al segundo, se extiende por el otro. Si aceptamos el económico, habrá estafa siempre que disminuyan los valores económicos de esta naturaleza ya sean efectivos, ya en perspectiva aunque no gocen de reconocimiento por parte del Derecho.

La actividad de todo porteador, independientemente de que se trate de la prestación de un servicio público, se realiza para percibir el importe que, con arreglo a tarifas preestablecidas, pertenece al mis-

(28) FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Op. cit.*, pág. 248.

(29) EUGENIO CUELLO CALÓN, *Op. cit.*, pág. 929.

(30) JOSÉ ANTÓN ONECA, *Op. cit.*, pág. 67.

mo. Dicha actividad tienen un contenido eminentemente económico y la utilización de los servicios del porteador por parte de cualquier usuario engendra para aquél el legítimo derecho a percibir el precio fijado. No satisfacer dicho precio y utilizar el servicio de traslación supone defraudar el derecho del transportista.

Las tarifas se confeccionan con la integración de determinados factores entre los que figuran no sólo el lucro que razonablemente ha de obtener el transportista como compensación a la actividad mercantil que realiza, sino también la suma de los costes que se derivan de la explotación. No abonar el valor del billete supone, pues, no sólo no remunerar la lícita actividad del transportista sino perjudicarlo emergentemente, ya que se ha consumido parte de aquello que el transportista ha tenido que proporcionar pagándolo de su propio peculio.

No es admisible el razonamiento de que, habiendo plazas libres en la expedición de referencia, el uso que ha hecho el polizón de los servicios del transportista, no ha supuesto merma alguna para éste. Ello es un argumento inválido. El polizón desea viajar y si no actuara como tal polizón sino como viajero normal, habría obtenido el necesario billete y habría abonado su importe. El polizón ha restado al porteador un viajero de pago: él mismo. Es precisamente en el valor del billete en lo que consiste la defraudación y, por ende, el perjuicio económico del porteador. El polizón viaja y no paga; si no fuera polizón, pagaría. Está mermando el ingreso del transportista; hayan o no plazas libre en el vehículo que sirve de medio de transporte al polizón.

El transportista ha elaborado un producto —asiento kilómetro— para venderlo. El utilizar dicho producto, apropiándose, aunque no impida a otra persona la venta, es una clara defraudación para el transportista que no lo hubiera elaborado sabiendo que sus servicios iban a ser utilizados sin satisfacer la remuneración establecida a su favor.

Independientemente de cuanto se lleva expuesto, hay otras razones para opinar que la actuación del polizón en el transporte terrestre debe ser adecuadamente sancionada, aunque este razonamiento no tenga influencia doctrinal en el ámbito penal. Si la conducta del polizón —engaño y maquinación y error del sujeto pasivo— tan sólo son causa de una deuda civil al no haber abonado el precio del transporte o es origen de una sanción administrativa, se está indudablemente fomentando el fraude. En la mayoría de los casos el polizón, por insolvencia o por defecto en el funcionamiento de los mecanismos adecuados, dejará de pagar lo que debe y su actuación no habrá recibido corrección alguna.

Lo que sí puede opinarse, sin reservas, es que, aunque el polizón abone duplicadamente el importe del billete o la cantidad mínima establecida como consecuencia de carecer del título que le legítima para usar del transporte, ello no le libera de la responsabilidad penal en la que haya podido incurrir. De la misma forma el que sea corregido penalmente no le exonerará del pago que del servicio que ha recibido

del transportista como consecuencia de haber realizado una traslación para la que carecía del legítimo título correspondiente.

5. CONCLUSIONES

Se estima que la denominación de polizón debe ser atribuida a toda persona que, sin estar en posesión de un título legítimo, utiliza los servicios de un transporte público con independencia del procedimiento de que se valga, y se trate de transporte marítimo, lacustre, fluvial, aéreo, ferroviario o terrestre por caminos ordinarios.

La figura del polizonaje atiende a la protección de los bienes jurídicos que no son coincidentes en cada uno de dichos transportes, ya que en algunos de ellos concurren circunstancias que a los otros son ajenas. Consecuencia de ello es que la regulación jurídica no deba ser la misma. El estado actual de la cuestión en el derecho positivo español es la adecuada, con independencia de los criterios que pueda recibir cada uno de los preceptos en que se incardina esta conducta.

En lo que atañe al transporte terrestre, la ausencia de una norma específica donde el polizonaje se incluya, tal como ocurre en el marítimo y en el aéreo, ha sido causa de que los hechos del polizón sean estimados como estafa. Aunque es constante la jurisprudencia en tal sentido, la doctrina ha ofrecido serios reparos a ello. Sería de desear, pues, que previas las elaboraciones consiguientes el polizón en el transporte terrestre recibiese el adecuado tratamiento penal mediante una norma específica desgajada del concepto genérico de la estafa aunque habiendo nacido del mismo.

En todo caso, el transportista no debe dejar de percibir el importe del billete del que carecía el polizón como consecuencia de su ilícita conducta. Los recargos que deba abonar por ella no supondrán extinción de la responsabilidad en que haya incurrido el polizón.

El transportista, amparado en una protección penal frente al polizón, no podrá actuar negligentemente, inhibiéndose de vigilancias y controles y haciendo así más factible la comisión del acto ilícito.

La Ley Penal Militar Alemana de 1974

Comentarios y notas

Por EDUARDO CALDERON SUSIN

Del Cuerpo Jurídico Militar

Profesor del Departamento de Derecho Penal de la
Universidad de Palma de Mallorca

1. Desde el día primero del año 1975 cobra vigencia en la República Federal de Alemania la Ley Penal Militar (Wehrstrafgesetz, en abreviatura WStG) de 24 de mayo de 1974, que sustituyó, operando importantes reformas, a la de 30 de marzo de 1957.

Entrelazadas razones de conveniencia y de oportunidad, a pesar de los ya diez años de vida de la Ley, explican mi interés en que se publique la misma en España.

Las de conveniencia no son otras que las de facilitar el manejo de un material importante y las de posibilitar con ello además el que se repare en una de las partes del ordenamiento jurídico, cual es el derecho penal militar, cuanto menos desatendida u olvidada; las de oportunidad estriban en la inminente modificación de nuestro Código de Justicia Militar, pues en su sesión del día 12 de septiembre de 1984 el Consejo de Ministros, según referencia de su portavoz, aprobó un Proyecto de Código Penal Militar que, cuando estas páginas se escriben, a finales de octubre, aún no se ha publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales».

La utilidad en general de la legislación comparada requiere, en evitación del peligro de manejar argumentos esgrimidos o recibidos de modo sesgado (peligro por demás común a toda argumentación), un conocimiento de la doctrina, científica y jurisprudencial, así como del resto del ordenamiento jurídico e incluso de la idiosincrasia del pueblo y de las instituciones del país cuyo cuerpo legal se maneja; hecha esta salvedad, sigo calificando de importante el material, el texto íntegro de la Ley Penal Militar alemana de 1974, porque, además de que en sí mismo constituye algo neutro en relación a posibles necios manejos, no hay que olvidar que la remodelación del texto punitivo castrense se inserta en la llamada «gran reforma penal», en la que intervino, de una u otra manera, la práctica totalidad de la dogmática alemana, cuyo prestigio y reconocimiento universal no ofrece dudas, y de la que los españoles en cierta medida también, dicho sea con todas las reservas y respetos, somos tributarios.

Que el Derecho penal militar no ha atraído a los penalistas españoles es afirmación que difícilmente se me refutará; las causas de ello son múltiples y no explicadas; además de las comunes a toda legislación especial, van desde el desprecio e inquina al descuido, lo que explica tratamientos parciales, sentimentalizados o viscerales, en los que se entrevé el apasionamiento en pro o en contra de la existencia de unas Fuerzas Armadas y, en otros casos, sobre su estructuración, funciones y comportamientos.

Se oscila pues entre la postura de quienes, con la idea de que debe abolirse todo ejército organizado, concluyen más o menos expresamente que, estando el Derecho penal militar por fuerza llamado a desaparecer, es innecesario estudiarlo, y la de los que a toda costa quieren mantener un determinado estado de cosas; por desgracia las voces, y pensamientos, de quienes desean abordar un tratamiento riguroso y profundo del tema no es raro que sean recibidas con recelo por aquellos o ni se las escuche.

Ni es el lugar, ni mi intención argüir en pro de la existencia de los Ejércitos organizados, me limito a constatar el hecho de su existencia y de lo residual de las posiciones abolicionistas. Ahí están los hechos históricos y actuales de España y de fuera de ella, nuestra vigente Constitución y las normas penales militares. No se me alcanza razón alguna ni para el descuido ni para el olvido de su estudio.

Subyace además un corriente equívoco cual es el de identificar el Derecho penal militar con la jurisdicción castrense, idea íntimamente relacionada cuando ésta última exista, pero no necesariamente dependientes, cual se demuestra con dos hechos evidentes: hay ordenamientos que prescinden de la jurisdicción militar pero no de un Derecho penal castrense (como es el caso de la Alemania Federal), y también existen ordenamiento en los que la jurisdicción marcial conoce no sólo de los delitos militares sino que extiende su competencia a otros ámbitos (como ha sido tradicional en España).

No estimo que sea esta la ocasión para profundizar en el tema de la jurisdicción militar, traído a colación tan sólo a fin de salir al paso de la mencionada identificación de ésta con el sector del Derecho penal en el que tiene su origen, y porque la polémica casi siempre virulenta, y a mi impresión nada dialógante, sobre la existencia de aquélla, ha relegado a un plano secundario, por ello casi no estudiado, a los delitos militares.

La escasa dedicación dogmática y científica al estudio del Derecho penal militar, con notables y escasas excepciones que no hacen sino confirmar su insuficiencia, la he sentido como carencia, ya desde hace tiempo, por correrse así el riesgo de peligrosos anclajes, pero ahora de forma más acuciante cuando, de una parte, tanto se habla de la necesidad de acercamiento y vital intercomunicación entre el pueblo y sus Fuerzas Armadas, y, de otra, nuestra Constitución de 1978 sienta los valores superiores a que debe acomodarse «todo» el ordenamiento jurídico y consiguientemente los principios que son piedra de toque y otorgan marchamo de validez a todas las normas que integran el sis-

tema, y entre las cuales están las relativas a los delitos militares, incluidas por supuesto las jurisdiccionales.

En este orden de ideas, a pesar de la obviedad, no está por demás, a fin de evitar minusvaloraciones, recordar que las normas penales militares no son, ni deben ser, corporativas o de casta y que, sin prejuzgar su contenido pero precisamente por el importante papel que deben desempeñar las Fuerzas Armadas en el seno de la sociedad, contienen prohibiciones y mandatos dirigidos a todos y especialmente a los que sirven en sus filas, por las que pasan gran parte de los españoles; y que como justiciables a quienes se pretenda aplicar las sanciones allí prescritas, por los órganos que integran la jurisdicción militar, les corresponde íntegros los derechos constitucionales, entre ellos el de defensa; a todos interesa, pues, en aras de una recta administración de justicia, unas normas penales militares claras y eficaces, así como su más cabal conocimiento, y ni a una cosa ni a otra contribuye la falta de dedicación doctrinal.

Las esgrimidas razones sobre la oportunidad de que se publique en español la vigente Ley Penal Militar de la República Federal Alemana no necesitan, tras lo dicho hasta aquí, ser explicadas en abundancia; basta simplemente recordar que el programa del Partido Socialista Obrero Español con el que se presentó a las Elecciones Generales de 1982 incluía la reforma del Código de Justicia Militar para recoger y desarrollar los mandatos constitucionales referidos al Poder Judicial, «teniendo en cuenta la experiencia y la realidad nacional en este ámbito, así como los principios más comunmente consagrados en la legislación militar comparada» (III, 2. 1.(1)); y que antes la disposición final 1.ª de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar, después de ordenar que se constituyera bajo la autoridad del Ministro de Defensa de inmediato una «Comisión para el estudio y reforma de la Justicia Militar», señalaba que sería misión de la misma «elaborar un proyecto articulado del Código o Códigos referentes a la Justicia Militar antes de un año, a partir de su constitución, en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los Ejércitos extranjeros de más asidua relación»; indudablemente las preocupaciones del legislador se centraban más en la Jurisdicción que en el Derecho penal, pero no albergo duda alguna de que su intención era incorporar, en la medida de lo posible, el «progreso comparado» en todos los trabajos de aquella Comisión.

2.—Intentada la explicación de la conveniencia y de la oportunidad de que se publique en español la Ley Penal Militar alemana, y antes de resaltar alguno de sus aspectos, pueden no sobrar unas ideas generales sobre el sistema alemán en esta parcela.

Quedó ya apuntada la inexistencia en la Alemania Federal de jurisdicción específicamente militar.

La Ley Fundamental de Bonn, de 23 de marzo de 1949, como la suprema de un Estado en gestación, tras la derrota y con su territorio sometido a régimen de ocupación, apenas nada previó sobre la existencia de unas Fuerzas Armadas; conforme se consolida la «guerra fría» se hace lo propio con la Alemania Occidental hasta que en los acuerdos de París de 23 de octubre de 1954, al margen de la U.R.R.S., se decide devolverle la soberanía.

En la Conferencia que preparó tales acuerdos, Konrad Adenauer mantuvo con firmeza que mal se podía hablar de soberanía si no se tenían unas Fuerzas Armadas con que defenderla, de ahí, entre otras razones, que en aquella se conviniera la necesidad de crear un ejército con el que Alemania participara en la Comunidad Europea de Defensa y en la O.T.A.N.; el año 1955 significa el fin de la ocupación y el restablecimiento de la soberanía en el territorio de la República Federal Alemana. Surge, pues, el nuevo Ejército alemán y la necesidad de insertar la organización militar en la Constitución (Ley Fundamental), así como de paralela y posteriormente dotarla de las normas correspondientes.

La Ley de 19 de marzo de 1956 modifica y añade varios artículos a la Ley Fundamental (era la séptima reforma) y, en lo que a la exposición concierne, el legislador alemán, en la tesitura de que las Fuerzas Armadas contaran con jurisdicción propia en materia penal, volvió los ojos a la Constitución de Weimar, concretamente a su artículo 106 («Queda suprimida la jurisdicción militar, salvo en los casos de guerra y a bordo de los navíos de guerra. Los pormenores serán regulados por la ley»), y añadió un artículo 96a (hoy 96.2) a tenor del que «la Federación puede establecer tribunales militares en materia penal para la Fuerzas Armadas a título de tribunales federales. No pueden ejercer jurisdicción penal más que en caso de defensa y (en tiempos de paz) únicamente sobre los miembros de las Fuerzas Armadas enviados al extranjero o embarcados en navíos de guerra. Las modalidades serán reguladas por una ley federal. Estos Tribunales dependerán del ministro federal de Justicia. Sus jueces titulares deben poseer las cualidades requeridas para el ejercicio de las funciones de Juez».

El camino seguido en Alemania difiere del que se tomó en Italia, donde, tras la guerra, el artículo 103 de la Constitución de diciembre de 1947 admite, en su párrafo 3.º, que los tribunales militares en tiempos de paz tendrán jurisdicción en los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas (el problema para los italianos ha estribado en adaptar a la Constitución tanto la justicia militar como el Código penal militar de paz de 1941). Sin embargo, recientemente, en 1982, mediante reforma del Código de Justicia Militar de 1965, ya que no existía previsión constitucional expresa, Francia ha seguido una vía semejante a la alemana. Ya en el VIII Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho

de la Guerra celebrado en Turquía (Ankara, octubre de 1979) sobre «evolución de la justicia militar» se demostró, a través de la información recibida (y recogida en publicación de la Sociedad), la mutabilidad y la variopinta heterogeneidad de las soluciones al respecto adoptadas incluso en áreas de cultura afín.

En la República Federal de Alemania, en tiempo de paz, los delitos militares se juzgan, pues, por los tribunales de derecho común de los «Länder» y por el Tribunal Federal de Justicia, aplicando a los soldados las leyes generales de procedimiento; y ello incluso para los militares enviados al extranjero o embarcados en buques de guerra (solamente sé de proyectos de justicia militar en caso de defensa); el único particularismo estriba en la existencia funcional dentro de las Fiscalías de secciones especializadas en delitos de funcionarios y de soldados para un mejor conocimiento de la materia.

En paralelo se ha desarrollado, con el límite del Derecho penal militar, un fuerte poder disciplinario que se traduce en una llamada «Administración de la justicia militar» a través de «jurisdicciones disciplinarias militares», cuyas principales normas en vigor están recogidas en la Ley de soldados (*Soldatengesetz* de 19 de agosto de 1975), en la extensa (141 artículos) Ordenanza de disciplina militar (*Wehrdisziplinarordnung* de 4 de septiembre de 1974) y en la Ordenanza sobre el procedimiento de reclamación (*Wehrbeschwerdeordnung* de 11 de septiembre de 1972); se establece un sistema que en la actualidad cuenta, además de con los jefes disciplinarios (en cuyas atribuciones entra, amén de las medidas disciplinarias simples, el canalizar el conocimiento de las infracciones cometidas hacia las jurisdicciones disciplinarias), con tres tribunales disciplinarios militares de primera instancia, que totalizan veintinueve cámaras, y con dos de segunda instancia, instituidos en el seno del Tribunal Administrativo Federal. Cerca de estos tribunales existen los comisarios disciplinarios militares, funcionarios dependientes del Ministerio de Defensa, cuya función principal es la de consejero jurídico a nivel de división y escalones más elevados, y con la calificación exigida por la ley alemana para el ejercicio de la función de juez (igual aptitud se exige a los, alrededor de cuarenta, profesores de derecho agregados a las academias y escuelas militares).

3.—Con referencia a la Ley penal militar (en adelante WStG) llama la atención tanto lo preciso de la terminología como su concisión y brevedad.

La precisión destaca, al igual que en el Código penal (StGB), hasta tal punto que en ocasiones se sacrifica a ello el estilo, importando más, y así lo comparto, la claridad que lo literario; qué duda cabe de que lo ideal es aunar ambas cualidades, pero, en la ineludible disyuntiva de sacrificar una, debe dejarse de lado la meramente estética; de todos modos discutida es la utilización de términos técnicos en las leyes, y a ello, en aras de la precisión, recurre de continuo el legislador alemán

(como ejemplo claro de esta última afirmación puede citarse el artículo 5.º).

Beccaria, al comenzar el capítulo 41 de su obra «De los delitos y de las penas», afirmaba felizmente que es mejor evitar los delitos que castigarlos, contestando a la pregunta ¿queréis evitar los delitos? con la propuesta, entre otras, de que las leyes fueran claras y simples; pues bien, dicho ya lo de la claridad, y aunque no se identifique lo simple o sencillo con lo breve, la brevedad puede ser el camino para alcanzar aquellos atributos.

Pues bien, en época de fárrago legislativo como la que vivimos, el texto de la WStG, sobre todo desde la comparación con el tratado II de nuestro Código de Justicia Militar, es de una brevedad sugestiva.

Depurando lo propiamente penal de lo procesal y disciplinario, el corto número de artículos, en una poda progresiva, desde los 166 artículos del Código penal de 1872, obedece, sobre todo, al hecho de las constantes remisiones al StGB ya desde el artículo primero en su apartado tres hasta el artículo 48, que cierra la Ley, y en el que enumeran una serie de delitos especiales a cuyos efectos se equiparan los militares a los funcionarios públicos y el servicio militar a la función pública: asimismo, la WStG utiliza el repertorio y sistema de penas del StGB; pero la fundamental remisión, ya que determina la naturaleza de las normas penales militares, es la contenida en el artículo 3.º con la tajante proposición de que «el Derecho penal común se aplica en tanto esta Ley no determine otra cosa».

El Derecho penal militar es pues un Derecho penal especial, no ya en un sentido formal, por tratarse de normas particulares frente a las codificadas, ni en el de que se trata de un estatuto singular, aplicable a una categoría determinada de personas, sino en el de que integra una especie respecto al género constituido por la ley común, por existir unos elementos especificantes que justifican la excepción; como ya he dicho en otro lugar la ley marcial «adopta una serie de particularismos o regulaciones distintas en diversas materias, pero siguiendo fiel a los principios e instituciones que, como comunes, se prevén en el Código penal y de los que el legislador castrense sólo se aparta cuando la protección de los bienes, que justifica su existencia, lo exige».

Esta es la idea que preside la WStG, al igual que ocurre en la mayoría de los ordenamientos de los países más cercanos culturalmente a España (puede anotarse como dato que incluso se detecta una corriente excepcional de incluir en la ley común la materia penal militar, cual ocurre en Suecia; también en la Europa oriental, pero esta referencia comparativa carece de utilidad por la no homologación de los sistemas jurídicos); por contra, nuestro vigente Código de Justicia Militar da la impresión de inspirarse en la idea de sustantividad o autonomía del Derecho penal castrense, por su integralidad (en el sentido de regular paralelamente al Código penal toda la parte general de modo exhaustivo), así como por la regla contenida en el párrafo 2.º de su artículo 257.

La WStG se estructura en dos partes, una, la segunda, dedicada a la acuñación de los concretos tipos de delito militar, y otra, previa, en la que se recogen las disposiciones generales especificantes.

4.—Los primeros quince artículos de la Ley contienen las especificaciones generales, de entre las que, sobre todas, cabe destacar las relativas a la culpabilidad, centradas en los artículos 5, 6 y 7, que, respectivamente, se ocupan de la obediencia, del miedo y de la embriaguez, materias de arraigada regulación particular en las leyes militares, sobre todo aquellas dos.

El realizar un tipo injusto (como dice el legislador alemán «un hecho antijurídico que cumple el tipo de una Ley penal») en cumplimiento de órdenes o por miedo puede estar amparado en una causa de exculpación, basada en que al sujeto no le era exigible en el caso concreto actuar conforme a la norma; pues bien, lo que hace el legislador alemán en la WStG, como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, es, respecto de la obediencia, bajar en la esfera militar el listón de exigencia del deber de respeto a la prohibición (o al mandato) y, a la inversa, elevarlo con relación al miedo. A nadie se oculta que la obediencia tiene capital importancia en la vida militar, y tampoco lo delicado, y hasta resbaladizo, de su tratamiento como causa excluyente de la responsabilidad criminal; buena prueba de ello es la coletilla que cierra el artículo 34 de nuestras Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, promulgadas mediante Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

Desterrada con razón de la mayoría de las legislaciones la exigencia de la obediencia ciega, con su lógica secuela de excesivas y fáciles justificaciones, la WStG tiene en cuenta los imperativos castrenses arbitrando una causa de exculpación con un máximo de cautelas, cuales son, además de las expresamente detalladas en el artículo 5, la definición de lo que es una orden (artículo 2.2) y la prolija regulación de los delitos de desobediencia; en último extremo, como no podía ser menos en una materia en que lo decisivo es establecer el poder del sujeto en el caso concreto, lo que se hace es marcar unas pautas y grados al juez, quien cuidadosamente determinará la ausencia de culpabilidad o su mínima concurrencia; en definitiva se trasluce una lógica confianza en la Jurisdicción, lo que parece no ocurrir en el artículo 185-12.º de nuestro Código de Justicia Militar, tras la reforma operada mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre.

En congruencia con lo dispuesto en el artículo 35 StGB sobre la necesidad exculpante, el artículo 6 WStG obliga al soldado, por su peculiar misión y cuando ésta lo demandare, a afrontar el peligro, a ser valeroso, a desterrar la cobardía. Existe, pues, una mayor exigibilidad y si esto es así ninguna objeción cabe oponer a la regla. Otra conclusión cabría si, por el contrario, se recondujera el miedo a la inimputabilidad. Desde luego, la fórmula alemana es preferible a la utilizada en el artículo 185-10.º por nuestro Código de Justicia Mili-

tar, afirmación extensible a la tajante proposición que cierra el artículo 186, en relación con la embriaguez.

El artículo 7 adelanta también las barreras de protección de los bienes jurídicos tutelados por las normas penales militares, al negar efectos atenuatorios a la embriaguez culpable o a cualquier otra intoxicación análoga si se comete en tal estado un delito militar durante el servicio (o cuando integre una infracción del Derecho internacional de Guerra).

Si parece evidente que con tales intoxicaciones lo que queda disminuida es la imputabilidad (porque al sujeto parcialmente se le diluye o desdibuja, en mayor o menor medida, el carácter ilícito de su conducta y la posibilidad de actuar conforme a las normas), es fácil concluir que el mantenimiento de una regla cual la comentada constituye una clara desviación del principio de culpabilidad.

Da la impresión de encontrarnos con una inercia mantenadora de algo que dogmáticamente no resulta de recibo; de modo esquemático puede decirse: que dichas intoxicaciones deben ser atajadas en la vida militar por lo que de perjudicial tienen para el servicio y, en consecuencia, para el cumplimiento de los cruciales cometidos encomendados a las Fuerzas Armadas; que por ello integran en sí mismas ilícitos disciplinarios e incluso, en supuestos muy destacados, penales (confrontar artículo 45.1 WStG); pero ir más allá, basándose en el resabio de que la embriaguez, o estado análogo, por constituir ya infracción en sí misma, no puede ser motivo de atenuación de la responsabilidad criminal, es desviarse, sin fundamento, de las exigencias del principio de culpabilidad.

No es raro así encontrar ordenamiento jurídicos que, en sede de delitos militares, o no contienen regla alguna respecto de la embriaguez, o la catalogan como atenuante.

También históricamente se encuentran regulaciones de todo tipo; y del siglo XVIII español recojo a título de curiosidad el dato: mientras las Ordenanzas de la Marina de Guerra de 1748 consideraban circunstancia atenuante la perpetración de un delito en estado de embriaguez, «de suerte que por este accidente la faltaba el uso regular de la razón» (tratado II, tít. 3.º, art. 40), las del Ejército de 1768 establecían que nunca servirá de exculpación y si es habitual se tomará como circunstancia agravante (Tratado VIII, tít. 10.º, art. 121).

Otros aspectos a resaltar son: la punición a los partícipes, no soldados, en los delitos militares, claro ejemplo de delitos especiales propios o en sentido estricto (art. 1.4); la lógica extraterritorialidad de las normas penales castrenses (art. 1.a); la expresa previsión de proteger los bienes jurídicos contemplados en la WStG en relación con las Fuerzas Armadas de Estados Aliados, aunque tan sólo para los comportamientos que pueden repercutir en el mantenimiento de la disciplina de las Fuerzas Armadas Federales (art. 4).

Precisamente tal mantenimiento de la disciplina, cardinal bien jurídico a proteger y que es la primordial razón de ser de un Derecho penal militar, es lo que ha llevado al legislador alemán, tanto a con-

servar en este campo, incluido el disciplinario, cuando proscritas están en el derecho común, las penas privativas de libertad de corta duración, que se estiman como medidas imprescindibles, irrenunciables e insustituibles para la defensa de la disciplina (art. 9), como a establecer la sustitución de la pena de multa, cuando así convenga, por arresto (arts. 10, 11 y 12) y a restringir los supuestos en que proceda la suspensión condicional de la condena (art. 14 y 14a), limitada por tanto en su aplicación, y particularizada en cuanto a las condiciones y mandatos que deban cumplirse durante el plazo de suspensión, pero no imposibilitada de raíz cual se deduce, para los militares condenados por delitos militares, del artículo 245 de nuestro Código de Justicia Militar.

5.—La segunda parte de la WStG, desde el artículo 15 al 48 desarrolla los «hechos punibles militares», en una catalogación que, desde la perspectiva de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, hay que calificar de reducida, y que contribuye a la comentada brevedad del texto; ello es debido básicamente a razones técnicas de no repetir lo que ya está en el StGB (delitos como los equivalentes a nuestra traición, espionaje y rebelión quedan en el Código penal y por otra parte se salvan reiteraciones con la fórmula utilizada en los artículos 1.3 y 48) y por haberse respetado de modo estricto el carácter fragmentario que corresponde al Derecho penal, reconociéndose, a la par, que la vía disciplinaria es el primer eslabón protector de los bienes que interesan a las Fuerzas Armadas; tampoco es ajena la característica de benignidad que era anotada por Rodríguez Devesa al comentar la WStG de 1957 (en el número 4 de la Revista Española de Derecho Militar).

Llama poderosamente la atención el cuidado tenido para evitar los términos alusivos a la guerra, situación de guerra, tiempo de guerra u otros equivalentes, cuando en la práctica totalidad de las legislaciones se establece en base a ella cuanto menos unos tipos agravados sino nuevos, e incluso, como ocurre en Italia, existe un Código penal militar de guerra separado del de paz, o se posibilita la pena de muerte al modo de nuestra Constitución. Sólo de modo indirecto, y en raras ocasiones, la WStG tiene en cuenta la guerra (vrg. art. 16.1).

También la llama el que, por utilizar cláusulas difusas en la elaboración de algunos tipos agravados, se intente salvaguardar, en algo, el contenido material del principio de legalidad penal; así, el definir qué se entiende por «consecuencia grave» (art. 2.3) y el ofrecer expresas pautas de lo que pueden ser «casos especialmente graves» (vrg. arts. 19.3, 24.4, 27.3, 30.4, etc....) son técnicas que pueden obedecer a lo dicho.

Se estructura esta parte especial en cuatro secciones, siendo el bien jurídico expresamente protegido en la primera «el deber de prestar el servicio militar», en cuya salvaguardia se configura como delictiva, amén de otras conductas, la desertión, regulada, al contrario que en España y asociando una pena nada benigna (quizá por englobar im-

plícitamente la previsión de situaciones conflictivas), con un criterio subjetivo y recogiendo la distinción, ya plasmada en el derecho justinianeo, entre el «desertor», en quien existía una intención de abandono definitivo del Ejército objetivada «per prolixum tempus vagatus» (por andar errante mucho tiempo), y el «emansor», o sea, quien tras una breve ausencia regresaba a filas.

Las secciones segunda y tercera contienen los delitos contra los deberes de los subordinados y de los superiores, siendo éstas las categorías jerárquicas que básicamente utiliza el legislador alemán a efectos penales, prescindiendo de diversificar el tratamiento de similares conductas según el grado del sujeto activo (vrg. en tema de desertión).

En términos generales se puede decir que en los supuestos de resultados antijurídicos consecuentes a la agresión, la infracción militar entrará en concurso con el homicidio o lesiones del StGB, al igual que ocurre con los atentados de nuestro Código penal; solución técnica más correcta, por acorde con las exigencias de la culpabilidad, que la que se deduce de nuestro Código de Justicia Militar en esta materia.

Las concretas regulaciones son claras, y a veces minuciosas, destacando los preceptos dedicados a las insubordinaciones y, dentro de ellas, a las desobediencias, con algunas soluciones interesantes, sino acertadas, desde la óptica político criminal (vrg. arts. 20.2 y 22.3; también 28.2 y 34.2).

Dignos de estudio, por no tener exacto paralelismo en nuestro Derecho, son los artículos 31 («trato degradante») y 39 («abuso de poder disciplinario»), así como, en general, toda la sección tercera.

Bajo la rúbrica de «hechos punibles contra otros deberes militares», la sección cuarta se utiliza a modo de cajón de sastre, siendo de fácil lectura y comprensión salvo quizá el artículo 46 («uso ilícito de las armas») que peca de la vaguedad propia de las leyes penales en blanco, en una materia delicada que, aun consciente de las dificultades que ello conlleva, merece un minucioso tratamiento.

6.—La traducción que a continuación se ofrece, es fruto de un concurso heterogéneo de factores; el primero en la cadena casual fue la reflexión de quien estas líneas escribe sobre el hecho de que, si había culminado en la Alemania Federal la mencionada «gran reforma penal», no había podido ser ajena a ella la Ley Penal de 1957, que era la habitualmente manejada por gran parte de los escasos españoles curiosos, o estudiosos de las normas punitivas castrenses, merced a la traducción del Dr. Rodríguez Devesa, publicada en el número 4 de la «Revista Española de Derecho Militar»; en efecto, tras tan simple reflexión, una búsqueda elemental me descubrió el dato, la Ley de 1974; y el encuentro con el Dr. Wolfgang Schöne propició que me facilitase el texto alemán, que ofrecí a algunos de los estudiosos y curiosos a que he aludido; por ello, el Dr. Millán Garrido, siempre emprendedor, elaboró una traducción, hoy ya publicada en el número 95 de la «Revista de Derecho Público» (abril-junio 1984); con esta traducción en

mi poder, antes de su publicación gracias a su autor, coincidió la fecunda estancia, como profesor invitado, en la Universidad de Palma del Dr. Schöne y que fue aprovechada por mí, entre otros aprendizajes, para comentar el tema de la ley penal militar; la amabilidad y los conocimientos del profesor invitado dieron como resultado el que, con su trabajo y unas sesiones en las que aporté una modesta colaboración, surgiera el texto español que figura en las siguientes páginas, y para el que se ha preferido, e intentado, la traducción más literal posible.

Las notas a pie de página desparramadas a lo largo del articulado no son, gran parte de ellas, sino consecuencia de lo trabajado en aquellas sesiones y las he escrito con la única finalidad de facilitar la comprensión de las normas alemanas desde la perspectiva del lector español, para quien está pensado el comentario que antecede, con un tinte fundamentalmente de divulgación y en la esperanza de que alguno profundice en temas y problemas de los apuntados o esbozados.

APENDICE

LEY PENAL MILITAR DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

(Wehrstrafgesetz, WStG de 24 de mayo de 1974)

PRIMERA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

§ 1 *Ambito de aplicación.*

(1) Esta ley se aplica a los hechos punibles¹ cometidos por los soldados² de las fuerzas armadas federales.

(2) Asimismo se aplica a hechos punibles de los mandos militares, no soldados, que supongan infracción de sus deberes (§§ 30 a 41).

(3) De los delitos de violación de secretos privados (§ 203, párrs. 2, 4 y 5, §§ 204 y 205 StGB³), violación de secretos relativos al servicio (§ 353b, párr. 1 StGB³) y violación de secretos postales o de telecomunicación (§ 354, párr. 4 StGB³) responden también, conforme al § 48, los que han sido soldado cuando, durante el servicio militar, se les hubieran confiado dichos secretos o, de cualquier modo, hubieren tenido acceso a los mismos.

(4) Igualmente será castigado con arreglo a esta ley el que no es soldado en los casos de inducción o complicidad⁴ en hechos punibles militares, así como en los de tentativa de participación en los mismos.

1. El término «Straftat» se traduce por «hecho punible» con la intención, que es la de la dogmática alemana, de abarcar tanto las acciones como las omisiones; es, en los últimos tiempos, la versión más extendida por los penalistas españoles traductores de manuales y tratados alemanes; sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESEA en su versión de la Ley de 1957 utiliza la expresión «acto penal», aunque en nota explicativa a pie de página alude al hecho punible (ver «Revista Española de Derecho Militar», núm. 4, pág. 72).

2. Según la «Soldatengesetz», que se cita más adelante (art. 2.2 y nota correspondiente), soldado es el que presta Servicio Militar, bien voluntario, bien obligatorio, y es voz que abarca a todos los empleos y graduaciones militares; en España, y aunque la primera acepción del Diccionario de la Real Academia define al soldado como «el que sirve en la milicia», es la segunda acepción, «militar sin graduación», la que se suele utilizar, haciéndose alusión al soldado como el escalón mínimo de la clase de tropa y de marinería; incluso a veces se evita el nombre genérico (denominándose artilleros, marineros, etc.), y tampoco falta en ocasiones, en arengas y escritos de mandos militares de los máximos empleos, el que se hable del soldado, incluso en primera persona, como militar en general.

3. StGB es la abreviatura alemana de «Strafgesetzbuch» y, aún admitiendo que la postura más correcta, a efectos de traducción y máxime cuando se ha intentado en términos generales hacerla del modo más literal posible, sería utilizar la expresión Código Penal, se ha optado por aquella en base a razones de economía, dado la constante repetición, y por ser de habitual utilización no ya en la literatura jurídico penal de origen, sino en la española.

4. El artículo 26 StGB define la inducción («Anstiftung») como determinar intencionadamente a un tercero a cometer con dolo un hecho punible, castigándola con las penas previstas para el autor; cabe la atenuación respecto de éstas y

§ 1a *Hechos cometidos en el extranjero.*

(1) El Derecho penal alemán se aplica, con independencia del lugar de comisión, a los hechos previstos en esta ley que se realicen en el extranjero, cuando su autor⁵

1. es soldado o un sujeto de los indicados en el § 1, párr. 2, o
2. es alemán y tiene su base de vida en el ámbito de la aplicación espacial de esta ley⁶.

(2) El Derecho penal alemán también se aplica con independencia del lugar de comisión, a los hechos realizados por un soldado en el extranjero durante una permanencia oficial o con relación al servicio⁷.

§ 2 *Definiciones.*

A los efectos de esta ley

1.—Hecho punible militar en toda acción sancionada en la segunda parte de esta ley con una pena;

2.—Orden es toda consigna de realizar una determinada conducta dada, con la pretensión de que sea obedecida, por un superior (§ 1, párr. 4 de la Ley de Soldados⁸) a un inferior, por escrito, verbalmente o de cualquier otro modo, con carácter general o para un caso concreto;

3.—Consecuencia grave es un peligro para la seguridad de la República Federal de Alemania, para el potencial bélico de sus fuerzas armadas, para la vida o integridad física de una persona o para cosas de valor considerable que no pertenezcan al autor.

§ 3 *Aplicación del Derecho penal común.*

(1) El Derecho penal común se aplica en tanto esta Ley no determine otra cosa.

(2) A los hechos punibles realizados por soldados menores de edad o semiadultos se aplican los preceptos especiales de la Ley de Tribunales de la Juventud⁹.

según el artículo 27 para la complicidad («Beihilfe»), allí definida como ayudar intencionadamente a un tercero a cometer un hecho punible.

5. El singular «Täter» designa al autor en sentido amplio, abarcando también al inductor y al cómplice.

6. La previsión se explica por el hecho de la división de Alemania en dos Estados, la República Federal y la Democrática.

7. Se hace referencia tanto a una misión oficial como a los supuestos en que, no estando específicamente en misión, se realiza, sin embargo, algo relacionado con el servicio.

8. La «Soldatengesetz» vigente data de 1975, con una reforma en 1981, y sustituyó a la anterior legislación que procedía del año 1956; contiene un estatuto jurídico del personal de las Fuerzas Armadas; un comentario a la «Soldatengesetz» de 1956, se encuentra, de la pluma de RODRÍGUEZ DEvesa, en el número 6 de la «Revista Española de Derecho Militar», págs. 62 a 65.

9. La Ley de Tribunales de la Juventud no es equivalente a nuestra insuficiente Ley de Tribunales Tutelares de Menores; el StGB establece, en su artículo 19, la irresponsabilidad del menor de catorce años, mientras que para la juventud se contemplan diversas medidas, en dicha Ley específica, atendiendo a una división en dos grupos: los menores, de catorce a dieciocho años, y los semiadultos, de los dieciocho a los veinticuatro.

§ 4 *Hechos punibles militares contra las fuerzas armadas aliadas.*

(1) Los preceptos de esta ley se aplican también cuando un soldado del Ejército federal realiza un hecho punible militar contra las fuerzas armadas de un Estado aliado o contra alguno de sus miembros.

(2) El Tribunal puede no imponer pena cuando no lo requiera el mantenimiento de la disciplina en las fuerzas armadas federales.

§ 5 *Actuación en cumplimiento de una orden.*

(1) A un inferior que, cumpliendo órdenes recibidas, realice un hecho antijurídico que cumple el tipo de una ley penal se reputará culpable sólo cuando sea consciente de que se trata de un hecho antijurídico o que esto es evidente atendidas las circunstancias por él conocidas¹⁰.

(2) Cuando, dada la especial situación en que el inferior se encontraba al ejecutar la orden, su culpabilidad es mínima, el Tribunal puede atenuar la pena conforme al § 49, párr. 1 del StGB³ o, en caso de falta¹¹, no imponerla.

§ 6 *Miedo a un peligro personal.*

El miedo a un peligro personal no exculpa el hecho cuando el deber militar exige afrontar el riesgo.

§ 7 *Embriaguez culpable.*

(1) La embriaguez culpable no atenúa la pena prevista cuando el hecho es un hecho punible militar, y constituye una infracción del Derecho internacional de guerra o haya sido cometido durante la prestación del servicio.

(2) Se equipara a la embriaguez cualquier otra intoxicación análoga.

§ 8 *(Suprimido)*¹².

§ 9 *Arresto penal*¹³.

(1) El máximo del arresto penal es de seis meses. El mínimo de dos semanas.

10. Se trata de un supuesto de error sobre la prohibición fácilmente evitable o vencible.

11. «Vergehen» equivale a delitos leves o faltas punibles, distintas de las contravencionales, y se definen en el artículo 12.2 StGB, atendiendo al marco penal, como los hechos antijurídicos conminados con prisión de menos de un año o con multa.

12. El precepto suprimido se limitaba a enumerar las penas que podían imponerse con arreglo a esta Ley, deviniendo superfluo por la adaptación en la nueva Ley a las penas que, con carácter común, prevé el StGB; la especialidad militar se contiene en el siguiente artículo 9, cuyo contenido data del año 1957.

13. La corriente, que adquiere carta de naturaleza en el StGB a partir del año 1975, de suprimir las penas cortas de privación de libertad, por no reformativas, por costosas y, sobre todo, por criminógenas (ya en el siglo pasado RÖDER calificó a las prisiones de universidades del crimen, y mucho antes LARDIZÁBAL las describía como «escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos»); pues bien, la cristalización de tal corriente tiene su excepción en el ordenamiento jurídico de la Alemania Federal, además de en el derecho penal de jóvenes (muy criticada), en el militar, tal y como se regula en este artículo nueve, justificándose esta última en las exigencias de la vida castrense; obsérvese, no obstante, que el apartado 2 tiene coherencia con la dicha corriente (ya desde el año 1957).

(2) El arresto penal consiste en privación de libertad. Durante su cumplimiento se ayudará, en lo posible, al soldado en su formación.

(3) La ejecución del arresto penal prescribe a los dos años.

§ 10 *Multas por hechos punibles de soldados.*

No pueden ser castigados con multa los hechos punibles de los soldados cuando, en atención a las circunstancias especiales derivadas del propio hecho o la personalidad del autor, requiera el mantenimiento de la disciplina la imposición de una pena privativa de libertad.

§ 11 *Prisión sustitutiva*¹⁴.

Cuando se ha impuesto con motivo de un hecho realizado por un soldado, durante el servicio o con ocasión de él, una pena-multa de hasta ciento ochenta días, la pena privativa de libertad que la sustituye es el arresto penal. Un día de multa equivale a un día de arresto penal.

§ 12 *Arresto penal en lugar de prisión.*

Cuando, conforme al § 10 no puede imponerse una pena-multa o cuando respecto a hechos punibles realizados por soldados debe imponerse una pena privativa de libertad que con arreglo al párr. 47 StGB³ es inevitable, y además así lo requiere el mantenimiento de la disciplina, se impone arresto penal, a no ser que deba imponerse una pena privativa de libertad de más de seis meses.

§ 13 *Concurso de varios hechos punibles.*

(1) Cuando, de la aplicación de los preceptos del StGB³ resulte una pena total superior a seis meses de arresto, se impondrá en vez de arresto penal, pena de prisión. La pena total no puede exceder de dos años¹⁵.

(2) Cuando concurren penas de arresto y de prisión, la pena total se obtendrá mediante un incremento de la de prisión. No obstante, las penas de arresto y de prisión deben ser impuestas por separado cuando falten los presupuestos de la suspensión de la ejecución del arresto penal, aunque sí concurren los presupuestos para la suspensión de la pena total. En este supuesto se reducirán ambas penas, de forma que la suma no rebase el límite de duración que, en su caso, tendrá la pena total.

(3) Los párrafos 1 y 2 se aplican también cuando, conforme a los preceptos generales, una pena total tiene que formarse posteriormente.

14. «Ersatzfreiheitsstrafe» es una cadena de genitivos en la que se recoge la idea de la pena privativa de libertad que reemplaza a los días-multa impagados.

15. Así como en nuestro ordenamiento jurídico la liquidación de las diversas condenas impuestas a una persona queda prácticamente en manos de la Administración Penitenciaria (aunque hoy exista el Juez de Vigilancia), el sistema alemán, con lo que se ha traducido por pena total, establece que el Juez que conoce de un delito, al condenar, decide, en aplicación de unas normas específicas (art. 55 StGB), la pena que debe cumplir el reo que tiene otras condenas pendientes, en cumplimiento o todavía sin cumplir.

§ 14 *Suspensión condicional de la pena de prisión*¹⁶.

(1) La condena a prisión de por lo menos seis meses no podrá ser suspendida cuando el mantenimiento de la disciplina requiera su efectivo cumplimiento.

(2) En las condiciones y mandatos (§§ 56b a 56d StGB³) se tomarán en consideración las peculiaridades del servicio militar.

(3) Durante la relación de servicio militar¹⁷, puede ser nombrado un soldado como delegado-ayudante honorífico¹⁸ (§ 56d StGB³). Este soldado no estará subordinado, en la vigilancia del condenado, a las instrucciones del Tribunal.

(4) Cuando el delegado-ayudante no sea militar, de su intervención quedan excluidos, durante la permanencia en el servicio, aquellos asuntos que sean competencia de los superiores del condenado. Tienen preferencia las medidas adoptadas por el superior disciplinario.

§ 14a *Suspensión condicional del arresto penal.*

(1) El tribunal suspenderá bajo las condiciones del § 56, párr. 1.º, apart. 1 del StGB³, la ejecución del arresto penal a no ser que el mantenimiento de la disciplina obligue a la ejecución. Son de aplicación el § 56, párr. 1.º, apart. 2, párr. 4.º y los §§ 56a al 56c, 56e al 56g y 58 del StGB³.

(2) El Tribunal puede suspender la ejecución de la parte residual de un arresto penal bajo las condiciones del § 57, párr. 1 del StGB. Son de aplicación el § 57, párr. 1.º, apart. 2, párr. 4.º, y los §§ 56a al 56c, 56e a 56g del StGB³.

(3) En las condiciones y mandatos (§§ 56b y 56c StGB³) se tomarán en consideración las peculiaridades del servicio militar.

16. Es más correcto el legislador alemán titulado suspensión condicional que nuestro Código penal al rubricar la Sección 3.ª del Capítulo V del Título III del Libro I con «remisión condicional», pues lo que propiamente regula es la suspensión. La remisión como efecto de la suspensión se contempla en la Ley de 17 de marzo de 1908, sobre Condena Condicional, expresión esta última que sí abarca los dos momentos.

17. Se incluyen otros supuestos previos al efectivo cumplimiento del Servicio Militar (vrg. automutilación para eximirse de éste).

18. Este delegado ayudante tiene como misiones ayudar y asistir al condenado, así como vigilar que cumpla las condiciones y mandatos, admitiendo el 56 de StGB que el desempeño de la función lo sea como trabajo profesional o a título honorífico; el soldado que prevé la Ley Penal Militar lo es a cargo de honor, o sea, no retribuido.

SEGUNDA PARTE

HECHOS PUNIBLES MILITARES

SECCIÓN PRIMERA

Hechos punibles contra el deber de prestar el servicio militar

§ 15 *Ausencia por decisión propia.*

(1) El que por decisión propia abandone su unidad o destino o permanezca alejado de ellos y dolosamente o por imprudencia esté ausente más de tres días naturales, será castigado con hasta tres años de prisión.

(2) Con la misma pena será castigado quien, alejado de su unidad o destino fuera del ámbito espacial de validez de esta ley, dolosamente o por imprudencia omita presentarse, en el plazo de tres días naturales, a ellos o a otra unidad o dependencia de las fuerzas armadas federales o ante una autoridad de la República Federal de Alemania.

§ 16 *Deserción.*

(1) El que por decisión propia abandone su unidad o destino o permanezca alejado de ellos para sustraerse al servicio militar permanentemente, o por el tiempo de una intervención armada o para lograr el final anticipado de la relación de servicio, será castigado con hasta cinco años de prisión.

(2) La tentativa es punible.

(3) Cuando el autor se presente en el plazo de un mes, asumiendo su obligación de prestar el servicio militar, la pena será de hasta tres años de prisión.

(4) Los preceptos sobre tentativa de participación conforme al § 30, párr. 1 del StGB³, se aplican a los hechos punibles previstos en el párrafo 1.

§ 17 *Automutilación.*

(1) El que, mediante mutilación o de otro modo, se inutiliza para el servicio o inutiliza, con su consentimiento, a otro soldado, así como el que permite su inutilización, será castigado con la pena de hasta cinco años de prisión. Ello es aplicable también para el caso de que sólo se produzca una inutilización temporal o parcial.

(2) La tentativa es punible.

§ 18 *Elusión del servicio militar mediante engaño.*

(1) El que se sustrae a sí mismo o sustrae a otro soldado al servicio militar, de modo parcial o total, temporal o permanentemente, mediante maquinaciones engañosas y tendentes a formar creencia errónea, será castigado con la pena de hasta cinco años de prisión.

(2) La tentativa es punible.

SECCIÓN SEGUNDA

Hechos punibles contra los deberes de los subordinados§ 19 *Desobediencia.*

(1) El que no cumple una orden, y por ello causare, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, núm. 3), será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

(2) La tentativa es punible.

(3) En casos especialmente graves la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Por lo general un caso especialmente grave¹⁹ se da cuando el autor causare,

1.—al menos por imprudencia, un riesgo de grave perjuicio para la seguridad de la República Federal de Alemania o, para el potencial bélico de sus fuerzas armadas, o

2.—por imprudencia, la muerte o una lesión grave de otro (§ 224 StGB).

(4) Los preceptos sobre tentativa de participación conforme al § 30, párr. 1, del StGB se aplican a los actos penales previstos en el párrafo 1.

§ 20 *Negativa a obedecer*

(1) Será castigado con la pena de hasta tres años de prisión:

1.—quien rehúse cumplir una orden, manifestándose contra ella de palabra o de hecho, o

2.—quien persista en desobedecer una orden después de haberle sido reiterada.

(2) En el supuesto del número 1 del párrafo anterior el Tribunal puede no imponer pena a quien, habiendo desobedecido una orden que no tenía que ser inmediatamente ejecutada, la cumple luego, a tiempo y de modo espontáneo.

§ 21 *Incumplimiento de una orden por imprudencia grave*²⁰.

El que por imprudencia grave no cumple una orden y causare con ello, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, núm. 3) será castigado con la pena de hasta dos años de prisión.

§ 22 *Obligatoriedad de la orden: error.*

(1) En los supuestos previstos en los §§ 19 a 21, la conducta del inferior no es antijurídica cuando la orden no es obligatoria, especialmente si no ha sido dada con fines relativos al servicio, lesiona la dignidad del individuo o si su cumplimiento comportaría la comisión de un hecho punible. Ello es aplicable también en el supuesto de que el inferior crea erróneamente que la orden es obligatoria.

19. «In der Regel» equivale a generalmente o, como se ha traducido, «por lo general», aludiéndose con tal expresión a supuestos con presunción «iuris tantum» de gravedad, y que pueden ser no apreciados por el Juez si razona en contra.

20. El legislador alemán utiliza los términos «Fahrlässig» y «Leichtfertig» para referirse, respectivamente, a la imprudencia y a la imprudencia grave.

(2) No es punible conforme con los §§ 19 a 21 el inferior si incumple la orden por creer erróneamente que su ejecución comportaría un hecho punible, siempre que el error no sea vencible.

(3) Tampoco es punible conforme con los §§ 19 a 21 el inferior si incumple la orden al creer erróneamente que, por algún motivo distinto al señalado en el párrafo anterior, ella no es obligatoria siempre que el error no sea vencible y que, de acuerdo con las circunstancias conocidas por él, no le sea exigible defenderse con recursos legales contra la orden supuestamente no obligatoria; si le era exigible, el Tribunal puede, de acuerdo con los §§ 19 a 21, renunciar a imponer un castigo.

§ 23 *Amenazas a un superior.*

El que durante el servicio o con ocasión de un acto de servicio amenace a un superior con la comisión de un hecho punible será castigado con hasta tres años de prisión.

§ 24 *Coacciones a un superior*

(1) El que, con violencia o intimidación, pretenda obligar a un superior a realizar u omitir un acto de servicio, será castigado con la pena de tres meses a tres años de prisión.

(2) La misma pena se impondrá a quien realice el acto previsto en el párrafo anterior contra un soldado a quien le ha sido ordenado auxiliar a su superior.

(3) En los casos menos graves, la pena será de hasta dos años de prisión.

(4) En los casos especialmente graves, la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Un supuesto de especial gravedad se da por lo general¹⁹ cuando el autor causa con su hecho una consecuencia grave (§ 2, núm. 3).

§ 25 *Agresión de obra a superior.*

(1) El que emprenda una agresión de obra a superior será castigado con la pena de tres meses a tres años de prisión.

(2) En los casos menos graves, la pena será de hasta dos años de prisión.

(3) En los casos especialmente graves, la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Un supuesto de especial gravedad se da por lo general¹⁹ cuando el autor causa con su hecho una consecuencia grave (§ 2, núm. 3).

§ 26 *(Suprimido)*²¹.

§ 27 *Motín.*

(1) Cuando soldados se amotinan y, uniendo sus fuerzas, se niegan a obedecer (§ 20), amenazan a sus superiores (§ 23), les coaccionan (§ 24) o les agre-

21. Contenia una atenuación específica (posibilidad de reducir la pena al mínimo legal) para el caso de previo tratamiento antirreglamentario del superior que produjera consecuentemente una excitación en el inferior. La regla parecía superflua ya que a la postre es un problema de grado de culpabilidad a medir en los criterios generales del StGB.

den de obra (§ 25), cada uno de los participantes en el motín será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión.

(2) La tentativa es punible.

(3) En los casos especiales graves la pena será de uno a diez años de prisión. Un supuesto de especial gravedad es por lo general¹⁹ el del cabecilla, así como cuando el hecho causa consecuencias graves (§ 2, núm. 3).

(4) El que habiendo participado en el motín, se reintegre espontáneamente al orden antes de que se haya cometido alguno de los delitos señalados en el párrafo 1, será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

§ 28 *Conspiración para insubordinarse.*

(1) Cuando soldados se conciertan para cometer en común un delito de desobediencia (§ 20), amenazas a superior (§ 23), coacciones (§ 24), agresión de obra (§ 25) o motín (§ 27), serán castigados conforme a los preceptos que se aplican al delito consumado. En los casos del § 27, las penas podrán ser atenuadas conforme al § 49, párr. 1 del StGB³.

(2) No se castiga según el párrafo anterior el que, tras la conspiración, evite voluntariamente el hecho. Cuando éste no tenga lugar sin una intervención suya o si se realiza independientemente de su comportamiento anterior, es suficiente el esfuerzo voluntario y serio del autor por impedir el hecho.

§ 29 *Hechos cometidos contra soldados con graduación superior.*

(1) Los §§ 23 a 28 serán de aplicación cuando el hecho se cometa contra un soldado que, al tiempo de ejecutarlo, no sea superior del otro, pero:

1.—sea oficial o suboficial y tenga una graduación superior a la del autor, o

2.—sea superior de éste en el servicio y el autor o el otro se encuentren durante el servicio o el hecho tiene relación con un acto de servicio.

(2) En los casos previstos en el párrafo 1, núm. 1, no es de aplicación el § 4.

SECCIÓN TERCERA

Hechos punibles contra los deberes de los superiores

§ 30 *Malos tratos.*

(1) El que maltrate corporalmente a un inferior o le cause un perjuicio en su salud, será castigado con la pena de tres meses a cinco años de prisión.

(2) Con la misma pena será castigado el que promueva o, faltando a su deber, tolere que un inferior ejecute el hecho contra otro soldado.

(3) En los casos menos graves, la pena será de hasta tres años de prisión.

(4) En los casos especialmente graves, la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Un supuesto de especial gravedad por lo general¹⁹ se da cuando el autor reitera insistentemente su comportamiento.

§ 31 *Trato degradante.*

(1) El que trate de modo humillante a un inferior o, maliciosamente, le haga más penoso el servicio, será castigado con la pena de hasta cinco años de prisión.

(2) Con la misma pena será castigado el que promueva o, faltando a su deber, tolere que un inferior ejecute el hecho con otro soldado.

(3) En los casos especialmente graves la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Un supuesto de especial gravedad por lo general se da cuando el autor reitera insistentemente su comportamiento.

§ 32 *Abuso de facultades de mando con fines ilícitos.*

El que, frente a un inferior, abusa de su facultad de mando o de su posición en el servicio para formular órdenes, pretensiones o exigencias que no estén en relación con el servicio o sean contrarias a los fines de éste, será castigado con hasta dos años de prisión, siempre que el hecho no sea amenazado, de acuerdo con otros preceptos, con una pena más grave.

§ 33 *Inducir a un acto antijurídico.*

El que, abusando de su facultad de mando o de su posición en el servicio, determine a un inferior a cometer un hecho antijurídico que cumple el tipo de una ley penal, será castigado con arreglo a los preceptos que se aplican para la comisión del hecho. La pena puede elevarse hasta el doble de la pena máxima allí prevista aunque no puede sobrepasar el máximo legal correspondiente a la clase de pena conminada.

§ 34 *Inducir sin resultado a un acto antijurídico.*

(1) El que, abusando de su facultad de mando o de su posición en el servicio intente determinar a un inferior a cometer un hecho antijurídico que cumple el tipo de una ley penal o a inducirle a ello, será castigado con arreglo a los preceptos que se aplican para la comisión del hecho. No obstante, la pena puede ser atenuada conforme al § 49, párr. 1, del StGB.

(2) No se castigará según el párrafo anterior al que espontáneamente cese en el intento de determinar al inferior y evite el peligro de que el inferior cometa el hecho. Cuando éste no tenga lugar sin una intervención suya o si se realiza independientemente de su comportamiento anterior, es suficiente el esfuerzo voluntario y serio del autor por impedir el hecho.

§ 35 *No dar curso a reclamaciones.*

(1) El que, valiéndose de órdenes, amenazas, promesas, dádivas o algún otro medio contrario al deber, impide a un inferior presentar peticiones, informes o reclamaciones ante el Parlamento de la República Federal de Alemania o de uno de sus Estados Federados, el Comisario militar del Parlamento Federal, una dependencia militar o un superior, formular denuncias o hacer uso de un recurso, será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

(2) En la misma pena incurrirá el que oculte una instancia que está obligado por su cargo a examinar o dar curso.

(3) La tentativa es punible.

§ 36 *Hechos cometidos por soldados con graduación superior.*

(1) Los §§ 30 al 35 serán de aplicación cuando el hecho se cometa por un soldado que, al tiempo de ejecutarlo, no sea superior al otro, pero:

- 1.—sea Oficial o Suboficial y tenga una graduación superior al otro, o
- 2.—sea su superior en el servicio y abusa de su posición en el servicio²².

(2) En los casos previstos en el párrfo 1, núm. 1, no es de aplicación el § 4.

§ 37 *Influencia en la Administración de Justicia.*

El que, abusando de su facultad de mando o de su posición en el servicio, intente ejercer una influencia ilegal sobre soldados que actúen como órganos de la Administración de Justicia, será castigado con hasta cinco años de prisión, siempre que el hecho no sea amenazado, de acuerdo con otros preceptos, con una pena más grave.

§ 38 *Usurpación de facultades.*

El que se atribuya facultades de mando o poder disciplinario que no le corresponda o se exceda en su ejercicio, será castigado con la pena de hasta dos años de prisión, siempre que el hecho no esté conminado en el § 39.

§ 39 *Abuso del poder disciplinario.*

El superior disciplinario que intencionadamente o a sabiendas

1.—procede en vía disciplinaria contra un inferior, que según la ley no debe ser procesado en vía disciplinaria, o procure que se proceda en tal vía.

2.—imponga, en perjuicio del inferior, una medida disciplinaria distinta en clase o extensión a la prevista en la ley, o que imponga una medida disciplinaria, que no le es permitido imponer, o

3.—corrija una falta disciplinaria con una medida prohibida, será castigado con la pena de hasta cinco años de prisión.

§ 40 *Omisión de cooperar en el procedimiento penal.*

El que, contra su deber como superior, omita:

1.—dar parte o investigar la sospecha de que un inferior ha cometido un hecho antijurídico, que cumple el tipo de una ley penal, o

2.—entregar tal cosa a las autoridades encargadas del procedimiento penal, para sustraer al inferior de la pena o medida prevista en la ley (§ 11, párr. 1, núm. 8 StGB), será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

§ 41 *Vigilancia defectuosa del servicio.*

(1) El que omita vigilar o hacer vigilar debidamente a sus inferiores y con ello produce, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, núm. 3), será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

(2) La tentativa es punible.

(3) El que infrinja por imprudencia grave su deber de vigilancia y con ello causare, al menos imprudentemente, una consecuencia grave, será castigado con la pena de hasta seis meses de prisión.

22. Es algo más que facultad de mando, pues abarca a no militares.

(4) Los párrafos 1 al 3 no serán aplicables cuando el hecho no esté amenazado, de acuerdo con otros preceptos, con una pena más grave.

SECCIÓN CUARTA

Hechos punibles contra otros deberes militares

§ 42 *Información falsa relativa al servicio.*

(1) El que

1.—haga constar en un parte o informe oficial datos contrarios a la verdad sobre hechos de importancia para el servicio,

2.—transmita un informe de este tipo sin rectificarlo con arreglo a su deber, o

3.—comunique un parte oficial incorrectamente, y, con ello, al menos por imprudencia, causare una consecuencia grave (§ 2, núm. 3), será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

(2) La tentativa es punible.

(3) El que, en el caso del párrafo 1, actúe por imprudencia grave y causare, al menos por imprudencia²⁰, una consecuencia grave, será castigado con la pena de hasta un año de prisión.

§ 43 *Omisión de informar.*

(1) El que, teniendo noticias dignas de crédito, sobre el intento o la ejecución de un motín (§ 27) o de un sabotaje (§ 109e, párr. 1, StGB) a tiempo de poder evitar todavía la ejecución o sus efectos, omita dar parte de inmediato, será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

(2) Será de aplicación, en su caso, el § 139 del StGB.

§ 44 *Abandono de la guardia.*

(1) El que, en acto de servicio de guardia,

1.—como superior de la guardia, omita controlarla debidamente,

2.—abandone, en contra de su deber, el puesto o se aparte del itinerario marcado, o

3.—se coloque en estado de no poder prestar su servicio, será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

(2) Con la misma pena será castigado el que, en el servicio de guardia en casos distintos a los previstos en el párrafo 1, incumpla las órdenes que rigen para el servicio de guardia y con ello causare, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, núm. 3).

(3) La tentativa es punible.

(4) En los casos especialmente graves, la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Será de aplicación, en su caso, el § 19, párr. 3, apartado 2.

(5) El que, en los supuestos de los párrafos 1 y 2, actúe por imprudencia, causando con ello, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, núm. 3), será castigado con la pena de hasta dos años de prisión.

(6) Cuando se incumple una orden (párr. 2) serán de aplicación, en su caso, el § 22 y las normas sobre la tentativa de participación del § 30, párr. 1, del StGB³.

§ 45 *Infracción de un deber durante misiones especiales.*

Será castigado también con arreglo al § 44, párr. 1 y 3 al 6 también el que, como jefe de un comando o un destacamento que tiene que realizar independientemente una misión especial, y ha sido advertido de su superior responsabilidad.

- 1.—se coloque en estado de no poder desempeñar su misión como debe,
 - 2.—abandone su puesto, o
 - 3.—incumpla las órdenes dadas para el cumplimiento de la misión,
- y, con ello, al menos por imprudencia, causare una consecuencia grave (§ 2, núm. 3).

§ 46 *Uso ilícito de las armas.*

El que haga un uso ilícito de las armas será castigado con la pena de hasta un año de prisión, cuando el hecho no esté amenazado, de acuerdo con otros preceptos, con una pena más grave.

§ 47 *(Suprimido)*²³.

§ 48 *Infracción de otros deberes relativos al servicio.*

- (1) Respecto a la aplicación de los preceptos del StGB³ sobre
- liberación de presos (§ 120, párr. 2),
 - lesión de la palabra confidencial (§ 201, párr. 3),
 - violación de secretos privados (§ 203, párrs. 2, 4, 5; §§ 204, 205),
 - cohecho y prevaricación (§§ 331, 332 y 335),
 - lesiones cometidas en el ejercicio de la función (§ 340),
 - extorsión de testimonios (§ 343),
 - ejecución penal indebida (§ 345),
 - falsificación documental pública en el ejercicio de la función (§ 348),
 - violación de secretos relativos al servicio (§ 353b, párr. 1),
 - violación de secretos postales y telegráficos (§ 354, párr. 4),
- se equiparan los Oficiales y Suboficiales a los funcionarios públicos y su servicio militar a la función pública.

(2) Para la aplicación de los preceptos del StGB³ sobre liberación de presos (§ 120, párr. 2), prevaricación (§§ 332 y 335), falsificación documental pública en el ejercicio de la función (§ 348) y violación de secretos relativos al servicio (§ 353b, párr. 1), se equiparan también los individuos de tropa a los funcionarios públicos y su servicio militar a la función pública.

23. El precepto suprimido contenía una regulación específica del homicidio o lesiones, por imprudencia, durante el servicio, remitiendo a las penas del StGB con las variaciones que se expresaban.

SECCION LEGISLATIVA

SUMARIO (*): 1. *Proyectos de Ley*: Orgánica de Código penal militar. Orgánica de modificación del Código penal en correlación con el Código penal militar.—2. *Proposiciones de Ley*: de modificación del artículo 204 bis del Código penal (**).

PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL MILITAR.
(«B. O. C.» de 12 de noviembre de 1984, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 123-I).

EXPOSICION DE MOTIVOS

No se trata, aquí y ahora, de una reforma parcial de las leyes penales militares —que se hizo mediante la Ley 9/1980—, sino de la elaboración de un nuevo Código que refleje debidamente los principios constitucionales, el de especialidad de la Jurisdicción militar y los progresos ofrecidos, tanto por la moderna ciencia jurídica penal como por el derecho comparado de familias jurídicas afines, pertenecientes a nuestro ámbito cultural; y esto último, no por novedad o mimetismo, sino por lógicos imperativos de mejora y aun de una deseable coordinación de estructuras jurídicas, paralela o congruente con la coordinación de otras estructuras militares nacionales, nacida de alianzas o acciones combinadas.

De considerable manera se abandona, por tanto, una legislación cuyas paredes maestras se construyeron hace un siglo, que no han recogido enseñanzas de muchas guerras, ni de los ordenamientos jurídico-penales castrenses de los demás países, la mayor parte de los cuales son posteriores a 1945, contienen un breve elenco de materias y son de técnica más depurada y simple, amén de obedecer a políticas criminales diversas. Pero esto no quiere decir que haya que hacer tabla rasa de unas leyes que han resuelto satisfactoriamente muchas situaciones y cubierto durante tanto tiempo un peculiar

(*) Esta sección ha sido preparada por Francisco Javier Alvarez García, profesor de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

(**) Noticia de otras leyes y proyectos: a) *Disposiciones*: Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil («BOE», núm. 22, de 25 de enero de 1985); RD 106/1985, de 23 de enero, por el que se modifican las condiciones generales que establece el Código Alimentario Español para los materiales de uso doméstico no en contacto con los alimentos («BOE», núm. 27, de 31 de enero 1985). b) *Proyectos*: De Ley Orgánica sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas («BOC» de 28 de enero 1985, Serie A, núm. 131-I); De Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España («BOC» de 28 de enero 1985, Serie A, núm. 132-I). c) *Proposiciones*: De Ley por la que se regulan los deberes y derechos políticos de los militares y se confiere rango de Ley Orgánica a las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas («BOC» de 1 de marzo 1985, serie B, núm. 94-I).

espacio jurídico. En definitiva, se pretende disponer de unas leyes penales culpabilistas, acordes con los principios que se fijan en los primeros artículos del proyecto, despojadas de compañías disciplinarias o administrativas que les son ajenas.

Toca ya dar cuenta pormenorizada de las principales innovaciones y aspectos del Proyecto de Código Penal militar que se ofrece:

I. De técnica legislativa

A) La promulgación separada de las leyes penales, las procesales y las orgánicas de Tribunales, no es técnica solamente propia de la legislación común, sino que, en la esfera militar, se entronca con la presentación, también separada precisamente en nuestros mejores Códigos penales castrenses —el del Ejército de 1884 y el de la Marina de Guerra de 1888—, que dejan aparte las materias de organización y procedimiento para limitar su contenido al Derecho penal material. Y, en términos generales, puede constatarse que sucede igual en el extranjero, con las leyes penales militares de los países anglosajones, germánicos, soviéticos (que aunque las ofrezcan junto a las comunes, están en distintos cuerpos legales que las procesales y orgánicas) y aún otros latinos de Hispanoamérica y de Europa, tales como los Códigos modernos de Brasil, Italia y Portugal, y las reformas de Alemania, Suiza y Bélgica, solamente consagrados a la pena militar.

Se abandona así un sistema que de hecho propicia lo que podría llamarse un «Código-vademécum», donde, por acarreo histórico infrecuentemente depurado, las principales leyes usadas por el aplicador del Derecho aparezcan mezcladas con abundantes materiales ajenos a la Justicia militar. Y se abandona no sólo para diferenciar contenidos heterogéneos, sino porque la proliferación y dispersión, a lo largo del ordenamiento jurídico nacional, de las leyes mediata o inmediatamente aplicables y la creciente tecnificación que su manejo requiere, hacen inadecuada la presentación confusa e insuficientemente compendiada de cuestiones —algunas puramente reglamentarias— que responden a naturalezas y principios distintos y que, al contener algunas vigencias netamente circunstanciales, aconseja la articulación separada de esos tres cuerpos de leyes, lo que permite además una más fácil puesta al día de la normativa cambiante.

Por todo ello, en este Proyecto, las leyes penales militares se codifican sin compañía que les sea ajena.

B) Otra cuestión de técnica legislativa que se mueve en la misma línea de separación de lo que es heterogéneo y de simplificación del contenido de las leyes penales militares es, siguiendo lo dispuesto en la Disposición final segunda de la Ley 9/80, radiar de aquéllas toda materia disciplinaria, que por carecer de naturaleza delictiva y no caer dentro del campo jurisdiccional de los Tribunales militares, tiene su adecuado lugar en una nueva Ley Disciplinaria que se promulgará separadamente, ofreciendo un ancho e interesante contenido, de eficacia mayor y más inmediata para el mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas.

Se ha extremado el cuidado en la separación de contenidos y jurisdicciones, especialmente con la decisión de suprimir las faltas graves de naturaleza

judicial, transformando buena parte de ellas en delitos menores y ofreciendo en éstos y en todos los supuestos dejados en el campo penal, las garantías de defensa y vías de recurso propias de las infracciones delictivas, de que se carece para las dichas faltas en el sistema hasta ahora vigente en España. Pero se es consciente de que, para la distinción del ilícito penal y del disciplinario, no hay notas internas diferenciales, debiendo desde luego despenalizarse las infracciones en las que la desvalorización ética es mínima y atenderse para la ubicación de delitos o faltas en uno u otro campo, a criterios de la mayor o menor gravedad de los mismos o a las necesidades de una pronta represión, prevaleciendo en definitiva un criterio formal que deja exclusivamente los delitos dentro del Derecho penal militar, excluyendo las faltas militares que van a parar a un nuevo y cuidado derecho disciplinario castrense.

C) Teniendo las leyes penales militares el carácter de leyes penales especiales respecto de las comprendidas en el Código Penal común, se ha planteado otro problema de técnica legislativa: el de presentarlas como Código integral, es decir, como cuerpo de leyes que regule toda la materia penal necesaria en la esfera judicial castrense, a cuyo efecto se incorporarían al mismo todos aquellos preceptos comunes requeridos para la completa configuración y tratamiento de los delitos militares, o bien elaborar un Código Penal castrense limitado a consignar aquellos particularismos que le son propios y necesarios, especialmente las figuras delictivas que describan conductas atentatorias a los bienes jurídicos que ha de defender, remitiéndose para el resto, singularmente en las disposiciones generales, a los preceptos del Código Penal común que, en cuanto no contradigan lo dispuesto en el militar, completan éste sin acudir a duplicidades innecesarias o a crear diferencias generadoras de serios problemas de interpretación o aplicación. Se trata, en suma, de optar por el sistema de copia o el de referencia.

La doctrina y las legislaciones posteriores a la II Guerra Mundial abandonan la técnica del Código integral, y aun cabe decir que el Código de Justicia Militar de 1945 sólo la siguió parcialmente, sin duda por pensar todos que, siendo los mismos principios fundamentales los que rigen en ambas esferas penales, una deseable simplificación y economía de artículos no supondría para la Jurisdicción castrense una reducción del arsenal de preceptos que necesita, pues el ordenamiento jurídico-penal del país los pone a su disposición y su uso es sencillo para el jurista, que es quien, lógicamente, ha de manejarlos.

D) Tampoco se han podido lograr reducciones sustanciales en la extensión del Código, articulando un proyecto breve, como es uso actual de los Códigos penales militares modernos, que apenas sobrepasan los cien artículos, porque se han regulado con mayor amplitud los delitos contra las leyes y usos de la guerra, contra la Hacienda en el ámbito militar y sobre todo los concernientes a los deberes del servicio relacionados con la navegación militar aeronaval. Cual se viene haciendo en leyes recientes para mayor claridad y acercamiento al destinatario de la Ley penal, se ha hecho preceder cada artículo de un epígrafe que supone una primera aproximación a los tipos y materias en él contenidos, pero nunca una alteración de sus términos ni del sentido que sólo en ellos reside.

E) Ante el temor de llegar a una excesiva dispersión de preceptos, no se ha seguido la pauta de algunos países que, a través de Títulos o aun de Códigos distintos, agrupan separadamente las normas penales propias de tiempos de paz de las que responden a tiempos de guerra, en las que la necesidad impone preponderancias sobre valores o bienes jurídicos vigentes en circunstancias normales. Por ello se ha colocado, en su caso, junto a las respectivas figuras delictivas propias del tiempo de paz las descripciones o variantes para el tiempo de guerra.

F) El libro correspondiente a las Disposiciones Generales se halla separado del destinado a los delitos militares en particular, que se agrupan con sistemática y ubicación diferente a las que ofrece el Código de Justicia Militar de 1945, sin que se entre aquí, sino a lo sumo en la explicación de los respectivos Títulos y Capítulos, a pormenorizar las razones de los cambios, dejando sólo constancia de que se ha tenido especial cuidado en proteger sólo bienes jurídicos militares afectantes a las Fuerzas Armadas y en los que la participación como sujeto activo del militar es circunstancia principal, aunque no se excluya alguna excepcional participación de reos no militares.

II. *De política criminal*

A) Por imperativos constitucionales, la pena de muerte sólo se prevé para tiempos de guerra. No se establece, además, en ningún caso, como pena única sino alternativa. Se simplifican y reducen las clases de penas y se suprime, finalmente, el destino a Cuerpo de Disciplina que, aun regulándolo en forma que respetase los principios constitucionales, no responde hoy a los criterios dominantes de penología, ni a un sistema penitenciario acorde con los postulados de política criminal que se mantienen.

B) La prevención general coexiste con la especial, pero la domina sobre todo en tiempos de guerra, ante la necesidad de un pronto y ejemplar castigo, sin que la brevedad del tiempo que el soldado suele permanecer en filas permita dar ancha cabida a los fines de corrección o reinserción en la vida social, que caen fuera del quehacer castrense, ni tampoco, de acuerdo con los condicionamientos imperantes en la esfera militar y a los que el Código ha de responder, hacerse eco de fórmulas mitigadoras de los males de las penas cortas privativas de libertad, imponibles a los militares sancionados por delitos militares, a quienes no se aplica la suspensión condicional de la condena.

C) La nota de severidad, tradicionalmente atribuida a las leyes penales militares, no está tanto en la cuantía de las penas como en la incriminación especial y aun rigurosa de actos que, desde una óptica común, pueden parecer no muy trascendentales (pequeñas negligencias o ignorancias de deberes técnicos, exigencias en la prestación del servicio de centinela, etc.). No obstante, se ha procedido a una considerable suavización y flexibilidad de las penas de privación de libertad, manteniendo un amplio arbitrio para su graduación, bien que se exija razonar en la sentencia la individualización penal que se haga, a fin de garantizar en la casación su correcto uso.

D) Se ha juzgado conveniente incrementar las provisiones legislativas en las siguientes áreas, destinándoles Títulos más amplios y autónomos: la de

las leyes y usos de la guerra, en atención a Convenciones internacionales suscritas por España y a la reciente incidencia de lo internacional en las leyes penales militares, ya que se plantean cuestiones comunes a los Ejércitos de todas las naciones lo que, ante eventuales alianzas, aconseja estructuras punitivas aproximadas o coordinables; la de los delitos cometidos por infracción de normas del servicio de navegación militar aérea o naval que, provenientes o no del antiguo Código Penal de la Marina de Guerra, convenga plasmar amplia y ordenadamente; y la de los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar, que requieren más explícitas y minuciosas tipificaciones, encaminadas a una mejor defensa de los intereses económicos del Estado.

III. Disposiciones generales

A) En el pórtico del Código Penal militar se hace figurar el principio de legalidad, como piedra angular del derecho penal de nuestro tiempo y también de las leyes penales militares españolas que, al definir el delito militar, siempre han puesto el acento en que hechos que se reputen delictivos estén penados por la ley penal militar.

A este carácter, consustancial con las leyes penales militares, no se oponen las dos distintas y aun contrapuestas variantes al rigor con que los Códigos penales tratan de aprisionar la realidad criminológica.

Por un lado, están las ordenanzas de necesidad o de «adaptabilidad de la legislación militar a las exigencias de la situación», que constituyen los Bandos dictados por las Autoridades Militares, que no suponen una incursión del Ejecutivo en la esfera del Legislativo, sino que, representan una potestad extraordinaria que, en tiempos de guerra o en estado de sitio y en función de los mismos, el Parlamento delega expresamente, constituyendo una clara fuente del derecho penal militar que, presupuesta la delegación del Legislativo, en nada choca con el principio de legalidad. Obvio es que, si el Parlamento no da esta autorización, no existirá sino un delictivo acto de fuerza cobijado bajo la etiqueta de Bando u otra que falazmente se quiera emplear. Con las exigencias de que los Bandos se atengan a la Constitución, no establezcan penas nuevas y obedezcan a los principios de culpabilidad, igual e irretroactividad, que se citan en el artículo 1.º, se constriñe suficientemente la «vis» cuando trata de sustituir al «ius».

Con signo contrario y naturaleza distinta, está, por otro lado, la tradicional autorización a los Tribunales para que puedan acudir al Gobierno con propuestas de indulto, cuando de la rigurosa aplicación de la Ley resultaren injustos excesos, atendidos el mal causado y la culpabilidad del condenado.

B) Otro principio actual y básico que ha de caracterizar al Código proyectado, es el de culpabilidad, radiando de las leyes penales militares preceptos como los de los artículos 363 y 338 del Código vigente, al igual que ya lo fue por la Ley Orgánica 9/1980, el párrafo 2.º del 296. Las acciones u omisiones para que sean constitutivas de delito, además de ser típicamente antijurídicas han de ser culpables, a título de dolo o culpa, tal como se exigirá al definir el delito militar.

C) Los principios de igualdad y de retroactividad de la ley penal más favorable se establecen en los términos consagrados por el Derecho penal, y así-

mismo los de especialidad y separación de la esfera disciplinaria, en los términos ya explicitados al hablar de las cuestiones de técnica legislativa. Todos se traen aquí, para reafirmar la identidad esencial con los que gobiernan las leyes penales comunes, de las que las militares se consideran especiales, más que por su naturaleza, por las necesidades a que responden.

Finalmente, en el Título Primero, se agrupan y reordenan diversas definiciones de conceptos básicos, frecuentemente empleados a lo largo del Código para facilitar su inteligencia; finalidad ésta a la que deben entenderse limitadas tales definiciones, algunas traídas de otras leyes que también las contienen con el mismo propósito.

D) Siguiendo la tradición —no siempre aceptada— de definir en los Códigos el delito militar, se persigue con la definición que ahora se hace figurar en el proyecto, una doble finalidad: de un lado, dejar zanjado el reproche de que, al omitir, como lo hace el artículo 181 del Código de 1945, el empleo de la palabra «voluntaria», se da amplia cabida en las leyes penales militares a una base de responsabilidad objetiva, que no exige siempre la presencia en el reo de una voluntad antijurídica; y de otra, afirmando la exigencia de una culpabilidad del autor, asentarla sobre los tradicionales supuestos de intención o imprudencia, de dolo o culpa, sin la presencia de una de cuyas manifestaciones de voluntad no hay delito militar posible, como no hay delito común punible. Cierto que la más inequívoca forma de definirlo sería la vía formal de caracterizar la sustancia delictiva simplemente por el mero hecho de alojarla en la ley penal; pero se ha querido situar nuestras leyes dentro de un derecho penal culpabilista, aunque sin adentrarse en especificaciones sobre el sentido o límites de aquéllas, que son mejores de ver al contemplar el catálogo de infracciones recogidas, básicamente girando en torno a la disciplina, los deberes del servicio y la tutela penal de los valores asignados o inherentes a la naturaleza y fines de las Fuerzas Armadas.

La amplia incriminación de conductas constitutivas de delito militar que se hace en el Libro II se centra especialmente en los «delitos exclusiva o propiamente militares» (en los que el militar quebranta un deber inherente a la profesión de las armas, sin perjuicio de que también puedan ser responsabilizadas por ellos los no militares, por la vía indirecta de la participación de «stranei»). Pero se extiende, también excepcionalmente, a reducidos casos afectantes al servicio y a los intereses del Ejército —sin salirse de lo estrictamente castrense—, en que los paisanos pueden ser sujetos activos directos de un ataque a la Institución Armada, como igualmente se da tal extensión con los delitos pluriofensivos, donde el delito es originariamente común, pero al cometerlo el militar, se daña preferentemente al Ejército además de al bien jurídico tutelado por la legislación ordinaria, por lo que la incriminación lo hará delito militar, formal y materialmente.

E) Abandonando los criterios de repetitividad y pretensión de mejora a que se aplica el Código de 1945, respecto de los textos penales comunes atinentes a las causas de exención de responsabilidad criminal, se opta aquí, en base principal al principio de especialidad de las leyes castrenses, por la fórmula de reenvío al Código Penal común, salvo que los supuestos en que las exigencias de la vida militar obligan inexorablemente a un planteamiento distinto: el miedo y la obediencia.

Se ha entendido que en las causas de inimputabilidad no hay serios particularismos que la esfera militar pueda ofrecer respecto de su concepto y alcance, porque, o se tiene capacidad para conocer y querer o no se tiene, y con que nos diga el Código Penal ordinario quiénes la tienen y quiénes no la tienen debe bastar. Menos claro parece ser lo tocante a la embriaguez o intoxicaciones, que si determinan pérdida total de las facultades psíquicas, podría reconducirse al trastorno mental transitorio, y si no fueran completas jugarían como atenuantes, aunque con las grandes limitaciones derivadas de los rígidos criterios preexistentes para el tratamiento de esas circunstancias, constitutivas también de autónomas infracciones sancionables en vía disciplinaria.

En lo tocante a las causas de justificación, en la formulación de la legítima defensa tienen holgada cabida las exigencias de la vida militar, sin que afecte al problema de la configuración de la eximente el supuesto que para el superior se ofrece a veces en la esfera castrense de si ante la agresión ilegítima del inferior, prima el derecho a defenderse, repeliéndola en el ámbito de la legítima defensa, o por el contrario, prevalece el deber de mantener la disciplina, reprimiéndola conforme a derecho y amparándose entonces de las consecuencias de su acción, en la eximente de haber obrado en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que asimismo ampararía, con una interpretación adecuada, lo que la legislación italiana llama «casos particulares de necesidad militar». En todo caso, la formulación amplía que las leyes comunes hacen del estado de necesidad y del cumplimiento de deberes civiles o militares, que no pueden catalogarse en la ley penal, es suficientemente elástica para su utilización en la esfera militar, sin necesidad de modificaciones o repeticiones.

El espinoso problema de la obediencia debida ha sido objeto de recientes regulaciones encaminadas a separarse del viejo concepto de la obediencia ciega, para exigir en el inferior que obedece (y por supuesto en el superior que ordena) una especial atención a que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes que la última redacción legal concreta en, «las órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución».

La fórmula que se propone en el proyecto no quiere separarse de la establecida por las Reales Ordenanzas, a fin de evitar confusiones y para puntualizar bien la protección a la Ley constitucional. Se presupone que la orden de que se trata ha de provenir de superior jerárquico competente para impartirlas, ha de versar sobre asuntos del servicio y tener las mínimas formalidades; completándose esta materia con las importantes precisiones que el militar ha de conocer bien y que se consignan en los artículos 32, 34 y 84 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, y, destacadamente, con la regulación del delito de desobediencia, marco natural del desarrollo de esta causa de justificación del cumplimiento de los mandatos antijurídicos del superior, excepcionada por la notoriedad de su ilicitud, pero completada por la posible concurrencia del error o de la coacción, regulados conforme a la legislación común.

F) Es en el campo de las atenuantes y no en el de las agravantes donde se plasman especialidades a tener en cuenta dentro de la esfera castrense. Una

de ellas es la conveniencia de sustituir, por inútil en la práctica e innecesaria en la doctrina que canaliza el problema por los cauces del error de derecho, la circunstancia atenuante de «no haberse leído a los individuos de tropa o marinería las disposiciones de este Código, con anterioridad a la comisión del delito». Como la práctica de la lectura es deficiente y no conduce a ninguna certeza de que haya desaparecido en el inculpado de que se trata la ignorancia de las leyes penales militares, se opta por otro camino más realista, reconociendo efectos atenuatorios a la breve permanencia del soldado en las filas del Ejército, de acuerdo con lo consignado en algunas legislaciones extranjeras.

Las legislaciones destacan unánimemente los efectos atenuatorios para el inferior de la provocación por parte del superior, aquí se amplía a los casos de «cualquier otra situación injusta», para no ceñirlos sólo al marco de los delitos de insubordinación, como ya lo hace el Código de 1945. En todo caso, se exige (para soslayar meras reacciones caracteriológicas) que el estado pasional o emocional sea intenso.

Finalmente, se trae aquí el eco de la negación de virtualidad a la atenuante de embriaguez, limitándola a un recorte en el área militar de los efectos disminutorios de pena cuando tenga lugar en acto de servicio; y, por otra parte, ampliándola a las perturbaciones derivadas de las intoxicaciones no alcohólicas de efectos similares, amén de la responsabilidad disciplinaria en que se incurra por haberlas ingerido y, por supuesto, de la penal en el caso de tráfico ilícito de drogas.

En cuanto a las agravantes se consigna expresamente la de reincidencia, que aparece como irrenunciable en la esfera militar, cualquiera que sean las razones de política criminal —inaplicable en ella— que puedan aconsejar su desaparición con el citado carácter agravatorio.

G) En materia de penas, se ha procurado recortar un tanto la prolijidad de las mismas y la extensión de su tratamiento legal, suprimiendo respecto del Código de Justicia Militar de 1945, las penas de degradación (como lógico corolario de haber desaparecido la publicidad de la ejecución de la pena de muerte), la de separación del servicio (que también produce análogamente los mismos efectos que la pérdida de empleo) y la de destino a Cuerpo de Disciplina, que al igual que el contenido del Capítulo VII, Título V, resultan afectados negativamente por imperativos constitucionales. Se añade, en cambio, por razones de política criminal, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar, que permite en su caso la utilización discrecional, en otros ámbitos de las esferas militares, de las condiciones positivas que puede tener el profesional, un día responsable de accidente o fallo técnico de largo alcance.

Pero la mayor clarificación se hace en materia de penas privativas de libertad, donde se suprimen los grados, fijándose los límites en cada delito, y moviendo la extensión global de la única clase de pena de prisión entre los tres meses y un día, que en principio la separa de los correctivos disciplinarios, y el tope de los veinticinco años de prisión, que en caso de pena superior o concurso puede llegar a los treinta años en tiempo de paz o a los treinta y cinco en el de guerra; además, en razón del principio de especialidad, se han suprimido algunas disposiciones de carácter general que cons-

tituyen mera repetición de las del Código Penal ordinario, tales como los artículos: 207, 208 (ya recogido en otro lugar de este Proyecto), 216, 228, 241, 242, 246 y 247 del Código de Justicia Militar de 1945.

H) Se mantiene, de acuerdo con la doctrina y el derecho comparado, un más amplio arbitrio judicial de los Tribunales Militares, quienes, dentro de los límites de pena señalados para cada delito, tras el subsiguiente juego de circunstancias modificativas aplicables, pueden moverse con holgura, sin sujeción a la aritmética penal de grados, sino sólo guiados por los criterios subjetivos u objetivos que se señalan como reglas generales del Capítulo IV, donde sólo se obliga al Tribunal a explicar en la sentencia los fundamentos de la individualización penal llevada a cabo.

J) Y en cuanto al cumplimiento de las penas, y cual sucede en otros países, se mantiene para los militares condenados por delitos militares la no aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena; y ello por razones de ejemplaridad, directamente vinculadas con la disciplina. Resta por señalar la innovación de permitir que, en tiempos de guerra, las penas privativas de libertad impuestas a militares sean cumplidas fuera de la prisión, en las funciones que el Mando designe, de acuerdo con las exigencias de la campaña y los principios de la disciplina, tratando de evitar, no sólo mengua de efectivos disponibles, sino paradójicas situaciones de ventaja personal del reo en relación con el combatiente.

J) La extinción de la responsabilidad criminal se regula en términos análogos a los de la legislación común, anotándose aquí que, a consecuencia de la simplificación de penas que se opera y sobre todo de la gran amplitud de márgenes con que establece la de prisión, se han reducido los plazos de prescripción de delitos y penas; eliminándose respecto del Código de Justicia Militar de 1945 todo lo referente a la extinción de la responsabilidad derivada de faltas militares, por no tipificarse las faltas en este Código Penal castrense.

K) La rehabilitación, parte de la base de que la inscripción de toda condena dictada por los Tribunales Militares, corre a cargo del Ministerio de Justicia, donde radican los antecedentes penales a cancelar, y se lleva a cabo a petición de los interesados o automáticamente, siguiendo pautas de la legislación común, de la que no tiene por que distanciarse esta institución.

IV. *De los delitos militares en particular*

A) Ha constituido primordial preocupación centrar la tipología acuñada exclusivamente en el campo de los intereses militares afectantes a los fines de las Fuerzas Armadas, dejando para los textos comunes la tutela de los bienes jurídicos ajenos al Ejército. Pero he aquí que, precisamente en el Primer Título del Libro Segundo, se ha de quebrar el propósito restrictivo y diferenciador, a causa de que en el campo acotado (traición, espionaje, revelación de secretos, sabotaje) es prácticamente imposible deslindar con la deseable nitidez lo que se circunscribe estrictamente a la Defensa Militar de lo que, sin afectar a ella, está comprendido en los amplios límites naturales y legales de la Defensa Nacional, pues la acción de las Fuerzas Armadas, en tiempos de guerra especialmente, requiere para ser eficaz, invadir esferas no

estrictamente castrenses y el que se afecten o integren «todas las energías y fuerzas morales de la Nación», según frase del artículo 2.º de la Ley 6/80, de 1 de julio, englobando por tanto, recursos y personas de todas las condiciones en el área militar de la defensa nacional. Siendo así de amplia y difusa la materia, no es fácil estructurar recortadamente y con claridad los delitos militares correspondientes, habiéndose dejado fuera de los tipos castrenses apenas cuatro participaciones de civiles en tiempo de paz, que tanto para la traición y espionaje como para la revelación de secretos y atentados contra los medios o recursos para la Defensa Nacional, han sido radiados hacia el Código Penal común, y se someten a enjuiciamiento de la Jurisdicción ordinaria. Veremos especialmente en cada uno de los cuatro Capítulos en que se distribuyen estos delitos, que, en base principal al distingo entre tiempo de paz y tiempo de guerra, se ha llegado no sólo a una fuerte reducción de las incriminaciones a paisanos por delitos militares y a una reducción al mínimo de la penosa persistencia de los dualismos normativos. Y hagamos constar, finalmente, que se abandona la rúbrica de «seguridad exterior» porque ésta abarca un sólo aspecto de la «Defensa Nacional», que es la denominación más amplia que se adopta en el Proyecto para rotular el Título, y que se desarrolla con un contenido necesariamente más amplio que el de la mera Defensa Militar, quedando rotulado como «Delitos contra la Seguridad Nacional y Defensa Nacional».

a) Delito de traición militar. Una primera clarificación respecto del tratamiento de este delito en el Código de Justicia Militar de 1945, es la de radiar hacia el delito de espionaje los artículos 262 y 263, dejar para el marco común de los delitos que comprometen la paz e independencia del Estado el descrito en el artículo 265 y excluir del delito de traición militar los supuestos recogidos en el artículo 270, que tienen como sujeto activo al extranjero, quien excepto en la traición germánica, no podría ser castigado como traidor a España.

Descargado de estos artículos y sometida a síntesis y poda la profusa casuística (22 supuestos) de los artículos 259 y 260, el tratamiento del delito de traición militar se articula sobre estas bases:

1. Destacar, como formas específicas de la traición militar, aquéllas, sin paralelo en la legislación común, en que la materia tiene una evidente conexión con la lucha armada y el autor es militar.

2. Asumir, en el artículo 47 de los aquí proyectados, fórmulas que con clásico contenido de delito de traición, existen en la legislación común, pero en las que la gravedad y especial significación castrense de las conductas deriva del hecho de que el autor sea militar, con profesional y constitucional misión de defender la soberanía del territorio y la independencia de la Patria.

3. Aceptar como dominantes, de entre las varias formas que ofrece la legislación comparada, las posturas de Alemania Federal e Inglaterra (que atribuyen sólo el conocimiento a la Jurisdicción militar en aquellos supuestos que sean cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas), usando excepcionalmente de las fórmulas mixtas de otros países (Italia, Francia, Estados Unidos, Israel, etc.) que, sobre todo en tiempo de paz, exigen normalmente que el sujeto activo sea militar, remitiéndose o reproduciendo

fórmulas del Código Penal ordinario, al paso que configuran alguna típicamente castrense, tal como se explica en los precedentes números 1 y 2.

4. Reafirmar la creciente dimensión internacional de las leyes penales militares, con el mantenimiento en el 63 del Proyecto, del artículo 261 del Código de Justicia Militar de 1945, sobre traición militar contra potencia aliada, haciendo extensiva, por disposición común a todos los delitos contra la Defensa Nacional, la protección penal cuando el sujeto pasivo sea potencia u organización aliada de que España forme parte.

5. Mantener sólo en tiempo de paz para los militares las figuras de la traición derrotista y la traición económica, y también, la traición-deserción, la traición propia, la traición colaboracionista, la negligencia en su evitación y la omisión de la denuncia eficaz.

b) Delito de espionaje militar. Este delito, otrora objeto de profusa regulación en el Código castrense, queda limitado en ella a la obtención o revisión de información clasificada o de interés militar a potencia extranjera, cuando tiene lugar en tiempos de guerra y se lleva a cabo por extranjero, pudiéndose llegar a la imposición de la pena de muerte.

Se ha sacado del Código castrense la realización de estos comportamientos delictivos cuando acontecen en tiempos de paz y el sujeto activo español, siempre que esté presente el propósito de favorecer a una potencia extranjera.

Estos son los breves rasgos que caracterizan la simplificada redacción que en el Proyecto se propone y que, necesariamente, han de completarse con los que en el Capítulo III se ofrecen acerca de la mera revelación de secretos o informaciones relativos a la Defensa Nacional no caracterizados por el propósito de favorecer al enemigo ni restringidos a autores extranjeros.

c) Delito de revelación de secretos o informaciones relativos a la Defensa Nacional. Independizado de los dos anteriores, a través de las notas recién indicadas, se unifican en el Capítulo III del Título Primero del Libro Segundo, delitos que en el Código de Justicia Militar de 1945 aparecen dispersos; delitos de traición (artículos 259.2, 261, 262, 263 y 270), espionaje (artículos 272, 273, 274, 275 y 276), contra el honor militar (artículos 349 y 356.3), negligencia (artículo 398 y ocupación y destrucción indebida de documentos militares (artículo 406).

También aquí domina el criterio de extrapolar a la legislación penal común la obtención ilegal, revelación, etc., de información clasificada o de interés militar.

La acción antijurídica se proyecta sobre este contenido a través de los verbos «procurarse», «revelar» o «inutilizar» los secretos en cuestión. Siendo de añadir, finalmente, que este delito, al contrario que los anteriores, puede cometerse por imprudencia, a cuya forma de culpabilidad se le asigna pena con límite mínimo de tres meses y un día, pudiendo llegarse en las formas dolosas al límite máximo de veinte años, en supuestos de revelación de secretos o información clasificada en tiempos de guerra.

d) Delitos de atentado contra los medios y recursos de la Defensa Nacional. Se completa con los Capítulos IV y V, el cuadro de los delitos militares contra la Defensa Nacional, agrupando en él preceptos del Código de Justicia

Militar de 1945 que se hallan extremadamente dispersos a lo largo del texto, y ofreciendo una incriminación ordenada de conductas de sabotaje, lesivas para la Defensa Nacional, con variado grado de intensidad y amplia gama de objetivos (obras de defensa, buques, aeronaves, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, transmisiones, documentos militares, etc.), pero matizando que sólo se incrimina aquí si se cometen en tiempos de guerra y asimismo que la perpetración se efectúe con medios capaces de ocasionar graves estragos o que comporten un peligro concreto para la vida e integridad de las personas. Los actos preparatorios o el auxilio y el encubrimiento ven elevada la sanción que normalmente llevan inherente, hasta llegar a la pena inferior en grado a la respectivamente señalada para el delito consumado o para los autores, respectivamente.

Análogamente a lo predicho en los anteriores apartados, son sacadas de las figuras delictivas que en el texto articulado se contienen, las conductas llevadas a cabo en tiempo de paz por paisanos cuyo enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

e) Sacándolas del marco de la sedición se especifican en el Capítulo V, artículo 62, dos figuras de derrotismo bélico (de aquí su ubicación entre los delitos contra la Defensa Nacional), en donde se incriminan peligrosas conductas, de viva realidad criminológica, no sólo referidas a crítica y desmoralización sobre las vicisitudes de la campaña, sino de solapado y grave ataque a las Fuerzas Armadas que la protagonizan. Es de destacar que, sin perjuicio de una agravación especial para cuando el culpable sea militar, se comprende aquí como autores también a los civiles, en uno de los excepcionales casos en que los juzga la jurisdicción castrense.

f) Entre las disposiciones comunes recogidas en el Capítulo VI, destaca la expresa equiparación penal a los delitos comprendidos en este Título I, de los delitos cometidos contra potencia u organización aliadas, sin exigencia de reciprocidad.

B) Lo verdaderamente propio de las leyes penales militares, sin incidencia alguna con las comunes, son las violaciones de los usos y convenios de la guerra y no lo que atañe a las relaciones pacíficas u hostiles de los Estados entre sí, que, teniendo su marco en el Derecho Internacional de Guerra o Derecho de Gentes, tratan, como hace el Código Penal bajo esta misma rúbrica de Derecho de Gentes, del homicidio del Jefe del Estado extranjero, de la violación de su inmunidad, del delito de genocidio, etc. La confusión terminológica culmina en el Código de Justicia Militar de 1945, que mezcla estas materias bajo la abigarrada rúbrica de «Delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo», en un Capítulo ubicado en el Título, que dedica a los «delitos contra la seguridad de la Patria».

De todas estas incongruencias entre etiqueta y contenido se quiere librar al Proyecto, creando un Título con el nombre de «Delitos contra las leyes y usos de la guerra» y que ciñéndose primordialmente a la materia que su nombre indica, supone el cumplimiento del compromiso contraído por España al ratificar los Convenios de Ginebra de 1945 y el de La Haya de 1954, y cuyo contenido, que obviamente por razón de las fechas cayó fuera de nuestro Código militar de 1945, se alinea ahora en el moderno proceso de positivación

de las normas del Derecho de la guerra, corrigiendo la insuficiencia punitiva de nuestro Derecho interno, especialmente en lo que concierne a las infracciones graves configuradas en los predichos Convenios.

El desarrollo legislativo que ahora propone no asume toda la materia regulada en los cinco Convenios nombrados, pero supone la introducción de un considerable número de tipos, al paso que se suprimen otros. Los diez artículos en que se aprieta tan profusa materia contienen, especialmente los primeros, conminaciones penales que llegan hasta la pena de muerte, pues se trata de conductas de daño y perversidad extraordinarias.

El artículo primero de los contenidos en el Título versa sobre el trato al combatiente rendido, y se redacta de acuerdo con el Código Penal militar de Suiza, contemplando no sólo el supuesto de que la víctima esté rendida, sino en el que, aun sin rendirse, carezca ya de medios para defenderse. El artículo segundo, sobre el empleo de medios de combate ilícitos, tiene su eco en el artículo 139 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y, antes, en los Convenios de La Haya, proscribiendo la utilización de medios bárbaros, pérfidos o alevosos (uso indebido de bandera o emblema) y otros especificados a su vez en el artículo veintitrés del Reglamento relativo a las leyes o usos de la guerra terrestre, anejo al Convenio de La Haya de 1899, primero de los ratificados por España.

El artículo 279 del Código de Justicia Militar de 1945 se refiere a dos figuras delictivas distintas: la ejecución de actos de hostilidad contra una nación extranjera y la violación de pactos. La primera es una provocación a una potencia extranjera, con hostilidades manifiestas, pero sin que al ser cometidas se hubiese producido declaración de guerra o conflicto armado generalizado. No es, pues, una conducta lesiva de las leyes y usos de la guerra, que aún no existe, sino un delito común de comprometer la paz del Estado, razón por la cual no se incluye en este proyecto. Pero la segunda sí, ya que estamos en presencia de una violación de pactos bélicos, que determina la prolongación arbitraria de hostilidades. Gracias a la redacción amplia que se ofrece («... u otro convenio celebrado con el enemigo»), cabe en ella la «suspensión de armas», acuerdo especial y temporal que frecuentemente se establece entre jefes militares, carente de contenido político y obediente a necesidades de la contienda.

Se entiende que la nueva redacción del delito de devastación y saqueo corrige omisiones del anterior, al exigir que los buques, aeronaves y propiedades sean enemigos y no militares, pues si fuesen militares, su destrucción se justificaría por los propios fines de la guerra. Y obvio es decir, al igual que sucede en otros supuestos, que el incendio o destrucción de propiedades ha de hacerse al enemigo en el curso de una guerra. La protección de bienes del enemigo se completa con normas clásicas sobre requisas y presas ilegítimas.

El uso abusivo de bandera o emblemas se extiende a los de los neutrales y, sobre todo, a los signos distintivos de los Convenios de Ginebra; especialmente se ha querido que España no demore más la protección del signo de la Cruz Roja. Así como la mayor protección penal (antes limitada a la inclinación de las ofensas de palabra u obra) de los parlamentarios, reco-

giendo también como atentado a su inviolabilidad, la «retención indebida» del mismo.

La tipificación de las violencias graves contra las personas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil) es común a los cuatro Convenios de Ginebra y se recoge condensadamente en el Proyecto, conminándolas con penas que van desde los doce años de prisión a la muerte. Consisten en: el homicidio intencionado, mutilaciones o lesiones graves, torturas o tratos inhumanos, experiencias médicas o científicas no justificadas o causación de grandes sufrimientos.

En el artículo siguiente se tipifican conductas menos graves, asimismo derivadas de los citados Convenios, tales como: omisión de asistencia a heridos, enfermos o náufragos (especialmente afectante a personal sanitario o asimilado), despojo a combatientes enemigos (no a los compañeros de armas, pues ello sería más bien un delito contra el decoro militar), atentados contra establecimientos protegidos, personal sanitario y religioso, prisioneros de guerra y población civil. Es en esta materia donde se incorporan más normas nuevas para la humanización de la guerra, a través de las sanciones penales, a quienes infrinjan estas originarias estipulaciones de los Convenios de Ginebra.

La protección penal de los bienes culturales en caso de conflicto armado de que se ocupa la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954, había tenido lugar en España por medio del artículo 281 del Código de Justicia Militar de 1945, que ahora se amplía con precisiones traídas de la antedicha Convención y del artículo 139 de las Reales Ordenanzas de 1978.

Finalmente y como cláusula residual, se recoge (para penarlo con sanciones mínimas) el comportamiento del militar que haya cometido o dado orden de cometer cualesquiera otras violaciones de acuerdos internacionales; patentizándose así, con esta amplitud del campo de las incriminaciones, el deseo de alinearse legislativamente en la acogida sin reservas del nuevo Derecho Humanitario.

C) No parece que el delito de rebelión militar («la rebelión de los militares», según la define el artículo 106 del Código Penal del Ejército de 1884), delito de contenido primordialmente político, nacido al calor de los pronunciamientos de la segunda mitad del siglo XIX, afecte (como se dice en el precitado rótulo del Título IX del Código de Justicia Militar de 1945) a la seguridad militar de Estado, pues precisamente el militar actúa como sujeto activo y no pasivo, sino que, más que a la seguridad, es la organización política del Estado que ataca. Es por ello que se abandona el encuadramiento que en base a un ataque a la seguridad de éste hace el Código de 1945, para ubicar el delito en un Título autónomo (rebelión en tiempos de guerra), numerado como el III de los consagrados en el Libro II a los delitos en particular.

El delito de rebelión militar es planta exótica en la mayor parte de los Códigos Penales militares del mundo, con la excepción de algunos países hispanoamericanos. Y tiene el origen español que dijimos, concretado en el Código Penal del Ejército de 1884, cuya Exposición de Motivos explica la génesis y razón del precepto en el siguiente párrafo: «Tristísimas experiencias que, sin duda no han visto los autores de nuestras sabias Ordenanzas, acre-

ditan cuánto importa al reposo público, a la disciplina de las tropas y al honor mismo de la milicia española, el estorbar con el rigor saludable y pronto de la Justicia, que una parte cualquiera del Ejército venga a echar el peso de su fuerza en las contiendas políticas, o que militares mal aconsejados caigan en la tentación de quebrantar sus juramentos y de volver contra los Gobiernos constituidos y los poderes nacionales las armas que recibieron para la defensa del territorio patrio y del orden social».

La alteración fundamental que se ofrece en este Proyecto es la de sacar del texto castrense la rebelión con o sin armas cometida en tiempo de paz, que, aunque básicamente llevada a cabo por militares, no se considera delito militar sino político, según apunta más arriba y, en consecuencia, no es juzgado por la Jurisdicción castrense. Por eso, se titula Delito de rebelión en tiempos de guerra, bien que en el tiempo de paz, alojado fuera del texto militar, se mantengan conceptos e instituciones tradicionales en las leyes marciales.

La descripción de la rebelión impropia (alzamiento sin armas), la inducción, apología, tentativa y actos preparatorios para cometer el delito de rebelión, así como las excusas absolutorias y la negligencia en reprimirla u omisión del deber de denunciarla, se lleva a cabo en línea tradicional, matizándose y reduciéndose más las penas, extensibles a paisanos que coparticipan; penas que alcanzan la de muerte para los promotores y autores calificados, si el delito tiene lugar en el tiempo de guerra, al que queda limitado este Código.

D) Bajo la ya citada rúbrica de «Delitos contra la Institución Militar», constitutiva del Título IV, se agrupan diversas materias en tres Capítulos.

a) Es considerablemente similar a la del Código de Justicia Militar de 1945, la estructuración de los delitos de maltrato a centinela o fuerza armada, extendiéndose expresamente la protección penal a la Policía Militar en función de agentes de la autoridad (art. 84). El delito de desobediencia o resistencia y el maltrato de obra, que en tiempo de paz pueda hacer un paisano a fuerza armada, se radia del Código Penal Militar y pasa a ser competencia de la Jurisdicción ordinaria.

b) El Capítulo II sufre, en cuanto concierne a las injurias al Ejército, especificadas en el artículo 88 del Proyecto, una notable reducción, al limitar el delito al sujeto activo militar (al que se le conmina con pena de paisano, el delito es común, a no ser que el hecho se produjese en establecimiento militar.

Hay una análoga suavización de penas y reducción del campo de la tutela penal en las leyes militares, respecto de los supuestos comprendidos en el capítulo IV del Título IX del Libro II del Código de Justicia Militar de 1945.

c) El Capítulo III dedicado al encubrimiento de delitos militares, contiene una detallada referencia a los distintos supuestos en que se estima conveniente tipificarlos como figura autónoma, en lugar de acudir a lejanos planteamientos generales de la legislación común.

E) Los delitos contra la disciplina militar que, junto a los delitos contra los deberes del servicio que se articulan en el siguiente Título VI, constituyen el núcleo fundamental, la espina dorsal de todo campo de leyes penales

militares, se estructuran de manera harto lógica según este cuadro, la indisciplina colectiva (sedición) primero, y la individual a continuación, colocando a la cabeza de ésta la del superior (abuso de autoridad) y a continuación la del inferior (insubordinación), desdoblada en: desobediencias a la orden e indisciplinas a la persona del superior, llamadas éstas en la tradición española «insultos» y consistentes tanto en los ultrajes como en las vías de hecho, comprensivos ambos de esa conocida gama de matices de la insubordinación que incluso puede abarcar el homicidio del propio superior.

a) Delito de sedición militar. En él lo esencial es la acción, inmediata o mediata, del grupo militar que, saliéndose de su cauce, se pone colectivamente enfrente de unas normas o de un superior a los que se halla vinculado. Lo que no serían sino participaciones plurales en delitos de desobediencia, colectivos incumplimientos de deberes profesionales, o ataques a superior, o bien reclamaciones planteadas por varios militares en forma tumultuosa, se convierten en graves delitos de sedición por la básica razón del número de partícipes que, al concertarse para obrar en común, producen un grave daño a la vida interior del Ejército. La caracterización del delito descansa pues, más en el «cómo» (acción colectiva) que en el «qué» (insumisión al cumplimiento de deberes militares).

Respetando la formulación clásica de los requisitos de sujetos activos, su número y la culpabilidad a título de dolo, se varían entre otros, los siguientes términos de la formulación de 1945:

1. Emplear una fórmula comprensiva de todas las formas de desobediencia a órdenes, generales o especiales, pero recibidas y legítimas.

2. Especificar que, una vez tipificada la desobediencia colectiva, la resistencia a cumplir los deberes afecta al resto de los que el servicio imponga; con lo que se cierra el cuadro de la insubordinación colectiva respecto de las órdenes o deberes del servicio.

3. Radiar a lugar distinto de la sedición-tipo, las peticiones o reclamaciones en tumulto, extrañas a buena parte de la legislación comparada, incriminándolas sólo como sedición impropia y dejando para la vía disciplinaria los supuestos menos graves.

4. Incriminar especialmente las violencias ejercidas contra los superiores que no afecten a la vida e integridad corporal de los mismos, pues estas agresiones y el esgrimir armas, se configuran como tipos agravados.

5. Rebajar y simplificar las penas, con arreglo a los criterios penológicos imperantes, orillando la aritmética penal de los grados. En todo caso y en especial para los tipos agravados, los autores calificados responden con graves sanciones, que para los Oficiales intervinientes siempre llevará aneja pérdida de empleo. El catálogo de agravantes específicas, que da lugar en el Código de 1945 a cinco tipos cualificados, se reduce a tres, pues los de lugar y ocasión de servicio son normales en este delito y no requieren destaque agravatorio. Se reserva una facultativa imposición de pena de muerte cuando se conjuntan las circunstancias de: autores calificados, escenario u ocasión crítica de campaña y en definitiva, extrema gravedad. Una amplia legislación comparada abona la imposición de esta pena, incluso en número y ocasiones más amplias, pues prácticamente ninguna ley penal castren-

se deja de usar para algún caso extremo de sedición la más grave arma de su panoplia punitiva.

6. Suprimir los artículos 296 y 300 del Código de 1945, por cuanto su contenido es un problema de prueba, a resolver por el Juez. Y radiar a otros lugares los números 298 y 304, amén de algunas refundiciones con otros textos.

7. En un nuevo artículo —el 94— se trata de refundir las fórmulas de incitación genérica próxima, o la apología, que se contemplan con múltiple y confusa terminología en los artículos 301 y 302 del Código de Justicia Militar de 1945, pretendiendo que queden comprendidas las variadas gamas de la incitación subversiva, pero limitando la incriminación en tiempo de paz, al sujeto activo militar ya que si es paisano no será juzgado por la jurisdicción castrense.

8. Se mantienen en la forma habitual los términos complementarios del desistimiento no espontáneo, la conspiración y proposición, la negligencia en la represión y la omisión de denuncia.

b) Las diversas figuras de indisciplina del superior, que se agrupan en el Capítulo II bajo la rúbrica de «insubordinación», provienen de variados lugares del Código de Justicia Militar de 1945 y muchas son faltas graves elevadas a la categoría de delitos. Su tratamiento jurídico penal se diversifica en las dos siguientes Secciones:

1.ª En la suscita regulación propugnada para el delito de insulto a superior, en los dos primeros artículos tipificadores del maltrato, se sustituye el criterio diferenciador de que la ocasión de servicio en que tenga lugar éste sea o no de armas, por el que se produzca en tiempos de guerra o fuera de ellos, ya que este concepto es más trascendente que el primero, que está muy sujeto a las evoluciones de la técnica, según las cuales son más importantes que los de armas otros servicios en que no es necesario el empleo de las mismas. En la tipificación se mantiene para designar la acción el término amplio de «maltrato», sin especificar los medios de ataque empleados, abandonándose, por otra parte, los distingos por razón de la categoría militar de agresor o agredido, pues todo superior merece igual respeto y la desigualdad de pena no parece actualmente que deba establecerse de manera general.

El otro tipo (intermedio entre las vías de hecho y los ultrajes) es el de «poner mano a un arma ofensiva o ejecutar actos con tendencia a maltratar de obra a un superior», figura tradicional en nuestras leyes militares, que participa de la naturaleza de la amenaza y del delito intentado, se regula parecidamente al Código de Justicia Militar de 1945, pero asentando las diferencias en la ocasión en que se produjo (tiempos de guerra, actos del servicio, etc.), y no en la categoría militar de los partícipes.

Finalmente, las coacciones, amenazas u ofensas a superior se sancionan como los actos con tendencia a ofender de obra, matizándose ampliamente los supuestos en que se consideran delito militar.

2.ª La regulación del delito de desobediencia se ha simplificado al máximo. Dejando leves supuestos de inobediencia para el tratamiento disciplinario, lo delictivo objeto de esta forma de insubordinación se reduce a un sólo ilícito en que se tipifican, flexible y simplemente, todas las formas de incumpli-

miento de órdenes lícitas recibidas, matizándose el que las órdenes sean o no relativas al servicio de armas, en tiempos de guerra y otras circunstancias peligrosas, especialmente si es desobediencia rotunda al frente del enemigo, en que puede llegarse a imponer la pena de muerte.

Se recuerda aquí la exención de responsabilidad por inobediencia, cuando la obediencia no sea debida, según se define en los términos transcritos en el Libro I.

c) El Capítulo III se ocupa de los delitos y abusos de autoridad propiamente dichos, de los que se desgajan, para integrarse en otro lugar, las extralimitaciones en el ejercicio del mando, a donde van a parar los artículos 298 y 335 del Código de Justicia Militar de 1945. Están fundamentalmente referidos a las relaciones entre superior e inferior, en los que el comportamiento necesariamente doloso de aquél se hace consistir, no sólo en el mero «ejercicio de su autoridad o mando», sino que se extiende a cualquier otra posición en el servicio en que no sólo se cause perjuicio grave al inferior, sino que «le obligue a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho», cual en varias legislaciones extranjeras (por ejemplo, la alemana) se añade el «trato degradante» como un delito menor. Se concreta y amplía así el campo de la antijuridicidad, reservando para tratar especialmente en un artículo siguiente el supuesto del «maltrato de obra a inferior», que el Código del 45 considera falta grave y que sólo a través de su tipo genérico del artículo 334 puede determinar pena máxima de seis años. Si como consecuencia del maltrato resultaren lesiones graves, homicidio o asesinato del inferior, evidentemente que hay que arbitrar otra pena superior a la mínima del delito de abuso de autoridad y llegar a que, en el caso de muerte, se alcancen quince a veinticinco años de pena de prisión, a fin de evitar el contrasentido de que, interviniendo abuso de autoridad del superior, las consecuencias lesivas para la vida e integridad física del inferior tengan en las leyes penales militares trato de favor respecto de las comunes. Ello al tiempo que se contempla, dentro de las propias leyes penales castrenses y sin dar lugar a problemas de concurso, toda la gama de acciones ilícitas de los superiores contra los inferiores. Por supuesto que no sólo se excluye sino que se realza con artículo autónomo, la justificación de la conducta del superior en el caso de que los malos tratos tuvieren por objeto contener por medio racionalmente necesario, flagrantes delitos de insubordinación u otros de igual gravedad.

F) El Título VI se titula simplemente «Delitos contra los deberes del servicio», aun reconociendo que, siendo éstos muchos, la tipificación ha de ser prolija y condena a longitud desmesurada el marco en que se agrupan tales heterogéneas figuras delictivas, núcleo fundamental de las leyes penales militares.

a) Delitos de cobardía. Bajo esta rúbrica se agrupan en el Capítulo I, todos aquellos tipos delictivos que suponen violación del deber de valentía, exigible a todo profesional de los Ejércitos, comprendiendo desde el abandono injustificado del puesto al frente del enemigo, rebelde o sedicioso, hasta capitulaciones injustificadas. Se sigue en este punto la técnica de los Códigos militares más modernos, que atienden al bien jurídico protegido. Los

tipos se han redactado con contenido expresado en forma amplia, y no minuciosa, reduciendo en más de la mitad las fórmulas penales del Código de 1945, suavizando notablemente la penalidad y exigiendo siempre la culpabilidad, razón por la que se suprime el artículo 338 de tal cuerpo de leyes.

Se reduce notablemente la prolija casuística de dicha Ley, centrando también la línea divisoria de los principales tipos en el hecho de que el abandono cobarde de la misión o puesto tenga lugar en acción de guerra o situación crítica, o bien en caso de grave peligro, pero en tiempo de paz. Tipo antiguo es el de la simulación y otros engaños en combate; y tipo nuevo el de actos demostrativos de cobardía susceptibles de infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza. También son preceptos nuevos los que tipifican la conducta del que, «por temor a un riesgo personal viole algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo», y asimismo el que establece que en todos los delitos comprendidos en el Capítulo se impondrá, además, al militar la pena de pérdida de empleo. Se reseña, finalmente, que las capitulaciones cobardes y las abusivas son reguladas en términos análogos a los que contiene el artículo 339 del tan repetido Código de 1945.

b) Delitos de deslealtad. Bajo tal rúbrica, el capítulo II incluye una serie de delitos residuales, de naturaleza pluriofensiva, en los que, sin embargo, es nota común el quebranto de la fidelidad o lealtad que a todo militar es exigible por su simple pertenencia a las Fuerzas Armadas. Se refieren a la lealtad las Reales Ordenanzas en sus artículos 13, 35 y 110, donde se perfila como relación de mutua fidelidad en la que se basa y fundamenta en gran medida la asunción solidaria de las responsabilidades de la defensa nacional, que, en definitiva, se conculcan con la deslealtad.

1. Información militar falsa. Con las articulaciones que aquí se hace y que no obsta a la aplicación a los militares de las leyes penales comunes que recojan los demás supuestos de falsedades, sólo se desenvolverán a aquellas que *incidan directamente en bienes jurídicos de naturaleza militar*. Una de estas conductas es la información militar falsa, que se regula con básico respeto a la configuración del delito hecha por el artículo 353 del Código de Justicia Militar de 1945, bien que con mayor flexibilidad en cuanto a las penas imponibles; y con el añadido innovador de la retractación como medida atenuatoria de pena, aconsejable por política criminal, y la de dos tipos agravados también derivados de la realidad criminológica: la información militar falsa dada mediante cohecho, y la falsedad o alteración no sustancial de la verdad en expediente administrativo, información reservada o cualquier tipo de procedimiento militar no judicial.

2. Indiscreción sobre asuntos del servicio. Sin otra variación sobre la Ley de 1945 que la reducción del tope máximo de la pena, se mantiene la fórmula amplia vigente, con la natural salvedad de aquellas otras indiscreciones que tienen reservada otra más grave tipificación específica, como, por ejemplo, la revelación del santo y seña, la de secretos y la de temas que afectan a operaciones de campaña.

3. Excusa mediante engaño para cumplir deberes militares. Se refiere a servicios concretos, no al servicio militar en general, cuyo incumplimiento

doloso es sancionado en otros lugares, como inutilización voluntaria para el servicio o simulación para eximirse del servicio militar.

4. Evasión de presos. Se especifica el tipo agravado de que medie en la evasión, violencia o soborno.

5. Quebrantamiento de consigna. Esta deslealtad en las funciones encomendadas para la persecución del contrabando u otras infracciones contra las rentas públicas, se suprime como precepto autónomo y la conducta del autor puede incriminarse en el Capítulo VII, sin que ello excluya la pena que pueda corresponder a su autor por su participación en el delito final.

c) Dentro del Capítulo III se incluye el importantísimo delito de desertión, objeto de fórmulas especificadas en varias Secciones, que se agrupan bajo la rúbrica del Capítulo: Delitos contra los deberes de presencia y prestación del servicio militar.

El delito de desertión que incuestionablemente cubre la mitad del espacio criminológico reflejado en las estadísticas judiciales castrenses, ofrece una distinta faz según se destaque o no el que la ausencia injustificada conlleve la intención de sustraerse permanentemente al deber de prestar el servicio militar, es decir, según se exija o no ese ánimo especial, o se opte por el criterio formalista u objetivo de mera fijación de plazos para que la ausencia del militar sea delictiva, sin que comporte dificultades de prueba la exigencia de ese especial «animus», que vendría a caracterizar la desertión propiamente dicha frente a la ausencia injustificada, simplemente montada sobre el transcurso del tiempo exigido. Como de las dos clases de ausencia hay eco en la Ley y, sobre todo, como en el Capítulo hay otras muchas figuras en las que hay ánimo de quebrantar el deber de prestar el servicio militar y no sólo el de la presencia en filas, la rúbrica del Capítulo abarcará las dos conculcaciones del deber de presencia y del de prestación del servicio militar.

En base a la tradición hispánica sobre el particular, se mantiene la distinción entre la ausencia ilegítima del Oficial, Suboficial o asimilado, llamada delito de abandono de destino o residencia, y la ausencia del militar que no tiene esas categorías, llamada delito de desertión; regulándose ambos en secciones aparte y dando al primero plazos de tolerancia más amplios, aunque por lógica contrapartida, las penas sean más graves cuando se trate de Oficial. Por lo demás, la acción antijurídica tipificada es la misma en ambos casos.

La desertión-base se sigue montando, aunque con una redacción enormemente simplificada, sobre el sistema formalista u objetivo de los plazos, con la sola excepción de que sea clara la prueba de la intencionalidad de sustraerse permanentemente al servicio, en cuyo caso no rigen los plazos para que la desertión se entienda consumada. Donde en cambio se han introducido modificaciones amplias es en la eliminación del complejo sistema de circunstancias calificativas, suprimiéndose el consignar las que representan en realidad delitos concurrentes y relegando otras a las normas de carácter general. Aparte de la básica distinción entre tiempo de paz y de guerra, sólo se recogen en Sección aparte, como quebrantamientos especiales del deber de presencia: la ausencia frente al enemigo, la ausencia en circunstancias peligrosas, la incomparcencia a bordo y la falta a concentración.

La inutilización voluntaria y la simulación para eximirse del servicio militar suponen conductas directamente atentatorias al deber de prestarlo: siendo el servicio militar el bien jurídicamente protegido y no la integridad corporal o la salud del individuo. La automutilación no ofrece problemas especiales, como no sean los de eventuales concursos de leyes, pero sí la ayuda consentida a la inutilización en la cual participan extraños, distinguiéndose un tipo agravado (cuando el hecho se comete mediante precio o cuando se trate de personal sanitario) y otro privilegiado (cuando el autor sea el cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del militar a quien se procura la inutilización).

En cuanto a la negativa a prestar el servicio militar, el reconocimiento legislativo y constitucional de la objeción de conciencia, excluye del delito a los que la aleguen, pues se reformó el Código de Justicia Militar de 1945 con la introducción de su artículo 383 bis, donde se establece que la negativa ha de carecer de «causa legal». De aquí que pueda mantenerse esencialmente la legalidad en vigor.

A los efectos de estos delitos, comprendidos en la Sección 4.^a del Capítulo III del Título V, se consideran militares a los mozos y reclutas en los términos previstos en la Ley del Servicio Militar. Y por otra parte, para todos los delitos comprendidos en el Capítulo, se tipifican especialmente la incitación, apología, auxilio y encubrimiento en su comisión, señalando penas desde tres meses y un día hasta dos años de prisión, si tienen lugar en tiempo de paz, y fijando para tiempos de guerra la misma sanción que pueda corresponder a los autores de los respectivos delitos.

d) El Capítulo IV comprende, además de los delitos contra los deberes inherentes al mando, los de extralimitación en su ejercicio y los de usurpación y prolongación de atribuciones. Respecto de los primeros y con proyección general sobre los de los tres Ejércitos (pues constantemente se describe así el sujeto activo: «el Jefe de una fuerza o unidad militar, Comandante de un buque de guerra o aeronave militar») y, por otra parte, sin perjuicio de la regulación reunida que se haga en el siguiente Título respecto de los delitos cometidos con ocasión de la navegación de buques de guerra o aeronaves militares, se conjuntan una serie de preceptos dispersos por diversos lugares del Código de 1945, simplificando su redacción y su número, aunque se tipifiquen por primera vez las aperturas indebidas de pliegos cerrados y la omisión de medidas preventivas en general y, sobre todo, la dejación de los deberes del mando en cuanto al mantenimiento de la disciplina entre las tropas o el no proceder con la energía necesaria para impedir la comisión de un delito militar.

En las extralimitaciones en el ejercicio del mando el sujeto pasivo no es necesariamente el inferior, sino que el abuso de autoridad que comporta se diversifica, al proyectarse sobre otros aspectos de la vida militar, trayéndose aquí figuras delictivas que estaban dispersas por otros lugares del Código de 1945 (empleo de Unidad para fines ajenos al servicio, petición de ayuda para fines personales, exposición a riesgos innecesarios); y se ha creado un artículo nuevo, sin correlación con las leyes anteriores, en el que se tipifican las violencias innecesarias y el uso ilegítimo de las armas.

La usurpación y prolongación de atribuciones, o más concretamente la

indebida asunción o retención de mando, se concibe como delito esencialmente doloso, recogiénolo en iguales términos que el Código actual, pero matizándose la pena en límites que sólo van de los tres meses y un día a los dos años de prisión.

e) En los delitos de abandono de servicio y de los deberes del centinela, correlativamente al tipificado abandono por el Oficial del lugar de prestación del servicio, está el genérico delito de abandono de la función, que no requiere necesariamente la ausencia del lugar, y en el que se distingue entre la del mando o la de servicio de armas o de transmisiones y el llevado a cabo por cualquier otro militar que los preste para cuando el abandono concierna a servicio distinto de los anteriores, tanto si tiene lugar en tiempos de guerra, frente a rebeldes o sediciosos o en cualquier otra circunstancia crítica.

Sacándolos del poco preciso marco de los «Delitos contra los fines y medios del Ejército», en que lo encuadra el Código de 1945 se trae aquí, con una configuración sencilla, el incumplimiento de los deberes del centinela, tanto si abandona su puesto como si incumple sus demás obligaciones, especialmente en tiempos de guerra, en que la pena pueda llegar a los veinte años de prisión, pero exigiéndose que por su conducta resulte dañado el servicio, sin adentrarse en detalles sobre el contenido de la misma. Finalmente, decir que no se tipifica la conducta de quedarse dormido, porque eso no es sino faltar su obligación de estar en disposición de servicio, y ya se graduará la pena según la trascendencia del hecho y el grado de culpabilidad del autor; y en cuanto a la ebriedad o intoxicación en sí, ya es objeto de sanción especial.

Se inserta aquí, en una Sección 3.^a, la embriaguez en acto de servicio, que se extiende al que se drogare, cuando resulte excluida o disminuida su capacidad para prestarlo, zanjándose con la formulación hecha en el artículo 147 algunas de las cuestiones que esta infracción ha planteado.

f) En el Capítulo VI —«Delitos de denegación de auxilio»—, la característica es que se trata de figuras de omisión, en que el denominador común es la denegación de auxilio, aunque éste se proyecte sobre variados bienes jurídicos (servicio, usos de la guerra, solidaridad militar, etc.), que en rigor harían más técnica la distribución de las mismas en los lugares respectivos, pero por razones históricas y aun por la dogmática de presentar agrupadas conductas coincidentes en su estructura y parcialmente en su contenido, se opta por ofrecerlas juntas, ampliando ligeramente los tres únicos preceptos, artículos 384, 385 y 386 del Código de Justicia Militar de 1945. Se redactan con mayor claridad; se amplía al «militar» y no sólo al «marino o aviador» y a la «fuerza» y no sólo «buque o aeronave», algunos supuestos; se sustituye el concepto de riesgo por el de peligro y, sobre todo, se limitan y atenúan las penas imponibles, que en algún caso venían establecidas con la indeseable amplitud de «prisión a muerte».

g) A continuación se reúnen en un mismo Capítulo VII diversas figuras caracterizadas por la imprudencia o negligencia, principalmente profesional, afectantes al cumplimiento de deberes del servicio y determinantes de daños en los recursos o misiones militares, que se colocan bajo la rúbrica de delitos contra la eficacia del servicio, al que dañan gravemente, en es-

pecial en tiempos de guerra. Algunas de las figuras agrupadas proceden de la categoría de faltas graves, que se elevan a la de delitos, en razón de ese daño y del subsiguiente deber de evitarlo, con conminaciones penales.

h) Finalmente, termina el Título VI con un Capítulo VIII dedicado a los «Delitos contra el decoro militar», una heterogénea lista de supuestos delictivos colocados bajo tal rúbrica, que se estima es congruente abrazadera de todos ellos. Tienen su origen en muy distintos lugares del Código de Justicia Militar de 1945: en algunos casos se nutre de faltas graves elevadas a la categoría de delitos y en otros se trata de delitos originariamente comunes, en los que el juego de circunstancias concurrentes dan al caso una impronta militar afectante al decoro profesional de sus autores. El tratamiento penal del tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, queda remitido a las leyes penales comunes y a las disciplinarias.

G) Se ha llevado a un Título autónomo —el VII— un amplio repertorio de infracciones específicas de la navegación marítima y aérea, donde se regulan con amplitud diversos supuestos, exigua y dispersamente recogidos en el Código de Justicia Militar de 1945; de lo que es muestra el Capítulo I, que contiene tipos provenientes de los artículos 342 y 343 de aquél, clasificados como delitos contra el honor y otro —el 394—, ubicado entre los de negligencia.

En realidad son delitos pluriofensivos, que atacan bienes de gran alcance: contra el potencial bélico de la nación, contra el servicio y, en último término, contra la Hacienda en el ámbito militar. Todo ello, si no media la intención de favorecer al enemigo, en cuyo caso daría lugar a otros supuestos delictivos.

a) Comienza el Título con un Capítulo I («Delitos contra la integridad del buque de guerra o aeronave militar»), del que es especialmente predicable el antedicho carácter pluriofensivo, con un dolo que pudiéramos llamar «catastrófico», y en los que se configuran como bien jurídicamente protegido, el buque de guerra o la aeronave militar, dotados de unidad jurídica en sus complejas dimensiones.

Si bien el sujeto activo de la destrucción de un buque o aeronave puede ser cualquier persona, dando lugar a otras figuras delictivas ajenas a los militares destinados en el servicio de navegación aeromarítima, aquí los autores se centran en el Comandante del buque o aeronave militar, en cualquier miembro de la dotación y en el personal de ayudas a esa navegación.

La tipificación se hace a título de dolo, primordialmente en los dos primeros artículos, comprensivos de la destrucción o pérdida, varada o aterrizaje indebido, abordaje o colisión y averías gruesas al buque o aeronave o de daños de consideración a la carga, admitiéndose en el siguiente, la pérdida por negligencia y en el último, la simple infracción de las medidas de seguridad en la navegación. El dolo, en aquéllos es determinado y directo en cuanto a los bienes materiales afectados, e indeterminado o indirecto en cuanto a eventuales efectos sobre la vida e integridad corporal, en cuyo caso responderá además, en concurso real, como homicidio, sin que puedan jugar por segunda vez (para tipificar de asesinato, por ejemplo) los efectos que se configuran en el tipo principal militar descrito en el Proyecto. Por último, conviene añadir que: las penas son necesariamente graves,

que es frecuente el concurso con el delito de traición, el cual prepondera si media el propósito de favorecer a potencia extranjera, y que se hace aquí un uso adecuado de la nueva pena de inhabilitación para el mando de buque o aeronave.

b) El Capítulo II —«Delitos contra los deberes del mando de buque de guerra o aeronave militar»— recoge en la figura del Capitán del buque o del Comandante de la aeronave un cierto arquetipo de la función de mandar, irrenunciable e incompañable, que supone «la encarnación jerárquica permanente de la voluntad y la inteligencia para lograr, mediante una autoridad responsable, la dirección, ordenamiento y eficacia de todos los servicios de a bordo». Por esto se le confieren deberes y atribuciones autónomos, difícilmente presentes en otra profesión y, como contrapunto, se le señala una especial responsabilidad: por acción u omisión deliberada y por negligencia o impericia. Se justifica en alto grado que, además de otros deberes inherentes a la función de mandar que en varios lugares se ha ido desgranando a efectos de su tutela penal, se recojan aquí otros deberes del servicio ya directamente relacionados con la navegación militar, que están potenciados por la peligrosidad del escenario y la entidad de los valores implicados en el servicio de un buques o aeronave.

Los supuestos delictivos de la «separación de formación naval o aérea» y de «abandono de escolta», se simplifican en su formulación respecto de las que hacen los artículos 348, 395 y 345 del Código de 1945, se atenúan las penas imponibles, se distingue con claridad entre las formas dolosas y culposas y se imponen las penas de inhabilitación definitiva para mando de buque o aeronave militar. El delito de «navegación no autorizada», el de «no utilización de buque o aeronave militar cuando exista peligro de que caigan en poder enemigo», y el de «falta de la debida diligencia en la preparación del buque o en la petición de auxilio», traen su esencia de las reales Ordenanzas de la Armada y se entiende que, aceptada su inclusión en este Proyecto, encajan mejor en este Título y Capítulo que como delitos contra el servicio o contra la disciplina. Con el mismo origen se incluyen en el artículo final del Capítulo una serie de supuestos de «abandono de buque o aeronave, de dotación o tripulación», sin que aparezca tampoco la exigencia explícita de que el Comandante «sea el último en abandonar el buque de guerra de su mando», como se hace en otras legislaciones, sin duda porque esta obligación simbólica es a veces difícil de cumplir por circunstancias físicas ajenas a la conducta irreprochable del Comandante, quien ya tiene una más flexible previsión penal para conductas punibles, con la fórmula «cumplir sus obligaciones hasta el último momento».

c) Por último, el capítulo III —«Delitos contra los deberes del servicio a bordo o de ayudas a la navegación»— contiene una serie de tipos (abandono de buques o aeronaves en peligro, variación del rumbo ordenado, desatraque o vuelo no autorizado e incumplimiento de diversos deberes específicos de a bordo) que no difieren de otros del Capítulo anterior, pero en los que el sujeto activo no es el Mando sino básicamente la dotación o tripulación, sin excluir la presencia entre ellas de Oficiales.

Lo más importante es la especial innovación de crear una figura delictiva de «incumplimiento de deberes en el servicio de ayudas a la navegación» (vi-

gilancia de espacio aéreo, control de tránsito, conducción de aeronave o ayudas a la navegación marítima o aérea), distinguiendo con precisión que los hechos sean intencionados o imprudentes, o que tengan lugar en tiempo de paz o de guerra.

H) Aunque recogiendo sólo los más importantes ataques a la Hacienda en el ámbito militar, que para su defensa en el plano de lo penal son resumidos en nueve delitos, se construye el Título VIII —«Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar»—, muy obediente a consideraciones criminológicas y de política criminal. Algunos de tales artículos no tienen correlativo en la ley actual que usa la impropia rúbrica de «Fraude», fuente de imprecisiones y problemas de discordancia con el contenido y semillero de impunidades, al dejar atípicas muchas conductas claramente lesivas del patrimonio castrense. Ya queda dichas cuál es la denominación que se prefiere para el Título en lugar de la imprecisa de «Delitos contra los intereses del Ejército», que engloba figuras heterogéneas de difícil conexión entre sí, y a las que sirve de común denominador en vez del «modus operandi» ideológico, la objetiva cualidad castrense de los bienes o la personal del culpable.

Se valora mucho en el Proyecto el ánimo de lucro que muestra el militar autor del delito, a veces más relevante a efectos penales que el menoscabo que directamente pueda sufrir la Hacienda, ya que puede suceder que la gestión de aquél, por ejemplo en la adjudicación de un determinado suministro a favor de una empresa comercial, no suponga lesión sino incluso condiciones de precio más ventajoso para el Estado. Respecto a la participación del personal civil en este tipo de delitos, cabe se dé bajo las formas habituales de inducción o cooperación, siendo también posible el concierto o connivencia con paisanos para efectuar una valoración excesiva de un inmueble que se pretende adquirir para las necesidades de la Defensa. Cuando se trate de adquisición o tenencia, con conocimiento de su ilícita procedencia, de material o efectos militares y aun de guerra, armamento o munición, los hechos serán del conocimiento de la Jurisdicción ordinaria.

Las figuras delictivas recogidas en el Título pueden agruparse así: uno, el de las caracterizadas por la gestión desleal del militar (simulación de necesidades para asignar fondos públicos destinados a atenciones inexistentes, o derechos económicos a favor del personal; utilización de elementos oficiales para fines particulares; incumplimiento malicioso de normas sobre material inútil), otro en que la conducta es contraria a la probidad o imparcialidad del funcionario y una tercera, para conductas fraudulentas (sustitución o alteración de cualidades esenciales de los suministros, o incumplimiento íntegro de contratos en tiempos de guerra o en estado de sitio), o de pérdida de material, distinguiendo si se tiene en custodia o es de la Unidad.

Se da cuenta, a continuación, de las remodelaciones de alguno de estos diversos tipos, tres de los cuales aparecen por primera vez en nuestro ordenamiento penal militar.

a) Petición de crédito para atenciones supuestas. Se rastrea esta figura en el Fuero de Teruel de 1176, y con la rúbrica de «reclamación de haberes para plazas supuestas», pasea desde entonces una densa historia de anécdotas, cautelas y conminaciones penales, al parecer sin resultado, por causa de

varias razones. El problema esencial es la exigencia o no del fin de lucro, que si está ausente o se justifica porque lo indebidamente reclamado revierte al Estado por otros conductos, quedan sólo irregularidades administrativas de la estirpe de la malversación de caudales públicos. En la legislación anterior a 1945 bastaba el mero hecho de la reclamación para que el delito se reputase cometido; el Código de esta fecha exige el ánimo de lucro. En el Proyecto se flexibilizan las penas y se adecúan al destino que se dé a la cantidad indebidamente reclamada. Lo importante de la reforma que se hace ahora es extender la antijuricidad no sólo a las plazas supuestas, sino a todos los derechos económicos en favor del personal y a toda clase de necesidades del servicio, lo cual, en materia de obras y suministros, puede alcanzar un volumen dinerario de mucha mayor importancia.

b) Utilización de elementos del servicio para fines particulares. Se amplía la antijuricidad cuando en el texto proyectado se habla de «fines» y no de «necesidades», ya que los abusos pueden realizarse por personas que no están en situación de necesidad. Y por otra parte, se suprime el requisito de causar gastos al Estado, ya que a veces éstos no son estimables o son de difícil evaluación y no por esto deja de ser incorrecta la conducta del militar, para cuya punición se parte del tope mínimo. Se incluye en el nuevo catálogo de delitos de esta clase, el facilitar a un tercero los elementos oficiales, pues el supuesto clásico de utilizar vehículos por mero recreo ha de dejar paso a conductas de mayor trascendencia, en las cuales se pone a disposición de esos terceros, vehículos para el transporte de mercancías o la utilización de maquinaria fija o móvil o instalaciones de tipo industrial existentes en establecimientos militares, sin ajustarse a los requisitos y autorizaciones con que excepcionalmente se permita. Finalmente conviene destacar que en ese precepto se podría incluir también la imposición de fondos en entidades bancarias privadas con la finalidad de obtener determinados beneficios el titular de la cuenta u otra persona.

c) Incumplimiento de normas sobre material inútil. Tiende a sancionar el perjuicio que para la Administración ocasiona quien, maliciosamente, clasifica como material inútil aquel que se encuentra en condiciones aptas para el servicio o buque, o aun debidamente clasificado, se oculta para que no pueda enajenarse en pública subasta. Se trata de una figura nueva, establecida con evidente intención de atajar presuntos fraudes en estos supuestos.

d) Interesarse ilícitamente en contrato u operación. Se elimina la referencia del texto antiguo a que la intervención tenga lugar en contrato u operación en que haya de intervenir por razón de su cargo, bastando con que se prevalga de su condición. Se amplía así el campo ilícito, pues basta esa presión, incluso psicológica, sobre los funcionarios encargados de la contratación. Esta figura, ensanchada, puede entrar en concurso real con delitos comunes que paralelamente se cometan.

e) Incumplimiento de deberes relacionados con el suministro a las Fuerzas Armadas. Derivados de los artículos 404 y 405 del Código de 1945, se refieren a la sustitución de unos efectos por otros o la alteración de sus cualidades o características fundamentales, reservando penalidades mayores para cuando el incumplimiento del contrato o la forma defectuosa de hacerlo,

desvirtuando o impidiendo su finalidad, tenga lugar en tiempos de guerra o en estado de sitio. Los primeros supuestos son esencialmente dolosos, admitiendo sólo el primero formas de imprudencia.

f) Destrucción, deterioro, abandono o sustracción de efectos militares. Los números cuatro y cinco del artículo 403 del Código de Justicia Militar de 1945, se transforman en tres preceptos, nuevos los dos últimos, para distinguir los mencionados supuestos de daños a la Hacienda en el ámbito militar según que se trate de efectos que el militar mantenga bajo su responsabilidad o sean de la Unidad, y el tercero para extenderse a todo aquel que lleve a cabo la receptación de los repetidos efectos militares; distinguiéndose por supuesto según se trate o no de material de guerra, armamento o munición, tenga especial gravedad el hecho, o se destinen al tráfico los efectos ilícitamente adquiridos. Nos remitimos a lo dicho al principio sobre la competencia que en este punto se atribuye a la Jurisdicción ordinaria.

V. De las disposiciones finales

Resta hacer algunas otras consideraciones de carácter general atinentes a las Disposiciones últimas que se insertan fuera del articulado.

En primer lugar, dejar constancia de que se han confrontado cuidadosamente los límites entre lo penal y lo disciplinario, pero conscientes de la estrecha relación que existe entre ambas esferas, se ha fijado una fecha de entrada en vigor que permita la promulgación coetánea de este Código con la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario.

Por otra parte, hacer notar que se ha llevado también a las Disposiciones últimas, como Adicional, el principio tradicional contenido en el artículo 224 del Código de Justicia Militar de 1945, de protección a familiares de militar separado sin derecho a haber pasivo, manteniéndolo en su integridad, por estimar que su carácter de norma de carácter asistencial les excluye de un compendio de normas penales de las que no son sujetos activos. Y así se le lleva a la esfera de las prestaciones económicas del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

Por último, debe hacerse alguna consideración sobre la consecuencia de radiar del texto penal proyectado, determinadas conductas delictivas hasta hoy contempladas en el Código de Justicia Militar, como el delito de rebelión militar en tiempos de paz o algunas otras en las que el sujeto activo, también en tiempo de paz, puede ser un paisano. Estas conductas serán inculminadas, para evitar su impunidad, en el Código Penal Común con el proyecto de reforma del mismo que se presenta acompañado al presente y con la misma fecha prevista para su entrada en vigor.

Se presenta pues la presente ley con el rango de Orgánica exigido por el artículo 81 de la Constitución, por la que se aprueba la nueva redacción del Código Penal militar, desgajado del contexto heterogéneo del Código de Justicia Militar de 1945, llevándola a cabo con espíritu de reordenación y modernización legislativa sujeta a las pautas reflejadas en la presente exposición de motivos. Un nuevo Código ya vaciado de los delitos llevados a la Ley de reforma del Código Penal común, quedando por lo tanto como único contenido del mismo, tal como se señala en la Disposición final primera y

en la Disposición transitoria cuarta, los delitos de naturaleza militar y fuera de la competencia castrense los que según otros criterios —«ratio loci» o «ratio personae»— no afecten directamente en tiempo de paz a los intereses y deberes propios de las Fuerzas Armadas.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, somete a las Cortes Generales el siguiente

PROYECTO DE LEY ORGANICA

CODIGO PENAL MILITAR

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

TITULO PRIMERO

PRINCIPIOS Y DEFINICIONES

Artículo 1. Legalidad

Sólo serán castigadas como delitos militares las acciones y omisiones previstas como tales en este Código y las incluidas con el referido carácter en los Bandos que las Autoridades militares a que se refiere el apartado 2.º del artículo 9.º dicten en tiempos de guerra o estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y por delegación de las Cortes Generales. En ningún caso podrán esos Bandos establecer penas no previstas en este Código o contener normas contrarias a los principios de culpabilidad, igualdad e irretroactividad.

Cuando de la rigurosa aplicación de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo o la pena resultare notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y la culpabilidad del reo, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar la sentencia.

Artículo 2. Culpabilidad

No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa.

Artículo 3. Igualdad

Todas las personas son iguales ante la ley penal militar.

Artículo 4. Irretroactividad

Se aplicarán las leyes penales militares vigentes en el momento de la comisión del delito. Sólo tendrán efecto retroactivo las posteriores que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor éstas, hubiese recaído sentencia firme y el penado estuviese cumpliendo la condena.

Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ésta, salvo que legalmente se disponga lo contrario.

Artículo 5. Especialidad

Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código.

Artículo 6. Separación de las infracciones disciplinarias

El presente Código Penal Militar no comprende las infracciones disciplinarias, que se regirán por sus disposiciones específicas.

Artículo 7. Aplicación de la ley penal militar en el espacio

Los preceptos de esta ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión, salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales.

Artículo 8. Militares

A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y de reserva, los que:

1.º Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.

2.º Con carácter obligatorio, formen parte de los reemplazos para el reclutamiento de las Fuerzas Armadas o ingresen como voluntarios, durante el tiempo que se hallen prestando servicio en filas.

3.º Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.

4.º Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.

5.º Por disposición del Gobierno presten servicio al ser movilizados o militarizados con cualquier asimilación militar.

Artículo 9. Autoridades militares

A los efectos de este Código se entenderá que son Autoridades militares.

1.º El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones y quienes les sustituyen en las mismas.

2.º Los militares que ejerzan Mando Superior o por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras autoridades militares principales.

3.º Los militares que, en tiempos de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar.

4.º Los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de Justicia y los Auditores, Fiscales y Jueces militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas.

Artículo 10. Fuerza armada

A los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios propios de las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley.

Artículo 11. Centinela

A los efectos de este Código, se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: Componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los Centros o estaciones en que sirvan, durante el desempeño de sus cometidos u observadores visuales de los mismos espacios.

Artículo 12. Superior

A los efectos de este Código se entenderá que es superior el militar que, respecto de otro, ostente empleo jerárquicamente más elevado o ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe, como titular o por sucesión reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones.

Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra enemigos, los militares españoles, cualquiera que fuere su grado, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de las mismas, así como aquellos prisioneros investidos de facultades de mando por la Autoridad militar española para el mantenimiento del orden y la disciplina, en relación a quienes les están subordinados.

Artículo 13. Potencia aliada

A los efectos de este Código se entenderá que Potencia aliada es todo Estado con el que España se halla unida por tratado o acuerdo de alianza militar o de defensa, así como cualquier Estado que, independientemente de tales tratados o acuerdos, toma parte en la guerra contra un enemigo común o coopera en la realización de una operación armada.

Artículo 14. Tiempos de guerra

A los efectos de este Código se entenderá que la locución «en tiempos de guerra» comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con Potencia extranjera y termina en el momento en que cesen éstas.

Artículo 15. Actos de servicio

A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos.

Artículo 16. Actos de servicio de armas

A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio de armas todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza, conforme a las disposiciones generales aplicables o a las órdenes particulares cursadas al respecto, así como los actos preparatorios de los mismos, ya sean individuales o colectivo, desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación y cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con éste o afecten a su ejecución. Asimismo tendrán esta consideración los actos relacionados de forma directa con la navegación de buques de guerra o el vuelo de aeronaves militares.

Artículo 17. Enemigo

A los efectos de este Código las fuerzas terrestres, navales o aéreas están en situación o banda que ejecuta una operación armada a las órdenes por cuenta o con la ayuda de una potencia con la cual España se halle en guerra o conflicto armado.

Artículo 18. En campaña

A los efectos de este Código las fuerzas terrestres, navales o aéreas están en campaña cuando residan u operen en zonas terrestres o marítimas o en espacios aéreos que se encuentren legalmente declarados en estado de sitio, o en tiempos de guerra.

Asimismo se considera que se hallan en campaña los militares que hayan caído en poder del enemigo o de rebeldes o sediciosos.

Artículo 19. Frente al enemigo o frente a rebeldes o sediciosos

A los efectos de este Código las fuerzas terrestres, navales o aéreas están frente al enemigo o frente a rebeldes o sediciosos cuando se hallen en situación tal que puedan entrar inmediatamente en combate directo con alguno de ellos o ser susceptibles de sus ataques directos, así como cuando sean alertadas para tomar parte en una misión de guerra.

Artículo 20. Orden

A los efectos de este Código orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da en forma adecuada y dentro de sus atribuciones a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.

TITULO SEGUNDO

DEL DELITO MILITAR

Artículo 21. Concepto

Son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código.

Lo son igualmente las incluidas en los Bandos que dicten las Autoridades militares en tiempos de guerra o estado de sitio.

Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga.

Artículo 22. Eximentes

Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal con las siguientes especialidades:

1.ª Miedo insuperable. El miedo no será estimado como fundamento de exención de la responsabilidad criminal en los delitos militares cometidos por militar.

2.ª Obediencia debida. Para los militares no se estimará como eximente el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

Artículo 23. Atenuantes y agravantes

En los delitos militares, además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal, serán estimadas como atenuantes:

1.ª Para las clases de tropa o marinería, la de no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas, siempre que se trate de un comportamiento que sólo ofenda un interés militar.

2.ª La de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso.

En los delitos contemplados en este Código, la embriaguez o cualquier otra intoxicación análoga, no será tenida en cuenta como atenuante para los militares siempre que se haya producido estando de servicio o en disposición de prestarlo.

La reincidencia es circunstancia que agrava la responsabilidad criminal en los delitos militares. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en un mismo Capítulo de este Código, por delito al que el Código señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquél señale pena menor.

TITULO TERCERO

DE LAS PENAS

CAPITULO I

Clases y duración de las penas

Artículo 24. Clases de penas

Las penas que pueden imponerse por los delitos comprendidos en este Código son:

1.º Principales:

- Muerte, en tiempos de guerra.
- Prisión.
- Pérdida de Empleo.
- Inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar.

2.º Accesorias:

- Pérdida de Empleo.
- Suspensión de empleo.
- Deposición de empleo.
- Inhabilitación absoluta.
- Suspensión de cargo público y derecho de sufragio activo o pasivo.

Artículo 25. Duración

La duración de las penas temporales será la siguiente:

- La de prisión, de tres meses y un día a veinticinco años, salvo lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de este Código.
- Las accesorias de suspensión de empleo, inhabilitación absoluta, suspensión de cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo, el tiempo de la principal.

Artículo 26. Abonos de tiempo de privación de libertad

Para el cumplimiento de condena se abonará el tiempo de prisión preventiva rigurosa o atenuada, haciéndose también extensivo el abono al tiempo de detención y al de arresto disciplinario, si se hubiesen sufrido por los mismos hechos.

CAPITULO II

Penas que llevan consigo otras accesorias

Artículo 27. Accesorias militares

Para los militares, la pena de muerte y la de prisión que exceda de tres años, llevarán consigo la accesoria de pérdida de empleo; la de prisión de seis meses de duración llevará consigo, en su caso, la accesoria de deposición de empleo.

Artículo 28. Accesorias comunes

La pena de muerte y la de prisión que exceda de doce años llevará consigo la accesoria de inhabilitación absoluta; la de prisión hasta doce años, la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo.

Toda pena llevará consigo la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito.

CAPITULO III*Efectos de las penas***Artículo 29. Pérdida de empleo**

La pena de pérdida de empleo, aplicable a militares profesionales producirá la pérdida del mismo y la baja del penado en las Fuerzas Armadas con privación de todos los derechos adquiridos en ellas, excepto los pasivos que pudieran corresponderles, quedando sujetos a la legislación sobre servicio militar obligatorio y movilización en lo que pudiera serles aplicable.

Esta pena es de carácter permanente. Los que la sufren no podrán ser rehabilitados sino en virtud de una Ley.

Artículo 30. Suspensión de empleo

La pena de suspensión de empleo, aplicable a Oficiales, generales o particulares, Suboficiales y Clases de tropa o marinería que lo tengan en propiedad, privará de todas las funciones propias del mismo. También producirá el efecto de que el condenado a ella pierda el número de puestos que, dentro de la categoría, proceda con arreglo a las disposiciones administrativas aplicables. El tiempo de suspensión no será de abono para el servicio.

Artículo 31. Efectos de la pena de prisión

La pena de prisión de tres meses y un día a seis meses impuesta a cualquier militar producirá el efecto de que su tiempo de duración no será de abono para el servicio y, en su caso, supondrá la pérdida de puestos en el escalafón, que proceda con arreglo a las disposiciones administrativas aplicables.

Artículo 32. Deposición de empleo

La deposición de empleo, aplicable a las Clases de tropa o marinería que no tengan reconocida su propiedad, producirá la pérdida del que posea el penado, sin que pueda obtener otro durante el cumplimiento de la condena.

Artículo 33. Penas privativas de derechos

Las penas de inhabilitación absoluta, suspensión de cargo público, derecho de sufragio así como la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito producirán las consecuencias señaladas en el Código Penal.

La pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar privará al penado, con carácter permanente, del mando de éstos.

CAPITULO IV

Aplicación de las penas

Artículo 34. Reglas generales para la individualización de la pena

En los delitos militares y salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, se impondrá la pena señalada por la ley en la extensión que se estime adecuada, teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión.

La individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en la sentencia.

Artículo 35. Concurrencia de atenuantes

Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la circunstancia 2.ª del párrafo primero del artículo veintitrés, podrá imponerse la pena inferior en grado a la señalada por la ley.

Artículo 36. Eximentes incompletas

En los casos en que no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, se podrá imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley, sin perjuicio de las medidas de seguridad que el Código Penal prevé al efecto.

Artículo 37. Preterintencionalidad

Cuando se cause muerte o lesiones graves de modo preterintencional, se impondrá la pena inferior en grado a la que correspondería de haberse ocasionado el resultado dolosamente.

Artículo 38. Extensión máxima

El máximo del cumplimiento ininterrumpido de las penas impuestas al condenado por varias infracciones no podrá exceder de treinta años.

Artículo 39. Penas superior e inferior en grado

La pena superior o inferior en grado se determinará respectivamente partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentándole la de un tercio de su cuantía, sin que pueda exceder de treinta años, o partiendo de la cifra mínima y restándole su tercera parte.

La pena inferior a la de muerte será la de veinte a treinta años de prisión. La pena inferior a la de pérdida de empleo impuesta, como principal, será la de suspensión de empleo, por un período máximo de tres años.

CAPITULO V

Cumplimiento de las penas

Artículo 40. Penas de privación de libertad

Las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa.

En caso de que las penas impuestas a militares por la comisión de delitos comunes lleven consigo la baja en las Fuerzas Armadas, se extinguirán en establecimientos penitenciarios ordinarios, en régimen de separación del resto de los penados. Si no llevaran aparejada la baja en las Fuerzas Armadas, se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se disponga por el Ministerio de Defensa.

Artículo 41. En tiempos de guerra

En tiempos de guerra, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina.

Artículo 42. Suspensión condicional de la condena

Se confiere a los Tribunales y Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la Ley a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta.

TITULO CUARTO

DE LA EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Artículo 43. Plazo de prescripción de los delitos

Los delitos prescriben a los veinte años, cuando se hallasen castigados con la pena de muerte o pena de prisión superior a quince años; a los quince, si estuvieren penados con prisión por más de diez años; a los diez, si la pena fuera de prisión superior a un año o de pérdida de empleo; y a los cinco años, en los demás supuestos.

Cuando la pena señalada al delito fuese compuesta o alternativa se estará a la más grave a los efectos de la prescripción.

Artículo 44. Plazo de prescripción de las penas

Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

La de muerte y la de prisión cuya duración exceda de veinte años, a los treinta años.

La de prisión cuya duración exceda de quince años, a los veinte años.

La de prisión cuya duración exceda de diez años, a los quince años.

La de prisión cuya duración exceda de cinco años, a los diez años.

Las restantes penas, a los cinco años.

Artículo 45. Rehabilitación

Los condenados que hayan cumplido su pena o alcanzado su remisión condicional tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, previo informe de la Autoridad Judicial Militar o del Tribunal que haya entendido de la causa, la cancelación de sus antecedentes penales, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1.º No haber delinquido durante los plazos que se señalan en el número tercero.

2.º Tener satisfechas, en lo posible, las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia legalmente declarada.

3.º Haber transcurrido el plazo de dos años para las penas de prisión no superiores a seis meses, condenas por delitos de imprudencia y penas no privativas de libertad; tres años para las penas de prisión que excedan de seis meses y no de doce años; cinco años para las penas de prisión superiores a doce años; y diez años en todos los casos de reincidencia o de rehabilitación revocada.

El Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de los antecedentes penales cuando transcurrieren los plazos señalados, y un año más sin que se haya anotado una nueva y posterior condena o declaración de rebeldía del penado.

TITULO QUINTO

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO

Artículo 46. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado

En defecto de quienes lo sean criminalmente, el Estado es responsable civil por los delitos que hubiesen cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la Sentencia.

LIBRO SEGUNDO**DE LOS DELITOS EN PARTICULAR****TITULO PRIMERO****DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD NACIONAL Y DEFENSA NACIONAL****CAPITULO I***Traición militar***Artículo 47. Tipos básicos**

Será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años, pudiendo imponerse la de muerte en tiempos de guerra, el militar que:

1.º Indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertase con ella para el mismo fin.

2.º Tomare las armas contra la Patria bajo banderas enemigas.

3.º Con el propósito de favorecer al enemigo, le entregase plaza, establecimiento, instalación, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate.

4.º En plaza o puesto sitiado o bloqueado, buque o aeronave o en campaña, ejerciere coacción, promoviere complot o sedujere fuerza para obligar a quien ejerce el mando a rendirse, capitular o retirarse.

5.º Sedujere tropa española o al servicio de España para que se pasen a filas enemigas o reclutare gente para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas.

6.º Se fugare de sus filas con propósito de incorporarse al enemigo.

7.º Con el propósito de favorecer al enemigo, ejecutare actos de sabotaje o, de cualquier otro modo efectivo, entorpeciere gravemente las operaciones bélicas.

8.º Propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas, con la intención manifiesta de favorecer al enemigo.

9.º Con el ánimo de favorecer al enemigo, causare grave quebranto a los recursos económicos o a los medios y recursos afectos a la defensa militar.

10. De cualquier otra forma, colaborase con el enemigo, prestándole un servicio con el propósito de favorecer el progreso de sus armas.

Artículo 48. Traición mediante espionaje militar

El español que en tiempos de guerra realizase actos de espionaje militar, conforme a lo previsto en el Capítulo siguiente, será considerado traidor y condenado a la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

El militar que realizare dichos actos en tiempo de paz será condenado a la pena de cinco a quince años de prisión.

Artículo 49. Incumplimiento del deber de evitar delitos de traición

El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los delitos previstos en este Capítulo, no empleare los medios a su alcance para evitarlo será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.

CAPITULO II*Espionaje militar***Artículo 50. Revelación de información de interés militar**

El extranjero que en tiempos de guerra se procurare por cualquier medio de información clasificada o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o la defensa nacional, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismos internacional, será castigado, como espía, a la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

CAPITULO III*Revelación de secretos o informaciones relativas a la Seguridad Nacional y Defensa Nacional***Artículo 51. Revelación de secretos o información clasificada**

El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.

Al español que, en tiempos de guerra, cometiere este delito se le impondrá la pena de prisión de diez a veinte años.

Artículo 52. Revelación de información de interés militar

El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional, o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión.

Al español que, en tiempos de guerra, cometiere este delito se le impondrá la pena de prisión de cinco a quince años.

Artículo 53. Circunstancias específicas de agravación

Las penas establecidas en los dos artículos anteriores se aplicarán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino.

2.º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.

Artículo 54. Tenencia u obtención ilegal de documentos reservados relativos a la defensa nacional

El militar que tuviere en su poder, fuera de las condiciones fijadas en la legislación vigente, objetos, documentos o información clasificada relativos a la defensa nacional, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Con las mismas penas será castigado el militar que, sin autorización expresa y por cualquier medio, reprodujera planos o documentos referentes a zonas, instalaciones o material militar que sean de acceso restringido o reservado por su relación con la seguridad o la defensa nacional.

Al español que en tiempo de guerra cometiera estos delitos se le impondrá la pena de tres a diez años de prisión.

Artículo 55. Imprudencia

El militar que, por razón de su cargo, comisión o servicio, tuviere en su poder o conociera oficialmente documentos, objetos o información clasificada o relativa a la seguridad o defensa nacional, y por imprudencia diera lugar a que sea conocida por persona no autorizada o fuere divulgada, publicada o inutilizada, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

Al español que en tiempos de guerra, cometiera este delito se le impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

CAPITULO IV

Atentados contra los medios o recursos de la Defensa Nacional

Artículo 56. Sabotaje en tiempos de guerra

El que, en tiempos de guerra, intencionadamente destruyere, dañare o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques, aeronaves, medios de transporte o transmisiones, vías de comunicación, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos de la defensa nacional, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, pudiendo imponerse la de muerte.

Artículo 57. Destrucción, daño o inutilización de medios y recursos militares

El militar que, en tiempo de paz, intencionadamente destruyere, dañare de modo grave o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisiones militares, material de guerra, apro-

visionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, será castigado con la pena de cinco a quince años.

Si estos hechos fueren cometidos mediante incendio, explosión, naufragio, descarrilamiento, inundación, voladura, derrumbamiento o cualquier otro medio capaz de ocasionar graves estragos, comportaren un peligro para la vida o integridad de las personas o hubieren comprometido el potencial o capacidad bélica de la Nación, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Artículo 58. Infracciones contra medios y misiones de las Fuerzas Armadas

El militar que denunciare falsamente la existencia, en lugar militar, de aparatos explosivos u otros similares o entorpeciere intencionadamente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misiones de los Ejércitos, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.

Al español que, en tiempos de guerra, cometiera este delito se le impondrá la pena de prisión de cinco a quince años.

Artículo 59. Delitos contra la documentación militar

El militar que destruyere, inutilizare, falseare, o abriere sin autorización la correspondencia oficial o documentación relacionada con la Seguridad Nacional o la Defensa Nacional, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. En la misma pena incurrirá quien tuviese en su poder sin autorización, documentos clasificados.

Artículo 60. Allanamiento de establecimiento militar

El que, contra la voluntad expresa o tácita del Jefe de una base, acuartelamiento o establecimiento militar, penetrase, permaneciere en el mismo o vulnerase las medidas de seguridad establecidas para la protección de las unidades o instalaciones militares, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

Artículo 61. Imprudencia

Cuando los delitos de este capítulo fueren cometidos por imprudencia serán castigados con la pena inferior en grado a la señalada en cada caso.

CAPITULO V

Derrotismo

Artículo 62. Derrotismo bélico

El que, en tiempos de guerra, con el fin de desacreditar la intervención de España en ella, realizare públicamente actos contra la misma o contra las Fuerzas Armadas españolas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión. Asimismo, el que en igual forma y circunstancias divulgare noticias o informaciones falsas con el fin de debilitar la moral de la pobla-

ción o de provocar la deslealtad o falta de espíritu entre los militares españoles, será castigado a la pena de seis meses a seis años.

En ambos casos, si el culpable fuere militar se impondrá la pena en su mitad superior.

CAPITULO VI

Disposiciones comunes

Artículo 63. Delitos cometidos contra Potencia u Organización aliadas

El que en tiempos de guerra cometiere alguno de los delitos expresados en este Título contra Potencia aliada será castigado con las penas señaladas en los mismos.

Artículo 64. Incriminaciones autónomas

La conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de este Título, la apología de los mismos o de sus autores, así como los actos preparatorios destinados a facilitar tal comisión y los de auxilio o encubrimiento, serán castigados con la pena inferior en grado a las respectivas señaladas.

Artículo 65. Excusa absolutoria

Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de traición o espionaje militares, lo denunciare a tiempo de evitar sus consecuencias.

Artículo 66. Pérdida de empleo

En los delitos comprendidos en este Título se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo, excepto en los tipificados en los artículos 54, 55, 59 y 60 y en los cometidos por imprudencia.

TITULO SEGUNDO

DELITOS CONTRA LAS LEYES Y USOS DE LA GUERRA

Artículo 67. Violencia contra enemigo indefenso

El militar que maltratare de obra a un enemigo que se ha rendido o que no tiene ya medios de defenderse, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. Si le causare lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión, y si le causare la muerte será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

Artículo 68. Empleo de medios de combate ilícitos

El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

Artículo 69. Destrucción de buques sin previo aviso

El militar que, violando las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España relativos a la navegación en tiempos de guerra, destruyere innecesariamente un buque no beligerante enemigo o neutral, sin dar tiempo suficiente para poner a salvo la tripulación y pasaje, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en casos de extrema gravedad.

Artículo 70. Violación de pactos bélicos

El militar que violare suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, será castigado con pena de cinco a quince años de prisión.

Artículo 71. Devastación y saqueo

El militar que saqueare a los habitantes de poblaciones enemigas o, sin exigirlo las necesidades de la guerra, incendiare, destruyere o dañare gravemente edificios, buques, aeronaves u otras propiedades enemigas no militares, será castigado con la pena de tres a quince años de prisión.

Artículo 72. Requisa y presa ilegítima

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, el militar que:

1.º Requisare indebida o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado.

2.º Capturare o destruyere buque mercante o aeronave comercial, con infracción de las normas sobre el derecho de presa.

Artículo 73

Será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión el militar que:

1.º Uso abusivo de bandera o emblemas. Ostentare indebidamente la bandera de parlamento, banderas o emblemas enemigos o neutrales o los signos distintivos de los Convenios de Ginebra.

2.º Atentado a la inviolabilidad del parlamentario. Ofendiere de palabra u obra o retuviere indebidamente a un parlamentario o a las personas que lo acompañasen.

Artículo 74. Violencias graves contra las personas protegidas

El militar que intencionadamente causare la muerte o al menos lesiones graves, torturas o trato inhumano a herido, náufrago, prisionero de guerra, población civil, efectuase con ellos experiencias médicas o científicas no justificadas y que no se ejecuten en bien suyo, o les causare de propósito grandes sufrimientos, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

Si ejecutase actos que pongan en grave peligro su integridad física o su salud, se impondrá la pena inferior en grado.

Artículo 75

Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que:

1.º Omisión de asistencia a heridos, enfermos o náufragos. No adoptase las medidas a su alcance para la búsqueda y recogida de heridos, enfermos o náufragos, tanto propios como del enemigo.

2.º Despojo a combatientes enemigos. Despojare de sus efectos en la zona de operaciones a un muerto, herido o enfermo, náufrago o prisionero de guerra con el fin de apropiárselos.

Cuando con motivo del despojo se les causare lesiones o se ejercieren violencias que agravasen notablemente su estado, se impondrá la pena en su mitad superior.

3.º Actos hostiles contra establecimientos protegidos. Violare a sabiendas la protección debida a establecimientos, formaciones móviles, medios de transporte y material sanitarios, campos de prisioneros de guerra, zonas de refugio para las poblaciones civiles y lugares de internamiento, dados a conocer por los signos establecidos o cuyo carácter pueda distinguirse de modo inequívoco en la lejanía.

4.º Atentados contra personal sanitario y religioso. Atentare contra el personal del servicio sanitario y religioso, tanto enemigo como neutral, miembros de las organizaciones de socorro y personal afecto al servicio de los establecimientos o lugares antes citados.

No se aplicará lo dispuesto en este número y en el anterior si se hace uso de esta protección para llevar a cabo actos de hostilidad.

5.º Atentados contra prisioneros de guerra. Obrigare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, los injuriare gravemente, no les procurare el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria o les privare de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

6.º Violencias contra la población civil. Cometiere contra las personas civiles de un país con el que España está en guerra, deportaciones y traslados ilegales, detenciones ilegítimas, toma de rehenes, coacciones para servir en las fuerzas armadas enemigas o les privara de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

7.º Destrucción, pillaje o apropiación de bienes culturales. Destruyere o deteriorare, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, los bienes muebles de valor histórico, artístico, científico o técnico, los yacimientos en zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y parques relevantes por su interés histórico-artístico o antropológico y, en general, todos aquellos que formen parte del patrimonio histórico español con arreglo a la Ley, siempre que no estén destinados a fines militares.

Cualquier acto de pillaje o apropiación de los citados bienes culturales, así como todo acto de vandalismo sobre los mismos y la requisita de los situados en territorio que se encuentre bajo la ocupación militar, será castigado con igual pena.

Artículo 76. Otras violaciones de Acuerdos Internacionales

El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempos de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

TITULO TERCERO**DELITOS DE REBELION EN TIEMPOS DE GUERRA****Artículo 77. Alzamiento colectivo armado**

Son reos de rebelión en tiempos de guerra los que se alzaren colectivamente en armas en tiempos de guerra para conseguir cualquiera de los siguientes fines:

- 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
- 2.º Destituir al Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
- 3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
- 4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma, o impedir que se reúnan o deliberen o arrancarles alguna resolución.
- 5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sustraer la Nación o parte de ella o cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.
- 6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Gobierno de una Comunidad Autónoma, usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno Nacional o Autonómico o a cualquiera de sus miembros de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio.

Será castigado con la pena de:

- 1.º Quince a veinticinco años de prisión quienes promovieren o sostuvieren la sublevación y quien ostente el mando superior de las fuerzas implicadas, pudiendo imponerse la pena de muerte.
- 2.º Quince a veinticinco años de prisión, quienes no hallándose comprendidos en el apartado anterior, ejerzan mando de compañía o de unidad análoga o superior.
- 3.º Diez a veinte años de prisión, los meros ejecutores.

Artículo 78. Alzamiento sin armas y seducción para cometer delito de rebelión

Serán castigados con la pena de diez a veinte años de prisión, los militares que, en tiempo de guerra:

1.º Consiguieren por astucia o por cualquier otro medio, alguno de los fines del artículo anterior.

2.º Sedujeren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión. Si llegare a tener efecto la rebelión, los seductores se reputarán promotores y sufrirán la pena señalada en el artículo anterior.

3.º En la forma diversa de la prevista en el delito de traición atentaren contra la integridad de la Nación española.

Artículo 79. Resolución manifestada y apología

La conspiración, proposición o provocación para cometer cualquiera de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, serán castigadas con la pena inferior en grado a la señalada.

La apología de cualquiera de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores o de sus autores, será castigada con la pena de dos a ocho años de prisión.

Artículo 80. Excusas absolutorias

Quedará exento de pena el que, implicado en cualquiera de los delitos previstos en los tres anteriores, los revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

A los meros ejecutores que depongan las armas, antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena inferior en grado.

Artículo 81. Incumplimiento del deber de represión y denuncia

El militar que no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión en las fuerzas de su mando será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.

El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer un delito de rebelión, no lo denunciare inmediatamente a sus superiores, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión.

Artículo 82. Pérdida de empleo

En los delitos comprendidos en este Título se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo.

TITULO CUARTO

DELITOS CONTRA LA INSTITUCION MILITAR

CAPITULO I

Delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar

Artículo 83. Desobediencia o maltrato de obra a centinela o fuerza armada

El que desobedeciere o se resistiere a obedecer órdenes de centinela será castigado con la pena de dos meses y un día a dos años de prisión. El que mal-

tratarse de obra a un centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. En tiempos de guerra o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de dos a diez años en ambos casos.

Si el maltrato fuere efectuado con armas, se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior. Si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se ocasionare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años. En tiempos de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

En las mismas penas incurrirá el militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedeciere órdenes de fuerza armada y el que, en tiempos de guerra, comete este delito.

Artículo 84. Maltrato de obra o desobediencia a policía militar

El militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedezca órdenes de la policía militar, en su función de agentes de la autoridad, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años. El que cometa este delito, en tiempos de guerra o estado de sitio, será castigado con la pena de dos a diez años de prisión.

Si el maltrato fuere efectuado con armas, se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior. Si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se ocasionare la muerte, se impondrá la pena de prisión de quince a veinticinco años. En tiempos de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

CAPITULO II

Atentados y desacatos a Autoridades Militares, ultrajes a la Nación o a sus símbolos e injurias a los Ejércitos

Artículo 85. Atentado a la Autoridad Militar

El que en tiempos de guerra atentare contra Autoridad Militar con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, causándole la muerte o lesiones graves, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, pudiendo imponerse la de muerte. Cuando se produzca otro resultado, la pena será de cinco a quince años de prisión.

El militar que, en tiempo de paz, cometa este delito será condenado a la pena de quince a veinticinco años de prisión si produjere la muerte; cinco a quince años de prisión si le causare lesiones graves y tres meses y un día a cinco años de prisión si se produjere otro resultado.

En todos los supuestos de este artículo se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

Artículo 86. Desacato a la Autoridad Militar

El que en tiempos de guerra, sin estar comprendido en el artículo anterior, resistiere a Autoridad Militar, le desobedeciere en el ejercicio de su cargo

o le amenazare, calumniare o injuriare, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años.

El militar que, en tiempo de paz, cometiere este delito será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

En todos los supuestos podrá imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

Artículo 87. Ultrajes a la Nación y sus símbolos

El militar que ofendiere o ultrajare a la Nación española, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas será castigado con la pena de uno a seis años de prisión, pudiendo imponerse además la pena de pérdida de empleo. Cuando el delito fuere cometido con publicidad o cualquier medio de difusión se impondrá la pena de tres a diez años de prisión.

El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años.

Artículo 88. Injurias a los Ejércitos

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años el que de palabra, por escrito, o por cualquier medio de publicidad injuriare a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos, siempre que el culpable fuese militar o el hecho se produjese en establecimiento militar.

CAPITULO III

Encubrimiento de delitos militares

Artículo 89. Encubrimiento de delitos militares

Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la respectivamente señalada el que, con conocimiento de la comisión de un delito militar y sin haberse concertado previamente con sus autores o cómplices, interviniere con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1.º Auxiliando, sin ánimo de lucro propio, a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito.

2.º Ocultando o inutilizando el cuerpo, efectos o instrumentos de un delito para impedir su descubrimiento.

3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o sus agentes, o a sustraerse a su busca y captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando el delito encubierto se hallare castigado con pena cuyo límite mínimo sea de al menos un año de prisión o sus autores sean reincidentes.

b) Cuando el favorecedor obre con abuso o quebranto de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de suspensión de su cargo por tiempo de dos a cuatro años si el delito favorecido se encontrare castigado con pena cuyo límite mínimo sea inferior a tres años, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, en los demás casos.

Salvo en tiempos de guerra, no se aplicarán las penas de este Capítulo al cónyuge, o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, a los ascendientes, descendientes o hermanos del favorecido.

TITULO QUINTO

DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA

CAPITULO I

Sedición militar

Artículo 90. Tipo base y cualificados

Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más, o que, constituyendo, sin llegar a este número, la mitad al menos de una fuerza, dotación o tripulación, rehusaren obedecer debidamente las órdenes legítimas recibidas, se resistieran a cumplir sus demás deberes del servicio, o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a los superiores serán castigados con la pena de uno a diez años de prisión, cuando se trate de los meros ejecutores, y con las de dos a quince cuando se trate de los promotores, del cabecilla que se ponga al frente de la sedición y, en todo caso, de oficiales o suboficiales.

Si los hechos tuvieren lugar en situación de peligro para la seguridad del buque o aeronave, frente a rebeldes o sediciosos, acudiendo a las armas o agrediendo a los superiores, las penas serán de diez a veinte años de prisión para los menores ejecutores y de diez a veinticinco para los promotores, el cabecilla y, en todo caso, para oficiales o suboficiales.

Si se causare la muerte o al menos lesiones graves al superior se impondrá la pena de quince a veinticinco años de prisión.

En tiempos de guerra los meros ejecutores serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión, y los autores cualificados con la de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse en ambos casos la de muerte.

Artículo 91. Reclamaciones o peticiones colectivas

Se considerarán también reos de sedición militar los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad. En tales casos, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años a los meros ejecutores y la de dos a ocho años a los promotores, al cabecilla y a los oficiales y suboficiales que intervinieren.

Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio serán castigadas con la pena de tres meses y un día a un año de prisión; sin embargo podrán corregirse en vía disciplinaria, si la trascendencia fuera mínima.

Artículo 92. Desistimiento

Si los sediciosos depusieren su actitud a la primera intimación o antes

de ella, serán castigados con la pena inferior a las correspondientes, salvo quienes agredieran a los superiores.

Artículo 93. Conspiración y proposición

La conspiración y proposición para cometer el delito de sedición militar serán castigadas con la pena inferior a la respectiva establecida.

Artículo 94. Incitación y apología

El que, en tiempos de guerra de palabra, por escrito, impreso u otro modo de posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de sedición militar, a las tropas a comportarse con indisciplina, o al incumplimiento de deberes militares o hiciera apología de la sedición militar o de los sediciosos será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. El militar que en tiempo de paz cometa este delito será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años.

Artículo 95. Negligencia en la represión y omisión de denuncia

El militar que no adoptase las medidas necesarias o no empleare los medios racionales a su alcance para contener la sedición en las fuerzas de su mando o que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer este delito, no lo denunciare a sus superiores será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años o con la de pérdida de empleo.

Artículo 96. Pérdida de empleo

En los delitos comprendidos en los artículos 90, 91 (párrafo primero) y 94 así como la *conspiración y proposición para su comisión*, se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo.

CAPITULO II

Insubordinación

SECCION 1.ª

Insulto a superior

Artículo 97. Maltrato de obra a superior en tiempos de guerra o circunstancias críticas

El militar que, hallándose frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave, maltratare de obra a un superior será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempos de guerra.

Las mismas penas se impondrán al militar que, en tiempos de guerra, maltratare de obra a un superior causándole la muerte o lesiones graves, si el hecho se ejecutare en campaña, en acto de servicio o con ocasión de éste.

Artículo 98. Maltrato de obra a superior

Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, el militar que maltratare de obra a un superior será castigado:

1.º Con la pena de quince a veinticinco años de prisión, si resultare la muerte del superior.

2.º Con la de cinco a quince años de prisión, si le causare lesiones graves.

3.º Con la de tres meses y un día a cinco años de prisión en los demás casos.

Estas penas se impondrán en su mitad superior, cuando el hecho se ejecutare en tiempos de guerra, en acto de servicio o con ocasión del mismo.

Artículo 99. Actos con tendencia a maltratar de obra a superior

El militar que pusiere mano a un arma ofensiva o ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior será castigado:

1.º Con la pena de tres a diez años de prisión, si el hecho fuere ejecutado en los supuestos del párrafo primero del artículo 94.

2.º Con la de tres y un día a tres años de prisión, en los demás casos.

Artículo 100. Coacciones, amenazas u ofensas a superior

El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en los artículos anteriores, coaccionare, amenazare o injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

SECCION 2.ª

Desobediencia

Artículo 101. Desobediencia

El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Si se tratase de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses y un día a seis años de prisión.

Estos hechos, cometidos en tiempos de guerra, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la situación del buque o aeronave, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempos de guerra.

CAPITULO III

Abuso de autoridad

Artículo 102. Abuso de autoridad

El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.

Artículo 103. Maltrato de obra a inferior

El superior que maltratare de obra a un inferior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años. Si causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión. Si le causare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años, pudiendo imponerse la de muerte en tiempos de guerra.

Artículo 104. Justificación de conducta

En los delitos militares flagrantes de traición, rebelión, sedición, los de insulto a superior, desobediencia, cobardía, quebrantamiento de servicio y contra las leyes y usos de la guerra, el superior que incurriere en el abuso de autoridad previsto en los dos artículos anteriores, quedará exento de responsabilidad si se prueba que tuvo por objeto contener por un medio racionalmente necesario la comisión de aquéllos.

Artículo 105. Trato degradante

El superior que tratase a un inferior de manera degradante será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

TITULO SEXTO**DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO****CAPITULO I***Cobardía***Artículo 106. Abandono o incumplimiento de misión por cobardía**

El militar que por cobardía abandonare su puesto frente al enemigo, rebeldes o sediciosos será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión y, si ejerciere mando, con la de quince a veinticinco, pudiendo imponerse la pena de muerte en tiempos de guerra.

En las mismas penas incurrirá el que, por cobardía y en idénticas situaciones, rehusare permanecer o situarse en su puesto o incumpliere la misión encomendada.

Artículo 107. En tiempos de guerra

Cuando los hechos previstos en el artículo anterior tuvieren lugar en tiempos de guerra, fuera de las situaciones expresadas, se impondrá al militar la pena de tres a diez años de prisión y, si ejerciere mando, la de cinco a quince años de prisión.

Artículo 108. Actos demostrativos de cobardía

El militar que, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos realizare actos demostrativos de cobardía susceptibles a infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza, será castigado con la pena de diez a vein-

ticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempos de guerra.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior tuvieran lugar en tiempos de guerra o circunstancias críticas, fuera de las situaciones expresadas, se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años y si el culpable ejerciere mando, la de tres a diez años.

Artículo 109. Simulación y otros engaños con ocasión de combate

El militar que, por cobardía, para excusarse de su puesto o misión en el combate, simulare enfermedad o lesión, se la produjese o emplease cualquier otro engaño con el mismo fin, será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.

Artículo 110. Capitulación

El militar que entregare, rindiere o abandonare al enemigo, rebeldes o sediciosos, plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate, sin haber agotado el empleo de los medios de defensa que exijan los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempos de guerra.

Artículo 111. Capitulaciones innecesarias

El militar que incluyere en la capitulación plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate, dependientes de su mando, pero no comprometidos en el hecho de armas que ha determinado la rendición, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.

A igual pena será condenado el militar que en la capitulación estableciere para sí condiciones más ventajosas, y con la pena de seis meses a seis años si tales condiciones se estipularen en favor de otro u otros sin razón suficiente.

Artículo 112. Incumplimiento de deberes militares por cobardía

Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, violare algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

Artículo 113. Pérdida de empleo

En los delitos comprendidos en este Capítulo se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

CAPITULO II*Deslealtad***Artículo 114. Información militar falsa**

1. El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expediere certificado en sentido distinto al que le constare será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.

2. Cuando en su información o certificación el militar, sin faltar sustancialmente a la verdad, la desnaturalizare, valiéndose de términos ambiguos, vagos o confusos, o la alterare mediante reticencias o inexactitudes, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

3. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si hubiere mediado precio, recompensas o promesa.

4. Además de la pena de prisión, podrá imponerse, atendida la gravedad y trascendencia de los hechos, la pena de pérdida de empleo.

5. En todos los supuestos previstos en este artículo, se impondrá la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efecto.

Artículo 115. Indiscreción sobre asuntos del servicio

El militar que no guardase la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión; sin embargo, podrán corregirse en vía disciplinaria, si la trascendencia fuese mínima.

Artículo 116. Incumplimiento de deberes militares mediante engaño

El militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempos de guerra, se impondrán la pena de prisión de dos años a ocho años.

Artículo 117. Facilitación de la evasión de presos

El militar que facilitare la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos confiados a su custodia será castigado con la pena de uno a seis años de prisión.

Si en la evasión hubiere mediado violencia o soborno, la pena se impondrá en su mitad superior.

CAPITULO III

Delitos contra el deber de presencia y prestación del servicio militar

SECCION 1.ª

Abandono de destino o resistencia

Artículo 118. Abandono de destino o residencia

El Oficial, general o particular, Suboficial o asimilado que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de cinco días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempos de guerra, la ausencia por más de dos días será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.

SECCION 2.ª

Deserción

Artículo 119. Deserción

Comete deserción el militar no comprendido en el artículo anterior que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasado tres noches desde que se produjo la ausencia. En tiempos de guerra, se consumará la deserción a las veinticuatro horas.

El desertor será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Las mismas penas se impondrán en aquellos supuestos de ausencia injustificada en los que, aun no habiéndose cumplido los plazos señalados en el párrafo primero, la intención del militar fuera la de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus deberes castrenses.

SECCION 3.ª

Quebrantamientos especiales del deber de presencia

Artículo 120. Ausencia frente al enemigo, rebeldes o sediciosos

El militar que se ausentare injustificadamente frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.

Artículo 121. Ausencia en circunstancias críticas

El militar que, en circunstancias críticas, se ausentare injustificadamente de la unidad donde preste sus servicios, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años

de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.

Artículo 122. Incomparecencia a bordo

El militar no comprendido en los artículos anteriores que se quedare en tierra injustificadamente a la salida del buque de cuya dotación o tripulación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempos de guerra se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

Artículo 123. Falta a concentración

El recluta que, citado reglamentariamente, no efectuare sin justa causa, su incorporación en el plazo fijado para la concentración o presentación será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

SECCION 4.ª

Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y negativa a cumplirlo

Artículo 124. Inutilización

El militar que, para eximirse del servicio, se inutilizare por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión, si es en tiempo de paz y de tres a diez años si es en tiempos de guerra. En caso de dar su consentimiento para ser inutilizado o de tentativa podrá imponerse la mitad de las penas antes señaladas.

En las primeras penas incurrirá el que a sabiendas, procurare a un militar la inutilización a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose en su mitad superior si se realizare el hecho mediante precio o cuando se tratase de personal sanitario. Se impondrá en su mitad inferior cuando el autor sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del mutilado o inutilizado.

Artículo 125. Simulación

El militar que, para eximirse del servicio u obtener el pase a otra situación administrativa, simulare una enfermedad o defecto físico será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

En las mismas penas incurrirá el personal sanitario que facilitare la simulación.

Artículo 126. Negativa a cumplir el servicio militar

El español que, declarado útil para el servicio militar, rehusare expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años.

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

Artículo 127. Consideración de militar

A los efectos de esta Sección, se considerarán militares a los mozos y reclutas en los términos previstos en la Ley de Servicio Militar y a los soldados que, en situación de reserva, fuesen llamados a filas desde el momento que tengan obligación de presentarse.

SECCION 5.ª**Disposición común****Artículo 128. Incitación, apología, auxilio y encubrimiento**

El que de palabra, por escrito, impreso u otro medio de posible eficacia, incitare a militares a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en las Secciones 1.ª y 2.ª de este Capítulo, hiciere apología de los mismos o de sus autores, los auxiliare o encubriere, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Quedará exento de pena el encubridor que lo fuere de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, de su ascendiente, descendiente o hermano.

No obstante, en tiempos de guerra, se podrán imponer en todo caso las mismas penas que a los autores de los respectivos delitos.

CAPITULO IV*Delitos contra los deberes del mando***SECCION 1.ª****Incumplimiento de deberes inherentes al mando****Artículo 129. Abandono o entrega injustificada de mando**

El Jefe de una fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que hiciere dejación del mando por abandono o entrega indebida será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. Frente a los rebeldes o sediciosos en circunstancias críticas, la pena será la de prisión de diez a veinticinco años y en tiempos de guerra la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

Artículo 130. Infracciones de deberes en operaciones de guerra

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, en tiempos de guerra y sin que lo justifique la situación del combate, dejare de emprender o cumplir una misión de guerra, se abstuviere de combatir o perseguir al enemigo debiendo hacerlo, o no empleare, en el curso de las operaciones bélicas, todos los medios que exija el cumplimiento de los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.

Artículo 131. Omisión de medidas preventivas

El militar con mando que perdiera la plaza, establecimiento, instalación militar, buque, puesto o fuerza a sus órdenes, por no haber tomado las medidas preventivas conforme a los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.

Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión al militar con mando que, por la misma causa, fuere sorprendido por el enemigo, ocasionare daño grave al servicio en tiempos de guerra o no inutilizare material de guerra, documentación o recursos importantes para la defensa nacional cuando existiere peligro de que caigan en poder del enemigo.

Artículo 132. Actos de hostilidad no justificados

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, sin necesidad, realizare actos de hostilidad no autorizados ni ordenados contra potencia extranjera no enemiga, sus buques, aeronaves, personas o intereses, comprometiendo gravemente las relaciones internacionales, o exponiendo a los españoles a represalia en su persona o bienes, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. Cuando los actos hostiles fueren susceptibles por su gravedad de provocar una guerra contra España, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años.

Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro o, en caso, inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo 133. Separación de unidad superior.

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que voluntariamente se separase de la unidad superior o formación a que pertenezca o que, habiéndose separado por causa legítima, no volviere a incorporarse tan pronto como las circunstancias le permitieren, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de diez a veinte años.

Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Artículo 134. Incumplimiento de instrucciones sobre aperturas de pliegos

El Jefe de una expedición militar, que, habiendo recibido un pliego cerrado con instrucciones de abrirlo en lugar, tiempo u ocasión determinados, lo abriere en circunstancias distintas, o llegado el caso, no lo abriere será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.

Artículo 135. Omisión de medidas adecuadas en circunstancias críticas

El militar con mando de fuerza, unidad, establecimiento o instalación militares o al servicio de las Fuerzas Armadas que, en circunstancias críticas para la seguridad de la fuerza o establecimiento de su mando, no adoptare las medidas a su alcance o no hiciere uso de los medios disponibles para

evitar o limitar el daño, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Artículo 136. Dejación de los deberes del mando

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

SECCION 2.ª

Extralimitaciones en el ejercicio del mando

Artículo 137. Abuso de facultades de mando

El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Artículo 138. Violencias innecesarias y uso ilegítimo de las armas

El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar, u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Artículo 139. Empleo de unidad para fines ajenos al servicio

El militar que, para fines ajenos al servicio, sacare fuerza o unidad de establecimiento militar o la utilizare cuando se hallare fuera del mismo será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.

Artículo 140. Petición de ayuda para fines personales

El militar que, en una pendencia o para fines exclusivamente personales, llamare en su ayuda a centinela, unidad o fuerza armada será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Artículo 141. Exposición a riesgos innecesarios

El militar que expusiere a la unidad, buque o aeronave de su mando a riesgos innecesarios para el cumplimiento de su misión será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

SECCION 3.ª**Usurpación y prolongación de atribuciones****Artículo 142. Indebida asunción o retención de mando**

El militar que indebidamente y maliciosamente asumiere o retuviere un mando o destino será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

CAPITULO V*Delitos de quebrantamiento de servicio***SECCION 1.ª****Abandono de servicio****Artículo 143. Abandono de servicio de armas o transmisiones.**

El militar que abandonare un servicio de armas o transmisiones será castigado:

1.º En tiempos de guerra, con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

2.º Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de cinco a quince años de prisión.

3.º En los demás casos, con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Artículo 144. Abandono de un servicio distinto a los anteriores

El militar que abandonare cualquier otro servicio en tiempos de guerra, frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.

SECCION 2.ª*Delitos contra los deberes del centinela***Artículo 145. Abandono de puesto**

El centinela que abandonare su puesto será castigado:

1.ª En tiempos de guerra, con la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

2.ª Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de diez a veinte años de prisión.

3.ª En los demás casos, con la pena de seis meses a seis años.

Artículo 146. Incumplimiento de sus obligaciones

El centinela que incumpliere sus obligaciones, ocasionando grave daño al servicio será castigado:

1.ª En tiempos de guerra, con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

2.ª Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de cinco a quince años de prisión.

3.ª En los demás casos, con la pena de cuatro meses a cuatro años.

SECCION 3.ª

Embriaguez en acto de servicio

Artículo 147. Embriaguez en acto de servicio

El militar que, en acto de servicio de armas o transmisiones, voluntaria o culposamente se embriagare o drogare, resultando excluida o disminuida su capacidad para prestarlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.

Cuando se trate de un militar que, en acto de servicio, ejerciere mando, se impondrá la pena superior en grado.

CAPITULO VI

Delitos de denegación de auxilio

Artículo 148. En operaciones de campaña

El militar que en operaciones de campaña no prestare, pudiendo hacerlo, el auxilio preciso a fuerza, buque o aeronave combatientes, nacionales o aliados, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.

Artículo 149. En situación de peligro

El militar que no prestare a una fuerza, buque de guerra o aeronave militar nacional o aliada, en situación de peligro, el auxilio que le sea posible, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión. En tiempos de guerra se impondrá la pena de tres a diez años.

Artículo 150. A buque o aeronave no enemigos

El militar que injustificadamente no auxiliare a cualquier otro buque o aeronave no enemigos que se encontraren en peligro, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.

Artículo 151. A enemigo que ofrece rendirse

El militar que sin motivo rehusare prestar ayuda a fuerzas, buque o aeronave enemigos en peligro, si lo solicitase ofreciendo su rendición, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Artículo 152. En servicio público

El militar que, en ejercicio de sus funciones, fuere requerido por autoridad competente para la realización de cualquier servicio público en los que puede exigirse legalmente la cooperación de las Fuerzas Armadas y no prestare la

que estuviese a su alcance, sin desatender sus deberes preferentes, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Artículo 153. Omisión de socorro al compañero

El militar que injustificadamente dejare de auxiliar al compañero en peligro grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

CAPITULO VII

Delitos contra la eficacia del servicio

Artículo 154. Pérdida, inutilización o daño grave o recurso o misiones militares por imprudencia

El militar que por imprudencia causare la pérdida, graves daños o inutilización para el servicio, aun de forma temporal, de plaza, puesto, obras o instalaciones militares, medios de transporte o transmisiones, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios y recursos de las Fuerzas Armadas, ocasionare que caigan en poder del enemigo o perjudicare gravemente una misión de guerra, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años en tiempos de guerra.

En tiempo de paz, se impondrá la pena de tres meses y un día a dos años de prisión, cuando se tratare de plaza, instalación militar, buque de guerra, aeronave militar o medio de transporte o transmisión o material de guerra.

Artículo 155. Falta de diligencia en la incorporación al puesto

El militar que, en tiempos de guerra y estando obligado a ello, no se hallare en su puesto con la debida prontitud durante el combate, alarma u otra misión de guerra o se colocare en estado de no poder cumplir con su deber, será castigado con la pena de prisión de uno a seis años. En tiempo de paz, se impondrá la pena de tres meses y un día a dos años de prisión, si tales hechos se realizaren en circunstancias críticas para la fuerza o unidad a que pertenezca el culpable.

Artículo 156. Producción de riesgos graves o incumplimiento de deberes militares

Será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años el militar que:

1.º Ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento militar actos que puedan producir incendio o estragos u originarse un grave riesgo para la seguridad de una fuerza, unidad o establecimiento de las Fuerzas Armadas.

2.º Ocultare a sus superiores averías o deterioros graves en instalaciones militares, buques de guerra o aeronave militar, medios de transporte o transmisiones, aprovisionamiento o material de guerra a su cargo.

3.º Se separare en tiempos de guerra de la fuerza o unidad a que pertenezca, o habiéndose separado por causa legítima, no volviere a incorporarse tan pronto como las circunstancias lo permitan.

4.º Incumpliere sus deberes militares fundamentales, causando grave daño o riesgo para el servicio.

Artículo 157. Inobservancia negligente de órdenes, consignas o deberes militares

El militar que por negligencia no cumpliere una consigna general, dejare de observar una orden recibida o causare grave daño al servicio por incumplimiento de sus deberes militares fundamentales será castigado en tiempos de guerra con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. En tiempo de paz, si concurriere negligencia grave, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.

Artículo 158. Homicidio o lesiones graves por negligencia profesional o imprudencia en acto de servicio de armas

El militar que causare muerte o lesiones graves, por negligencia o imprudencia en acto de servicio de armas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años. En el caso de imprudencia temeraria y de que se tuviera la condición de militar profesional, la pena será de tres a ocho años de prisión.

Artículo 159. Incumplimiento de deberes militares por negligencia profesional

Será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión el militar que por impericia o negligencia profesional:

1.º Dejare de transmitir a buque, aeronave u otra unidad militar las señales, marcaciones o mensaje a que está obligado, o los diere equivocados.

2.º Encargado de proyectar o inspeccionar la construcción, reparación o modificación de buques de guerra, aeronaves militares, obras o material de las Fuerzas Armadas, consignare errores o reformas que perjudicaren su seguridad, eficacia o potencial bélico o consintiere obras o reformas no autorizadas.

3.º Encargado del aprovisionamiento de las Fuerzas Armadas, dejare de suministrar municiones, repuestos, víveres, efectos o elementos de importancia para el servicio, los entregare adulterados, o inservibles o autorizare su recepción o uso a pesar de no reunir las condiciones necesarias.

4.º Incumpliere los deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas.

Artículo 160. Negligencia en el deber militar de custodia

Será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión el militar que por negligencia:

1.º Extraviare armas o material de guerra, procedimientos o documentación oficial, que tuviera bajo su custodia por razón de su cargo o destino en las Fuerzas Armadas.

2.º Diere lugar a la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos, cuya conducción o custodia le estuviere encomendada.

CAPITULO VIII*Delitos contra el decoro militar***Artículo 161. Agresiones a militar del mismo empleo**

El Oficial, general o particular, o Suboficial que públicamente agrediere a otro militar, del mismo empleo, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Artículo 162. Actos de expoliación sobre compañeros en tiempos de guerra o ultrajes a cadáveres

El militar que, en tiempos de guerra, y para apropiárselos, despojare de sus vestidos, dinero u otros efectos a un herido, enfermo o náufrago perteneciente a las Fuerzas Armadas españolas o aliadas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión. Si el hecho se ejecutare con cualquier género de violencia física contra las indicadas personas, se impondrá la pena en su mitad superior.

El militar que, en campaña, y para apropiárselos, despojare de dinero, alhajas u otros efectos personales que sus compañeros de armas muertos en el campo de batalla llevaran sobre sí, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.

Se impondrá la misma pena al militar que mutilare un cadáver caído en acción de guerra o lo ultrajare.

Artículo 163. Uso indebido de uniforme, distintivos o condecoraciones militares

El militar que usare pública e intencionalmente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

TITULO SEPTIMO**DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL SERVICIO RELACIONADOS CON LA NAVEGACION****CAPITULO I***Delitos contra la integridad del buque de guerra o aeronave militar***Artículo 164. Pérdida intencionada de buque de guerra o aeronave militar**

El naufragio o pérdida de un buque de guerra o aeronave militar, causado intencionadamente por su Comandante o el Oficial de guardia, será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión. Cuando estos hechos fueren cometidos por cualquier otro miembro de la dotación o tripulación, o personal militar del servicio de ayudas a la navegación, se impondrá la pena de prisión de diez a veinticinco años. En ambos casos se podrá imponer la muerte en tiempos de guerra.

En tiempos de guerra, se considerará pérdida de buque o aeronave militar si inutilización absoluta, aun cuando fuere temporal.

Artículo 165. Varada, abordaje y averías

Será castigado con la pena de prisión de cinco a quince años el Comandante u Oficial de guardia de buque de guerra o aeronave militar que maliciosamente causare:

1.º La varada del buque de su mando o destino o la inutilización de la aeronave mediante aterrizaje indebido.

2.º El abordaje con cualquier otro buque o la colisión con aeronave.

3.º Averías graves a buques o aeronaves o daños de consideración a la carga.

Los mismos hechos, cometidos por otro miembro de la dotación no tripulación o personal militar del servicio de ayudas a la navegación, se castigarán con la pena de prisión de tres a diez años

Artículo 166. Negligencia náutica

Cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se cometieren por imprudencia, se castigarán:

1.º Si el culpable fuera el Comandante o el Oficial de guardia, con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años o inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

2.º Con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años si se tratare de otro miembro de la dotación o tripulación o del servicio de ayudas a la navegación.

Artículo 167. Infracción de las medidas de seguridad en la navegación

El Comandante u Oficial de guardia de un buque de guerra o aeronave militar que, por infracción de las medidas de seguridad en la navegación o para prevenir los abordajes, colocare el buque o aeronave injustificadamente en situación de peligro será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años. Si el culpable fuese otro miembro de la tripulación o personal militar del servicio de ayudas a la navegación, se impondrá la pena de prisión de tres meses y un día a seis meses.

CAPITULO II

Delitos contra los deberes del mando de buque de guerra o aeronave militar

Artículo 168. Abandono de escolta

El Comandante de buque de guerra o aeronave militar encargado de proteger un buque, aeronave o convoy, que lo abandonare en tiempos de guerra o circunstancias de peligro para la seguridad del escoltado, será castigado con la pena de prisión de diez a veinte años. En los demás casos, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Estos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de prisión de uno a seis años en tiempos de guerra o circunstancias de pe-

ligro para la seguridad del escoltado, imponiéndose en los demás casos la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Artículo 169. Navegación no autorizada

El Jefe de una formación naval o aérea, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que se hiciere a la mar o emprendiere vuelo sin estar autorizado, se apartare de su derrota o plan de vuelo expresamente ordenado o hiciere arribadas o escalas contrarias a sus instrucciones, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. En tiempos de guerra se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Se podrá imponer además, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo 170. No utilización de buque o aeronave

El Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, en tiempos de guerra, se viere obligado a varar su buque o a aterrizar con aeronave y no los inutilizare, cuando existiere peligro de que caigan en poder enemigo, después de haber agotado todos los recursos y salvar la dotación o tripulación, será castigado con la pena de prisión de uno a seis años. Se podrá, además, imponer la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque o aeronave militar.

Artículo 171. Falta de la debida diligencia en la preparación de nave

El Comandante de un buque de guerra o aeronave militar que se hiciere a la mar o emprendiere vuelo sin haber preparado debidamente el buque o aeronave de su mando o sin haber procurado reparar cualquier avería o deterioro grave será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Artículo 172. Peligro para la seguridad de la nave

Se impondrá la pena de prisión de tres meses y un día a seis años al Comandante de un buque de guerra o aeronave militar que, en caso de peligro para la seguridad de la nave de su mando:

1.º No adoptare las medidas a su alcance o no hiciere uso de los medios disponibles para evitar su pérdida.

2.º Hiciera abandono de la nave, habiendo probabilidades de salvarla o antes de haber cumplido todas sus obligaciones hasta el último momento.

3.º No pusiere todos los medios para salvar la dotación o tripulación, personal transportado, material de significado valor o utilidad para el servicio, que se hallare en la nave, o la documentación de a bordo.

4.º No cumpliera los preceptos de ordenanza o las órdenes recibidas para mantener la disciplina.

CAPITULO III

*Delitos contra los deberes del servicio a bordo o de ayudas a la navegación***Artículo 173. Abandono de buque o aeronave en peligro**

El militar o miembro de la tripulación de un buque de guerra o de la tripulación de una aeronave militar que en caso de peligro para la seguridad de la nave, la abandonare sin orden expresa, se embarcare en bote auxiliar o utilizare medios de salvamente sin autorización, será castigado con la pena de prisión de cinco a quince años.

Artículo 174. Variación del rumbo ordenado

El militar o miembro de la dotación de un buque de guerra o de la tripulación de una aeronave militar que variare u ordenare variar el rumbo de la nave dado por su Comandante, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempos de guerra se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Artículo 175. Desatraque o vuelo no autorizado

El militar que, para fines ajenos al servicio y sin autorización competente, desatracare buque de guerra u otra embarcación al servicio de la Armada, o emprendiere vuelo en aeronave militar, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. Si estos hechos fueren cometidos por un Oficial, se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo 176. Incumplimiento de deberes específicos de a bordo

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años el militar o miembro de la dotación de un buque de guerra o de la tripulación de una aeronave militar que:

1.º Modificare u ordenare modificar las condiciones técnicas de su nave, perjudicando sus características de navegación.

2.º Realizare o permitiere en buque de guerra o aeronave militar actos que puedan producir incendios o explosión, o infringiere las disposiciones sobre seguridad de la nave.

3.º Embarcare sin autorización personas, materias explosivas o inflamables, drogas tóxicas o estupefacientes o géneros de ilícito comercio.

Cuando estos delitos fueren realizados por Oficiales, se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo 177. Incumplimiento de deberes en el servicio de ayudas a la navegación

El militar que intencionadamente incumpliere sus cometidos como encargado de un servicio de vigilancia del espacio aéreo, control de tránsito, conducción de aeronave o ayudas a la navegación marítima o aérea, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempos de guerra, se impondrá la pena de prisión de diez a veinte años.

CAPITULO IV

Disposición común

Artículo 178. Disposición común

Los miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares con voyados, bajo escolta o dirección militar, que, en tiempos de guerra o en los supuestos en que fuese declarado el estado de sitio, participaren en la comisión de alguno de los delitos previstos en este Título, serán castigados con la mitad inferior de las penas respectivamente establecidas para la dotación del buque de guerra o tripulación de la aeronave militar, pudiendo imponerse la misma pena en supuestos de excepcional gravedad.

Los Capitanes de buques o aeronaves no militares convoyados, bajo escolta o dirección militar y los prácticos a bordo de buque de guerra, serán castigados, en los mismos supuestos, con la mitad inferior de las penas señaladas en cada caso para los Comandantes de buque de guerra o aeronave militar, pudiendo imponerse la pena en toda su extensión en supuestos de excepcional gravedad.

TITULO OCTAVO

DELITOS CONTRA LA HACIENDA EN EL AMBITO MILITAR

Artículo 179. Petición de crédito para atención supuesta

El militar que simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Si las cantidades así obtenidas se aplicaren en beneficio propio, se impondrá la pena de dos a ocho años, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido.

Artículo 180. Utilización del servicio para fines particulares

El militar que empleare para sus fines particulares elementos asignados al servicio o los facilitare a un tercero, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, a no ser que el hecho revista escasa entidad.

Artículo 181. Interesarse ilícitamente en contrato u operación

El militar que, prevaliéndose de su condición, se interesare en cualquier clase de contrato u operación que afecte al Ministerio de Defensa o a su Administración, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años.

Artículo 182. Incumplimiento de deberes en el suministro a las Fuerzas Armadas

El militar que, encargado del aprovisionamiento de las Fuerzas Armadas, sustituyere unos efectos por otros o alterare sus cualidades fundamentales o

características específicas, será castigado con la pena de prisión de uno a seis años.

En tiempos de guerra se impondrá la pena de tres a diez años de prisión.

Artículo 183. Incumplimiento de contrato en tiempos de guerra o estado de sitio

El que, en tiempos de guerra o estado de sitio, habiendo contratado con el Ministerio de Defensa o su administración, incumpliere en su integridad las obligaciones contraídas o las cumpliere en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión. Los mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Podrá imponerse, además, la suspensión de las actividades de la empresa por un período de uno a tres años y, en caso de especial gravedad, la incautación o disolución de la sociedad.

Artículo 184. Incumplimiento de normas sobre material inútil

El militar que incumpliere las normas sobre material inútil, declarando como tal al que todavía se encontrase en condiciones de prestar servicio, o sustrayendo al control reglamentario, en beneficio propio, al que merezca esta calificación, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años.

Artículo 185. Destrucción, deterioro, abandono o sustracción de efectos bajo custodia o responsabilidad

El militar que destruyere, deteriorare, abandonare o sustrajere, total o parcialmente, el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, salvo que su valor fuere de ínfima cuantía o el hecho revistiere escasa entidad.

Si se refiere a material de guerra, armamento o munición, se impondrá la pena de uno a seis años.

Si estos hechos revistieren especial gravedad, se impondrá la pena de tres a diez años de prisión.

Artículo 186. Sustracción de material o efectos

El militar que sustrajere o receptare material o efectos que, sin tenerlos bajo su cargo o custodia, estén afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, salvo que su valor fuere de ínfima cuantía o el hecho revistiere escasa entidad.

Si se refiere a material de guerra, armamento o munición, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Si estos hechos revistieren especial gravedad, se impondrá la pena de dos a ocho años de prisión.

DISPOSICIONES FINALES

Primera

Queda derogado el Tratado II «Leyes Penales» del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 en cuanto se refiere a las mismas, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica, especialmente aquellas referidas a la aplicación por la Jurisdicción Militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito.

Segunda

El presente Código Penal Militar entrará en vigor el 1 de septiembre de 1985.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera

Los hechos punibles cometidos hasta la entrada en vigor de este Código serán castigados conforme al Código de Justicia Militar que se deroga, a menos que las disposiciones de la nueva Ley Penal Militar sean más favorables para el reo, en cuyo caso se aplicarán éstas, previa audiencia del mismo.

Segunda

Serán rectificadas de oficio las Sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente que se hayan dictado antes de la vigencia de este Código, en las que conforme a él hubiere correspondido la absolución o una condena más beneficiosas para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

Tercera

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por hallarse pendientes de recurso, se aplicarán de oficio o a instancia de parte los preceptos de este código, cuando resulten más favorables al reo.

Cuarta

La Jurisdicción Militar por propia iniciativa o a petición del procesado o de su defensor se inhibirá a favor de los Tribunales y Juzgados de la Jurisdicción Ordinaria de los procedimientos en que no hubiera recaído sentencia y de los que se hallaren conociendo por hechos que hayan dejado de ser de su competencia, con arreglo a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Quinta

Quienes por aplicación de lo dispuesto en el Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, estuvieren cumpliendo penas de privación de libertad en establecimientos penitenciarios militares, seguirán en los mismos hasta su extinción.

DISPOSICION ADICIONAL

La prestación adicional que en beneficio de militares condenados establecía como efecto de la pena el derogado artículo 224 del Código de Justicia Militar, se mantiene en sus términos como obligación de asistencia social, exigible desde la entrada en vigor de este Código Penal Militar a cargo del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 28/75, de 27 de junio.

PROYECTO DE LEY ORGANICA DE MODIFICACION DEL CODIGO PENAL EN CORRELACION CON EL CODIGO PENAL MILITAR («B. O. C.» de 12 de noviembre de 1984, Serie A: Proyecto de Ley, núm. 124-I).

EXPOSICION DE MOTIVOS

La próxima aprobación del Código Penal Militar hará desaparecer de su contenido determinados tipos delictivos que venía recogiendo hasta el presente el Código de Justicia Militar. En consecuencia, a fin de evitar que se produzca la discriminación de estas conductas que merecen reproche, y que serán competencia de la jurisdicción ordinaria, es necesario que hasta tanto se apruebe el futuro Código Penal que las recogerá sin duda, se incorporen con carácter transitorio al vigente Código Penal.

Por ello, se incorporan al Código Penal las siguientes conductas: la traición y el espionaje militar, que si bien en parte venía recogido en el artículo 122.6.º del Código Penal, exigía la introducción de dos conductas como son la falsificación e inutilización de la información, a la vez que se ha aprovechado la reforma para introducir el concepto de información clasificada de conformidad con la legislación sobre secretos oficiales. Igualmente se establece la pena de prisión mayor para este delito, ya que la de reclusión mayor, en su grado máximo, que establecía el artículo 122 parecía excesiva, desapareciendo la atenuante del último inciso del número 6 cuando la rebelión no comprometía gravemente la seguridad del Estado.

Necesaria incorporación exigía también entre los delitos contra la defensa nacional los referentes a revelación de secretos o informaciones relativas a la defensa nacional y los atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional. Este grupo de delitos pasa a formar parte de un capítulo II bis del Título I del Libro II de los delitos contra la seguridad del Estado. Se ha considerado que ésta es la ubicación más correcta desde el punto de vista sistemático.

Importante modificación es la incorporación al Código Penal del delito de rebelión militar, lo que lleva a una nueva redacción del artículo 214 con algunas mejoras recogidas del Proyecto de Código Penal futuro, a la vez que se precisa la agravante del párrafo 2.º del artículo 215 donde el hecho de esgrimir armas es suficiente para que operen los incrementos de pena en relación al párrafo 1.º del citado artículo. Igualmente se incorporan al mismo

Capítulo sobre la rebelión del Código Penal la excusa absolutoria para quien revelare a tiempo la rebelión evitando sus consecuencias, así como la atenuante para los meros ejecutores que depusieren las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a la autoridad legítima.

También se incorpora la ausencia, por parte del militar, del empleo de los medios necesarios para contener la rebelión de las fuerzas a su mando o no denunciare inmediatamente a sus superiores cuando tuviere conocimiento de la posible comisión de un delito de rebelión. Fruto de ello es la desaparición del artículo 226, por considerarse incluido en los mencionados preceptos en relación a la rebelión e innecesaria su existencia respecto a la sedición. También conviene señalar la incorporación al Capítulo de la sedición de la figura de quien de palabra o por escrito u otro modo incitara a la sedición militar o hiciera apología de la misma, pues si bien, el bien jurídico protegido pudiera considerarse de naturaleza militar se ha estimado mucho más conveniente su incorporación al Código Penal.

Como última incorporación necesaria se ha recogido la referente a los atentados contra fuerza armada, donde a la vez de definirse el concepto de ésta, se incorpora al Capítulo VI de los delitos contra la seguridad interior entre los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, por considerarse insuficientes las conductas tipificadas en los artículos 231; 233 y 236 del vigente Código Penal.

Artículo 1.º

Se suprime el número 6 del artículo 122 y se añade un nuevo artículo 122 bis, que quedará redactado como sigue:

«Artículo 122 bis. El español que con el propósito de favorecer a una potencia extranjera se procure, falseare o inutilizare, por el medio que fuese, información clasificada o de interés militar, susceptible de perjudicar a la **seguridad nacional o a la defensa nacional, o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar**, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como traidor, a la pena de prisión mayor.»

Artículo 2.º

Se añade al Libro II, Título I, un Capítulo II bis, cuyo contenido queda redactado como sigue:

«CAPITULO II BIS

De los delitos relativos a la defensa nacional

SECCION 1.ª

De la revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional

Artículo 135 bis, a). El que sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procure, revelare, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuer-

zas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión menor.

Artículo 135 bis, b) La pena establecida en el artículo anterior se aplicará en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino.

2.º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.

Artículo 135 bis, c). El que sin autorización expresa y por cualquier medio, reprodujera planos o documentación referentes a zonas, instalaciones o material militar que sean de acceso restringido por su relación con la seguridad nacional o la defensa nacional, será castigado con la pena de prisión menor.

Con la misma pena será castigado el que tuviere en su poder fuera de las condiciones fijadas en la legislación vigentes objetos, documentos o información clasificada relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional.

Artículo 135 bis, d). El que por razón de su cargo, comisión o servicio tuviere en su poder o conociera oficialmente documentos, objetos o información clasificada o de interés militar, relativa a la seguridad nacional o la defensa nacional, y por imprudencia diera lugar a que sea conocida por persona no autorizada o fuere divulgada, publicada o inutilizada, será castigado con la pena de prisión menor, en su grado mínimo.

SECCION 2.ª

De los atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional

Artículo 135 bis, e). El español o extranjero que destruyera, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, será castigado con la pena de prisión menor.

Si estos hechos feren cometidos mediante incendio, explosión, naufragio, descarrilamiento, inundación, voladura, derrumbamiento o cualquier otro medio capaz de ocasionar graves estragos, comportaren un peligro para la vida o integridad de las personas o hubieran comprometido el potencial o capacidad bélica de la Nación, serán castigados con la pena de prisión mayor.

Artículo 135 bis, f). El que comunicare falsamente la existencia, en lugar militar, de aparatos explosivos o similares será castigado con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirá el que entorpeciere intencionadamente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misiones de los Ejércitos.

Artículo 135 bis, g). El español que destruyere, inutilizare, falseare o abrie-

se sin autorización la correspondencia oficial o documentación relacionada con la defensa nacional que tuviere en su poder por razones de su cargo o destino, será castigado con la pena de prisión menor.»

Artículo 3.º

Los artículos 214 y 215, párrafo 2.º, del Código Penal quedarán redactados como sigue:

«Artículo 214. Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

- 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
- 2.º Destituir al Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
- 3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
- 4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Parlamento de una Comunidad Autónoma, o impedir que se reúnan o deliberen o arrancarles alguna resolución.
- 5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sustraer la Nación o parte de ella o cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.
- 6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Gobierno de una Comunidad Autónoma o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno Nacional o Autonómico o a cualquiera de sus miembros de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio.

Artículo 215, párrafo 2.º Si se esgrimieren armas o concurriere cualquiera de las circunstancias previstas en el párrafo 1.º del artículo 163, las penas serán, respectivamente, de reclusión mayor en su grado máximo para los primeros y segundos, y de reclusión menor, para los últimos.»

Artículo 4.º

Se añaden dos nuevos artículos 217 bis, a), y 217 bis, b), que quedarán redactados como sigue:

«Artículo 217 bis, a). Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

A los meros ejecutores, que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas sometándose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena inferior en grado.

Artículo 217 bis, b). El militar que no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión en las fuerzas de su mando, será castigado con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirá el militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer un delito de rebelión, no lo denunciare inmediatamente a sus superiores.»

Artículo 5.º

Queda sin contenido el artículo 226 del Código Penal.

Artículo 6.º

El párrafo 1.º del artículo 221 quedará redactado como sigue:

«Artículo 221, párrafo 1.º El que de palabra, por escrito, impreso u otro modo de posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de sedición militar, a las tropas comportamientos de indisciplina o al incumplimiento de deberes militares o hiciera apología de la sedición militar o de los sediciosos será castigado con la pena de prisión menor.»

Artículo 7.º

Se añade un nuevo artículo 235 bis, que quedará redactado como sigue:
«Artículo 235 bis. El que maltratase de obra, hiciere resistencia grave o desobedeciere órdenes de fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ella, será castigado con la pena de prisión menor.

Si del hecho resultare la muerte se impondrá la pena de reclusión mayor; si resultaren lesiones graves, se impondrá la pena de reclusión menor.

A estos efectos se entenderá por fuerza armada, los militares que, vistiendo de uniforme y portando armas, presten un servicio propio de las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenado.»

Disposición Final

La presente Ley entrará en vigor el 1 de septiembre de 1985.

PROPOSICION DE LEY (Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto) DE MODIFICACION DEL ARTICULO 204 BIS DEL CODIGO PENAL («B. O. C.» del 7 de enero de 1985, Serie 13: Proposición de Ley núm. 91-I).

EXPOSICION DE MOTIVOS

La regulación actual del delito de tortura se configuró por Ley 31/1978, de 17 de julio, que tipificó, conforme al artículo 15 de la Constitución, este delito plaga todavía de las sociedades modernas que, pese a solemnes pronunciamientos institucionales no terminan de ver erradicada de sus comportamientos sociales.

Hay que alabar que el legislador desde los inicios de la etapa democrática haya querido tipificar y castigar este crimen cuya malicia esencial radica en la frialdad de sus ejecutores y en la impunidad con que muchas veces se comete dada la intrínseca dificultad de su investigación.

Los ciudadanos de este país sabemos que el problema no se resolverá solamente con leyes, sino con cambios y variaciones culturales profundas de nuestra sociedad y con la convicción generalizada de que una democracia no se puede jamás defender por procedimientos que comprometen justamente la esencia de la propia democracia.

La experiencia desde la puesta en vigor del actual artículo 204 bis del Código Penal no es satisfactoria. Se han producido muchas denuncias. No tantas como hechos de tortura se han cometido. Se han pronunciado pocas sentencias. Y muchas de esas sentencias manifiestan que se ha producido el hecho de la tortura, pero no han podido ser determinados sus autores. En

alguna ocasión las sentencias han sido forzosamente benévolas y desproporcionadas al tremendo delito cometido.

Prestigiosos organismos internacionales, solventes asociaciones comprometidas con la defensa de los derechos humanos en España y voces muy autorizadas vienen manifestando reiteradamente que en nuestro país se produce la tortura con frecuencia.

El legislador, sin perjuicio de que por todos los medios se interiorice en el ciudadano y en el funcionario la necesidad del respeto más escrupuloso a la Constitución en esta materia, está obligado a dictar leyes justas que dificulten más todavía la posibilidad de que la tortura pueda tener existencia entre nosotros.

Los primeros beneficiarios de la ley que se propone son los buenos funcionarios policiales, que desean servir al Estado y a la sociedad que éste representa sin marginarse ellos mismos de la ley para perseguir a quienes la conculcan diariamente. Los funcionarios policiales y judiciales que quieren cumplir precisamente la misión de ser los auténticos garantes de las libertades y derechos de los que somos titulares todos los ciudadanos.

La tortura —termómetro en última instancia de la verdadera salud democrática de un país— lesiona principios morales fundamentales asumidos por la Constitución y a los que el Gobierno se somete sin reservas. Los medios penales que se propician para prevenir la tortura mediante esta proposición de ley consisten en una sensible agravación de las penalidades, por un lado, y en la creación de nuevas figuras delictivas, por el otro, además de una definición clara y concreta, conforme a los textos internacionales, del delito de tortura.

En la proposición se amplía la punibilidad de dos modos diferentes. En primer lugar se castiga la omisión de acciones tendentes a evitar o perseguir los actos de tortura y se reprimen actitudes negligentes. En segundo término se amplía el ámbito de la punibilidad expresamente a funcionarios judiciales o médicos por omitir realizar conductas diligentes destinadas a poner freno a actos aberrantes.

En materia de derecho comparado, el Diputado que suscribe ha tenido presente la actual legalidad sobre tortura en la República de Argentina que, como fruto de una dolorosísima experiencia reciente, ha modificado sus preceptos en esta materia de un modo progresista y ejemplar que ha merecido la alabanza de cuantos estamos comprometidos en la lucha por una defensa radical de los derechos humanos en el mundo.

Por lo expuesto, formulo la siguiente

PROPOSICION DE LEY

Artículo 1.º

El artículo 204 bis del Código Penal queda modificado en los siguientes términos:

Artículo 204 bis

1. La autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial y con el fin de infligir un castigo u obtener una

confesión o testimonio, cometiere delito de homicidio; aborto violento, lesiones, violación, abusos deshonestos o amenazas o coacciones de los artículos 405 a 409, 412, 418 a 427 y 429, 430 y 496 de este Código será castigado con la pena superior en un grado a la señalada al delito, y si ésta fuera la de reclusión mayor, la pena se impondrá en su grado máximo y, en todo caso; además, la de inhabilitación especial.

2. Si con los mismos fines se ejecutare alguno de los actos penados en los artículos 582, 583, número 1, y 585, el hecho se reputará delito y serán castigados con las penas de prisión menor en su grado medio o máximo e inhabilitación especial.

3. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias que cometiere, respecto de detenidos o presos, los actos a que se refieren los párrafos anteriores.

4. La autoridad o funcionario público que en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad será castigado con la pena de prisión menor en su grado mínimo o medio e inhabilitación especial.

5. Las penas previstas anteriormente serán aplicadas también a particulares cuando éstos ejecutaren los actos descritos anteriormente estando la víctima privada de libertad legítima o ilegítimamente.

6. Es indiferente a los efectos de este artículo que la detención tenga fundamentos legales o que el detenido o preso se encuentre jurídicamente a cargo de la autoridad o funcionario, bastante con que éstos cuenten con poder de hecho sobre la víctima.

7. Por tortura se entenderá no solamente el maltrato o tormento físico, sino también, cuando éstos tuvieren gravedad suficiente, la imposición de sufrimientos psíquicos.

8. Cuando se llevare a cabo algunos de los hechos descritos en este artículo se impondrá pena de prisión menor en su grado medio o máximo e inhabilitación especial a todo funcionario o autoridad que omitiese evitar el hecho cuando tuviese competencia para ello.

9. Se impondrá la pena de prisión menor en su grado mínimo o medio e inhabilitación especial al funcionario o autoridad que por cualquier razón tuviese conocimiento de los hechos a que este artículo se refiere y, careciendo de la competencia a que alude el inciso anterior, omitiese denunciar el hecho al funcionario con competencia para evitarlo, al Ministerio Fiscal o al Juez competente. Si el funcionario fuese médico, se le impondrá además inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión.

10. Quedará sujeto a la pena prevista en el párrafo anterior el Juez o Fiscal que teniendo conocimiento de alguno de los hechos a que este artículo se refiere no actuare dentro de su competencia o no denunciase el hecho al Juez competente para instruir sumario, dentro de las veinticuatro horas.

11. Iniciadas diligencias penales como consecuencia de cualquiera de los hechos penados en este artículo, se castigará con la pena que corresponda al encubridor del delito, en su grado máximo, e inhabilitación especial al funcionario o autoridad que se resistiese a colaborar con la justicia, que, instado

por el Juez, no emplease la debida diligencia en la averiguación del delito o que obstruyera la investigación judicial de modo directo o indirecto.

12. Si se ejecutare alguno de los hechos a que este artículo se refiere se impondrá la pena de prisión menor en su grado mínimo o medio e inhabilitación especial al funcionario al cargo del que estuviere el lugar o dependencia en el que se ha cometido el delito si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido si se hubiera empleado la debida vigilancia o adoptado las precauciones necesarias por dicho funcionario, en el caso de que su conducta no revista la consideración de autor, cómplice o encubridor del delito.»

DISPOSICION TRANSITORIA

El nuevo artículo 204 bis reformado del Código Penal se aplicará a los hechos punibles que se realicen a partir de su entrada en vigor.

DISPOSICION FINAL

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

San Sebastián, 10 de diciembre de 1984, XXXVI Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.—*Juan María Bandrés Molet.*

CIRCULARES Y CONSULTAS

Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS HECHOS DELICTIVOS COMETIDOS POR PARLAMENTARIOS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS DENTRO DE SU TERRITORIO

— Consulta número 1/1985, de 4 de febrero —

Excmos. e Ilmos. Sres.:

Plantea V. E. en su Consulta dos cuestiones íntimamente relacionadas. Una es la relativa a qué órgano será competente para conocer de las conductas delictivas imputadas a personas que ostenten el privilegio procesal de fuero de parlamentario en las Comunidades Autónomas cuando tengan lugar dentro de ese ámbito territorial. Y la otra se centra en si deberá adoptarse igual solución cuando ese fuero personal concorra con un *forum delicti* determinante de una atribución competencial específica y distinta capaz de entrar en conflicto con aquél.

A) El primer tema de los apuntados, como expone V. E. con singular precisión, ha ofrecido dos soluciones en la jurisprudencia.

a) La primera, superada ya, se halla reflejada en dos autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En ambos se atribuye la competencia a la Audiencia Nacional. El primero es de 30 de mayo de 1980 y, referido a procedimiento seguido contra un parlamentario vasco, declaró que la facultad de conocer de los delitos que cometan dentro del ámbito territorial de la Comunidad, mientras no sea creado legalmente el Tribunal Superior de Justicia, estará determinada por la actual normativa que rige la organización de los Tribunales y el procedimiento penal, y como el supuesto que contempla la competencia sometida a la decisión de esta Sala se refiere a delitos imputados a miembros del Parlamento vasco realizados dentro del territorio de este órgano legislativo, es evidente que la competencia para conocer corresponde a la Audiencia Nacional, por ser el órgano judicial a quien le incumbe conocer según la legislación actual y es la que viene conociendo sin más cuestión incidental sobre competencia que la que se resuelve. El segundo de los autos a que antes se aludía es el de 25 de abril de 1983; en él se contempla un delito de imprudencia imputado a un parlamentario andaluz que tuvo lugar en este territorio, resolviéndose que la competencia no puede ser atribuida a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sino que corresponde a la Audiencia

Nacional, por ser éste el único órgano judicial que jerárquicamente puede asumir en tema de fuero parlamentario la competencia que en su día habrá de corresponder al Tribunal Superior de Andalucía.

b) Sin embargo, el criterio que actualmente prevalece de modo continuado en la jurisprudencia es otro muy distinto.

En efecto, la alternativa de Audiencia Nacional-Tribunales Superiores de Justicia, resuelta en la anterior etapa en favor de aquélla en tanto se constituyan éstos, ha sido sustituida por la de Audiencias Territoriales-Tribunales Superiores de Justicia, concentrándose, *medio tempore*, la competencia en las Audiencias Territoriales. En este sentido se pronuncian las siguientes resoluciones.

Auto de 24 de octubre de 1983. Imputados delitos de calumnia e injuria a un diputado de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Tribunal Supremo sostiene que la disposición transitoria 5.ª del Reglamento del Parlamento Catalán aprobado el 24 de julio de 1980, haciendo uso de las facultades que le atribuye el artículo 30,1, del Estatuto de Autonomía, dispone que hasta la constitución del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se atribuyen las competencias del artículo 31,2, del Estatuto a la Audiencia Territorial en pleno. Con este sistema se procura colmar una laguna legal, con carácter transitorio y se mantiene y da efectividad al fuero personal concedido a los parlamentarios catalanes y no se contradice el ya citado artículo 31,2. Esta solución está en la línea que han seguido algunos Estatutos de Autonomía que atribuyen a la Audiencia Territorial competencias que en el futuro corresponderán a los Tribunales Superiores de Justicia.

Auto de 6 de diciembre de 1983. Ante delito de expropiación ilegal y prevaricación atribuido a un Consejero del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria, se expresa que al no existir normativa específica aplicable, se ha de acudir, de conformidad con el artículo 1.º del Código civil, al *usus fori* dimanante de las tesis mantenidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la resolución de cuestiones semejantes o análogicas y a los principios generales del derecho en el orden procesal. A este respecto debe reconocerse que el querellado, miembro del Consejo de Gobierno de Cantabria, está protegido procesalmente por un fuero determinado, al gozar del privilegio de que para ser juzgado por los delitos cometidos dentro del territorio de la Comunidad ha de serlo por el Tribunal Superior de Justicia (artículo 20 del Estatuto de Autonomía de 30 de diciembre de 1981), lo que significa la imposibilidad de ser juzgado conforme a la normativa determinante de la competencia genérica, y dado el criterio de uniformidad, a extraer de lo dispuesto en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, en ellos se pone de relieve una tendencia a equiparar el Tribunal Superior de Justicia con las actuales Audiencias Territoriales.

Auto de 19 de enero de 1984. En causa por delitos de falsedad y estafa seguida a un diputado del Parlamento canario, vuelve a insistirse en que al estar protegido procesalmente por un fuero determinado o privilegio de que para ser juzgado por los delitos cometidos dentro del territorio de su Comunidad ha de serlo por el Tribunal Superior de Justicia, hasta tanto se cree éste, la competencia en el caso expresado corresponde a la Audiencia Territorial respectiva actuando en Sala de Justicia.

Auto de 9 de febrero de 1984. Se trata de la imputación de los delitos de prevaricación y coacciones al Alcalde de un Ayuntamiento, que, además, era parlamentario de Castilla-León. Dice el Tribunal Supremo que tal persona se halla protegida por un doble fuero, por lo que correspondería entender de los procesos incoados contra el mismo, según lo consignado en el Estatuto de Autonomía, al Tribunal Superior de Justicia por las presumibles competencias del citado órgano en esta materia (artículo 11.3, de la Ley orgánica 4/1983, de 25 de febrero), pero como quiera que tal Tribunal no ha sido creado, el problema planteado debe ser resuelto elevando el fuero del que disfruta como Alcalde para sustraerlo del ámbito provincial, pero sin llegar a atribuirlo a los Tribunales nacionales, lo que significaría una equiparación indebida en su *status* al de los diputados de las Cámaras Nacionales, por lo que lo adecuado para dar cumplimiento en lo posible al espíritu autonómico y dado que en la mayor parte de las disposiciones transitorias de los Estatutos regionales así se establece temporalmente, es atribuir la competencia de las Audiencias Territoriales en pleno actuando en Salas de Justicia.

Y, en fin, el auto de 3 de julio de 1984, desenvolviéndose en el campo de la responsabilidad de los Consejeros de la Junta de Andalucía, y la sentencia de 2 de julio de 1984, en el de los parlamentarios de la Comunidad Autónoma de Cataluña, expresan que las Audiencias Territoriales en pleno, supliendo a los Tribunales Superiores de Justicia aún no creados, son las únicas competentes para conocer de las conductas a que se contrae la presente Consulta.

B) En el segundo punto se cuestiona si la especial naturaleza de alguno de los delitos cometidos (*forum delicti*) puede producir efectos modificativos en el fuero personal ya determinado, o, lo que es igual, si el fuero personal de que gozan los parlamentarios de las Comunidades Autónomas es de carácter absoluto o por el contrario queda condicionado por la estructura típica de la infracción; en particular, si el titular del privilegio procesal que afecta a la competencia comete un delito atribuido *ex lege* de modo exclusivo a la Audiencia Nacional, ¿conocerá de él este órgano jurisdiccional o aquellos otros que resulten competentes atendida la condición personal del inculcado?. El privilegio en la aplicación, al contrario que el privilegio normativo, si bien deja subsistente las notas de antijuricidad y culpabilidad de la conducta, es lo cierto que elimina la competencia del órgano que objetivamente debería conocer de los hechos, atribuyéndola a otros expresamente determinados. La preferencia incondicionada del fuero personal en análisis sobre el *forum delicti* deriva —como casi literalmente se recoge en el texto de la Consulta— de los siguientes razonamientos:

a) Las diversas resoluciones del Tribunal Supremo antes extractadas, que han atribuido el enjuiciamiento al pleno de las Audiencias Territoriales —por asimilación a los Tribunales Superiores de Justicia— no contienen reserva, matización o condicionamiento alguno que permitan defender la conservación de las competencias de la Audiencia Nacional respecto de los delitos cometidos por los parlamentarios de Comunidades Autónomas cuando, por razón de la materia, estén atribuidos a ella.

b) El fuero personal por su propia naturaleza comporta un privilegio,

con la consecuencia del reenvío al titular del mismo a la jurisdicción de otro órgano, bien de mayor rango o de estructura distinta y más compleja; y precisamente esta característica es la que confiere a dicho fuero primacía sobre otros criterios preferenciales.

c) A mayor abundamiento hay que recordar que cuando la concurrencia competencial se ha planteado entre el Tribunal Supremo (fuero personal) y la Audiencia Nacional (*forum delicti*), la alternativa se ha resuelto espontáneamente con la asunción de competencia por el Alto Tribunal en los casos suscitados ya en la práctica de inculpados miembros de Parlamentos autonómicos que ante consulta de los Juzgados Centrales a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ésta aceptó la competencia e inicia el procedimiento adecuado.

d) Lo que es válido para la eventual concurrencia Tribunal Supremo-Audiencia Nacional debe ser igualmente aplicable al posible conflicto entre Audiencia Nacional-Tribunales Superiores de Justicia (transitoriamente Audiencias Territoriales). El único argumento a esgrimir sobre el superior rango de la Audiencia Nacional quedó sin eficacia a partir de la Ley Orgánica 12/1983, de 16 de noviembre, en cuanto estableció que las cuestiones de competencia que se susciten entre Jueces, Tribunales y Audiencia Nacional se sustanciarán con arreglo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y demás normas de general aplicación (artículo 2.º). Por tanto, a la Audiencia Nacional, órgano especializado y distinto, situado dentro de la jurisdicción ordinaria, en modo alguno se la puede atribuir estatuto de *Tribunal Superior* respecto de una Audiencia Territorial en las materias que aquí se analizan, sino que ésta última, por el principio asimilatorio consagrado, se convierte en el órgano supremo en el ámbito de competencias privativo, sin perjuicio de las específicas del Tribunal de Casación. En resumen, las Audiencias Territoriales no tienen por qué ceder competencias concurrentes en favor de la Audiencia Nacional dado que ejercen sobre la causa una *vis atractiva* preeminente derivada del fuero personal, pero, es que, por otra parte, desbordaría los límites de la congruencia el hecho de que se aplicarían distintos criterios competenciales a los tenidos en cuenta para los casos en que aquella conexión se produjo entre Audiencia Nacional y Tribunal Supremo.

En definitiva, al resultar los términos en que se pronuncia V. E. ajustados del todo al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los supuestos análogos al que se halla pendiente y que ha determinado la consulta (apología del terrorismo cometida por parlamentario autonómico dentro de su territorio) han de resolverse en el sentido de que la competencia para conocer de ellos se atribuye actualmente a las Audiencias Territoriales en pleno constituidas en Salas de Justicia.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

PRESENTACION

Se inicia a partir de este número la publicación de una Sección destinada a comentar sentencias recientes vertidas en materia penal por el Tribunal Supremo. Se trata de ofrecer un análisis doctrinal de sentencias expresivas de determinadas líneas de evolución de la jurisprudencia penal en nuestros días. Hay sentencias que sobresalen por abrir nuevos rumbos, por confirmar posiciones tradicionales bajo nueva luz, por destacarse a favor o en contra de ciertas direcciones de la doctrina, porque merecen especial loa o especial crítica, o, simplemente, por su importancia intrínseca. Tales sentencias, sobre todo si se advierte que no constituyen decisiones aisladas sin perspectivas de continuidad, bien merecen la atención de la doctrina, si es que como pensamos— se estima útil el diálogo entre teoría y práctica. De hecho, siempre ha habido comentarios ocasionales a determinadas sentencias particularmente significativas. Aquí se pretende dotar a dicha labor de un carácter estable.

Los comentarios que se incluirán —en principio uno en cada número— tendrán una extensión y una «intensidad» que podríamos calificar de *medias*. No pretenderán en principio poseer el carácter de trabajos de investigación fundamental, pero tampoco se limitarán a una rápida glosa de urgencia. A menudo se intentará valorar las sentencias a la luz del estado de la cuestión en la doctrina, con cita de las posiciones más importantes, y desde luego atendiendo a la evolución de la propia jurisprudencia.

Existe un grupo de penalistas tras esta Sección. Cada comentario —hay ya varios terminados— es discutido previamente por todos ellos. Sin embargo, firmará cada trabajo su autor. En cualquier caso, no se trata de un grupo cerrado, sino, al contrario, abierto a todos nuestros compañeros.

PRETERINTENCIONALIDAD Y OTRAS CUESTIONES EN LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Comentario a la STS 9 de febrero de 1984. Ponente: Díaz Palos) *

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Universidad de Barcelona

1. A consecuencia de una disputa en una discoteca, sobre las tres de la mañana, los procesados P., C. A. y F. J. A. empujaron a A. a la pista, donde «le golpearon repetidamente, asestándole incluso patadas, cuando el agredido, como consecuencia de los golpes recibidos, se hallaba caído en el suelo». Al rato, surgida de nuevo la riña a raíz de que A., quejándose de dolores en el costado derecho, profiriera frases amenazadoras contra ellos, los procesados volvieron a asestarle golpes y patadas, hasta que logró escaparse. Minutos más tarde, unos policías encontraron a A. tendido en el suelo, sangrando por una ceja, pudiendo observar también un charco de sangre bastante grande cerca de su cabeza. Al verlo, trataron de que le fuera prestada asistencia médica, para lo que le llevaron a un sanatorio próximo. Allí una enfermera, tras consultar con el director, les comunicó que no podían atenderle por no hallarse asegurado. Posteriormente, decidieron llevarlo al Ambulatorio de la S. S., «apreciándosele que presentaba dos heridas inciso-contusas en la ceja izquierda, así como múltiples erosiones». El médico que se hallaba al frente del Ambulatorio, que hacía dos años que había terminado la carrera y carecía de toda especialización, le reconoció y palpó, «y como no apreció nada anormal le indicó que podía irse para su domicilio, sin perjuicio de que, más tarde, si le persistían los dolores, se hiciese una placa». El Ambulatorio contaba por aquel entonces con muy poco material. A., trasladado a su domicilio, permaneció allí sólo hasta que a las 12 h. del mediodía un amigo le fue a ver y, como se quejara mucho, intentó junto con otros llevarle al médico, a lo que se negó por no considerarse en condiciones de salir por su propio pie. Requerido un médico para que fuera a atenderlo, éste señaló que lo procedente era que lo trasladaran a un sanatorio. Tras gestiones infructuosas para encontrar una ambulancia, los amigos llegaron a hablar con la madre de A., que, de momento, se negó a ir a verle, dadas las tensas relaciones entre padres e hijo. A las seis de la tarde de ese mismo día A. falleció a consecuencia de una hemorragia por desgarró traumático del riñón derecho.

Resulta probado que, de haberse diagnosticado a tiempo la lesión afectante al riñón su muerte pudo haber sido perfectamente evitada por sutura quirúrgica o, en el peor de los casos, extirpación de la víscera, en cuyos supuestos lo normal es que hubiese tardado en curar sobre unos 30 ó 40 días. En el ambulatorio, con los medios existentes, era muy difícil el diagnóstico. Aunque la hemorragia se

(*) Escrito ya este comentario, apareció el trabajo de S. HUERTA TOCILDO, *Adios al homicidio preterintencional* (La Ley 8-10-1984, págs. 1-6), en el que se comenta la STS 28 marzo 1984 (vid. ADPCP, 1984, págs. 634 ss.), básica en esta materia por su claridad. Tanto este trabajo, como otras sentencias posteriores, se consideran en notas marginales.

acusa con la observación de los parámetros clínicos normales (presión arterial, etc.), «lo que parece que no se hizo en este caso, muy probablemente nada anormal se habría apreciado, dado que para que la hemorragia pueda ser detectada clínicamente es preciso que adquiera cierta entidad, lo que exige el transcurso de varias horas, sobre todo si no es intensa, como evidentemente no lo era cuando el interfecto llegó al Ambulatorio, habida cuenta del lapso que aún vivió después».

2. La Audiencia condenó a P., C. A. y F. J. A. a tres años de prisión menor por homicidio con la atenuante, apreciada como muy cualificada, del artículo 9, 4.º C. P. Se absolvió al médico del delito imprudente de que había sido acusado. El recurso de casación, en el que se alegaba interrupción del nexo causal entre la agresión y la muerte por las «condiciones sobrevenidas», y, subsidiariamente, la aplicación del art. 50, 2 CP, fue desestimado por el T. S.

3. El primer problema que aquí se plantea, y al que el TS dedica buena parte de los Considerandos de la sentencia, es el de si es posible imputar objetivamente a los sujetos activos el resultado de muerte de A. Nuestro más alto Tribunal estima que sí, por entender que no puede hablarse de *interrupción del nexo causal* por las «condiciones sobrevenidas» (1) tras la agresión. Consiguientemente, la muerte aparecería como *consecuencia natural* de la paliza sufrida. Con independencia de la corrección de la solución, deben criticarse los términos de la argumentación (2). No es posible aquí entrar en el análisis pormenorizado que de las ideas mencionadas efectúa Gimbernat (3). Baste por ello poner de manifiesto que, de nuevo y frente a lo apuntado en recientes sentencias por el propio TS (4), se mezclan consideraciones relativas a la relación de causalidad (empírica) (5) con otras propias de la relación de imputación objetiva, de nece-

(1) Se mencionaban explícitamente en el recurso: el error del médico en el diagnóstico; la voluntaria falta de asistencia de los padres, y el descuido de la propia víctima al desatender la indicación médica de que se sometiese a un examen radiográfico.

(2) La argumentación del TS, en lo esencial, consiste en distinguir una cadena causal «principal» (la desencadenada por la paliza) que es la productora directa del resultado. Junto a ella se dan otras condiciones —sobrevenidas—, pero su virtualidad interruptora del nexo causal se niega por la teoría de la consecuencia natural. Según ésta la falta de asistencia no rompe el nexo causal cuando guarda estrecha conexión con el acto delictivo, hasta ser un elemento o circunstancia del mismo, su atmósfera. Y esto es lo que ocurre en el caso: primero con el abandono de la víctima, recogida de la calle por la policía, y luego con la asistencia en un Ambulatorio sin medios suficientes, con los esfuerzos infructuosos de los amigos y con el propio desamparo o desvalimiento en que la víctima vivía.

(3) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966, págs. 89 ss., critica la ambigüedad terminológica, la inexistencia de criterios exactos, y, sobre todo, la impropiedad de tratar estos problemas en el ámbito de la relación de causalidad. Como él mismo señala (p. 92) una relación causal existe o no existe, pero no se interrumpe. Son cuestiones que deben resolverse en el plano normativo.

(4) Cfr. las conocidas sentencias de 20 mayo 1981, 5 abril 1983 y 29 mayo 1983.

(5) Algunas de las expresiones del TS parecen aludir a una distinción entre cursos causales, en el propio nivel de la causabilidad, que pugnaría directamente con la teoría de la equivalencia de las condiciones. Cfr. sobre esto GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pág. 94.

saría índole normativa (6). A este respecto, no hay duda alguna en afirmar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de los procesados y la muerte de la víctima (7). En cambio, podría suscitar algún problema la constatación de la relación de imputación objetiva. La doctrina muestra, en este punto, algunas discrepancias. Así, un sector se muestra absolutamente contrario a admitir que la concurrencia de determinadas omisiones pueda interrumpir la relación de imputación objetiva entre el comportamiento inicial y el resultado (8). Otro, sin embargo, distingue, aceptando tal efecto interruptor en los casos de omisiones dolosas o gravemente imprudentes y negándolo, por contra, en los supuestos de imprudencia leve (9). Un tercero, por fin, rechaza las distinciones esquemáticas en base al carácter del comportamiento que se interfiere. En esta línea, se muestra partidario de un análisis caso por caso, en el que decidir si el comportamiento inicial es *adecuado* para la producción del resultado y si éste entra dentro del ámbito de protección de la norma infringida (10).

4. En el caso que nos ocupa parece posible afirmar la existencia de una relación de imputación objetiva. La naturaleza de la agresión, sobre todo al repetirse después de que la víctima se quejara de fuertes dolores en el costado derecho, hace que fuera objetivamente previsible *ex ante* la producción de un resultado como el acontecido. La experiencia general de la vida demuestra la probabilidad de tales resultados en circunstancias como las narradas. Por otro lado, ninguna de las supuestas «omisiones» que median entre la conducta y el resultado parece tener vinculación suficiente con éste como para excluir su pertenencia al ámbito de protección de la norma infringida por el comportamiento de los agresores. Como se verá, ninguna de ellas puede estimarse, en principio, punible, salvo la de los dirigentes del sanatorio inicialmente visitado; a ésta, por su parte,

(6) En esta sentencia se habla, al final de las consideraciones relativas a la teoría de la consecuencia natural, de que resulta probada la relación de «imputación objetiva».

(7) Según la teoría de la equivalencia de las condiciones con arreglo al criterio de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica, esta conclusión es evidente. Sobre esto cfr. por todos JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal* (trad. MIR PUIG - MUÑOZ CONDE), Barcelona 1981, tomo I, págs. 380 ss.

(8) RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstheorie*, *Juristische Schulung* (JUS), 1969, págs. 549-557, págs. 555 y 556; EL MISMO, en RUDOLPHI-HORN-SAMSON-SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, Frankfurt a. Main, 1975, núm. 74 ante § 1.

(9) Igual, por lo demás, que para la concurrencia de conductas activas. Cfr. OTTO, *Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht*, JUS 1974, págs. 702-710, pág. 709; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien 1974, páginas 117-123. También OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, en *Festschrift für R. Maurach*, 1979, págs. 91-105, págs. 99 y 100. Admiten la posibilidad en algunos casos, sin detallar, JAKOBS, *Strafrecht. Lehrbuch*. Berlin-New York 1983, pág. 178, núm. 59; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT, Studienbuch*. Tübingen 1982, pág. 97, núms. 70 y 72. Entre los autores clásicos que lo habían admitido puede citarse a Binding y Ortmann: cfr. WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín. 1968, pág. 51, nota 189.

(10) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, *Juristische Arbeitsblätter* (JA) 1975, págs. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798, pág. 719; esto para todo tipo de casos, tanto activos como omisivos.

no es posible imputarle el resultado como si lo hubiere producido activamente, dada la falta de posición de garante. Mas tampoco parece razonable sostener que la omisión imprudente de un garante impediría que a los autores de la brutal agresión inicial se les imputara el resultado lesivo. Con ello desaparecen todos los obstáculos a la imputación objetiva de la muerte a la conducta de los sujetos activos (10 bis).

En otro orden de cosas, cabe también apreciar la existencia de previsibilidad del resultado por parte de los agresores según sus cualidades personales y, consiguientemente, la presencia de imprudencia. En este punto habría que criticar que en la sentencia, aparentemente, se deriva la imprudencia de la constatación de la relación de imputación objetiva, lo que no es correcto (11). Debe, en fin, excluirse la presencia de un dolo eventual de homicidio. Ni el grado de peligro ni los términos de su conocimiento por los sujetos parecen suficientes para saltar la barrera de la imprudencia.

5. Los sujetos activos, además de poderseles imputar un resultado de muerte a título de imprudencia, han realizado dolosamente una serie de actos lesivos. Se hace preciso, pues, determinar qué concreto tipo de lesiones dolosas concurre en este supuesto. Para nuestra jurisprudencia ello, en general, no ofrece demasiados problemas. Las lesiones se conceptúan como un «delito determinado por el resultado». En consecuencia, dado un «animus vulnerandi», la pena se impone en función del resultado lesivo (días de curación, secuelas) que acabe produciéndose, con independencia de que el dolo del autor se refiera o no a él, su aparición dependa de la concurrencia de factores extraños, etc. (12). Esta línea debería ser criticada por dos razones: Por un lado, porque desconoce la virtualidad limitativa de los criterios de imputación objetiva del resultado en las lesiones (13). Por otro, porque, aun dada la relación de imputación objetiva, lleva a condenar por determinadas lesiones dolosas a quien no ha querido producirlas. Dicho de otro modo, a quien, aun queriendo realizar el acto lesivo inicial al que luego se imputasen objetivamente las lesiones más graves resultantes, ni siquiera ha advertido en él, con los requisitos del dolo eventual, el riesgo concreto de producción de tales resultados. A este sujeto no podría condenársele por haber realizado dolosamente esas lesiones. La exigencia de dolo eventual, como mínimo, respecto a cada tipo concreto del art. 420 CP (14) para poder castigar por esa lesión como

(10 bis) Cfr. WOLTER, *Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fabrlässigkeitdelikt*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1977, págs. 257-274, pág. 272; También según la «normativización» del criterio de adecuación que este autor propone habría que hablar de imputación objetiva. En efecto, el juez, en su prognosis posterior-objetiva con los conocimientos del autor, no podría estimar el riesgo como *inapreciablemente pequeño y abstracto, ni confiar en una buena salida*.

(11) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 818. Sobre la presunción de imprudencia en algunas sentencias, cfr. HUERTA TOCILDO, *Adios al homicidio preterintencional*, pág. 6.

(12) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Sevilla 1983, pág. 85; BERDUGO, *El delito de lesiones*, Salamanca 1982, pág. 89. En este contexto se explica la oposición de la Jurisprudencia a entender aplicable la atenuante del art. 9, 4.º a las lesiones. Así, STS 24 septiembre 1984, por estimar que en las lesiones basta un «dolo genérico o indeterminado» de lesionar.

(13) BERDUGO, *Lesiones*, pág. 90.

(14) Igual que en relación con los demás tipos de lesiones.

dolosa es una consecuencia ineludible del principio de culpabilidad, obligada, además, en nuestro Derecho tras la reforma de 1983 (15). En efecto, el sentido de ésta, según se afirma en su Preámbulo, es desterrar de nuestro sistema punitivo todas las manifestaciones de responsabilidad objetiva. De ahí que se haga especial hincapié en que las consecuencias de la modificación del art. 1 CP inciden, entre otros aspectos, en la «interpretación que habrá de darse a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal». Ello parece aplicable también a las lesiones.

En tanto no se produzca la necesaria reforma legal, se trata de una aplicación consecuente de los principios generales de la imputación objetiva y subjetiva a las lesiones. Ya lo primero, no obstante, halla dificultades en las referencias de los tipos a *tiempos de curación* (no tanto en lo que se refiere a las otras «resultas»). La teoría de la imputación objetiva exige, para que un resultado pueda ser imputado a una conducta, que aquél sea realización de un riesgo determinable *ex ante* en ella. Dicho de otro modo, que la producción de tal resultado fuera previsible *ex ante* al contemplar la conducta lesiva, y no resulte simplemente causado *ex post*. La acomodación de estos principios a las referencias temporales de curación exige un esfuerzo por establecer *descripciones o clases* de lesiones, y clasificarlas en grupos, a cada uno de los cuales corresponda normalmente (previsiblemente) un marco temporal de curación (es decir, un tipo; en el art. 420, un núm.). Para ello, con todo, es preciso considerar las posibles circunstancias concurrentes, en particular las condiciones de la víctima (edad, salud, etc.). Una vez producida esta *materialización* de las referencias temporales de curación en grupos de *lesiones* (resultados lesivos) estamos en situación de aplicar las reglas de la imputación objetiva en estos tipos. En efecto, se puede decidir si la conducta aparece adecuada *ex ante* para producir tal lesión (p. ej., una de las que tardan en curar entre 30 y 90 días). Y la conducta, en tanto generadora de un riesgo de tal lesión es objeto idóneo de referencia del *dolo*. Ciertamente, los tipos que examinamos se ocupan de las lesiones dolosas. Ello requiere algo más que la imputación objetiva. Para cumplir tal exigencia no basta, tampoco, con que, además de la previsibilidad objetiva, se requiera *previsibilidad subjetiva* (imprudencia). Es decir, para condenar por las lesiones del art. 420, 3.º como dolosamente producidas, no basta con que el sujeto, que pretendía producir un resultado lesivo perteneciente al grupo del art. 420, 4.º, advierta en su conducta elementos de riesgo que le hagan prever un resultado de los abarcados por el art. 420, 3.º, cosa que sucede realmente. Para que tal lesión aparezca como dolosamente producida, será preciso que el sujeto, además de advertir tales elementos de riesgo en su conducta, los acepte en la medida que se requiere para el *dolo*

(15) Esta es, además, la única forma de evitar castigar por igual conductas que son desiguales. Cfr. BERDUGO, *Lesiones*, págs. 90-91.

eventual, como mínimo. Desde luego, lo frecuente en las lesiones será que se abarquen con dolo eventual varias posibilidades. Pero ello no obsta a que deban distinguirse los supuestos, a fin de juzgar correctamente aquéllos en que el sujeto, pese a advertir la posibilidad de que su conducta dé lugar a unas lesiones más graves de lo pretendido, descarta (por sus especiales habilidades, etc.) que ello vaya a producirse en su caso. La exigencia de *imprudencia* respecto al resultado lesivo supone, desde luego, un gran avance frente a la determinación de la pena en las lesiones tan sólo en base al criterio de lo «causado». Mas, limitarse a ello, en último término, supone: 1) tratar por igual casos desiguales; aquéllos en que hay dolo y otros en que no lo hay (por excluirse la posibilidad advertida de ese resultado más grave) *en esa medida*, sino respecto a otra lesión menos grave; 2) admitir, consiguientemente, una versión de *versari in re illicita* (a quien quiere lesionar en una cierta medida, se le imputan como dolosas todas las consecuencias lesivas más graves imprudentemente producidas) (15 bis).

De todo lo anterior se desprende la posibilidad de producción de relaciones concursales entre lesiones dolosas y otras imprudentemente producidas. Incluso dentro del art. 420 cabe que una conducta realice uno de sus tipos dolosamente

(15 bis) Que las consideraciones efectuadas no constituyen algo ocioso, sino que expresan una urgente necesidad para la correcta resolución de los problemas de las lesiones, lo demuestran sentencias como la STS 24 mayo 1984, ponente St. Hijas Palacios. Los hechos eran, en síntesis, los siguientes: Un abogado y el marido de su cliente, enfrentados a raíz de la tramitación de un proceso de separación, sostienen cierto día una fuerte discusión. De las palabras pasan a los hechos y se produce una pelea «previamente aceptada, con golpes recíprocos, con designio ambos de dañar la integridad física de su adversario, en cuyo curso los dos contendientes cayeron al suelo produciéndose *por la caída* (el subrayado es mío) fractura del cuello del fémur de don José Luis (el abogado), que quedó inmovilizado, recibiendo en su cuerpo, al levantarse su oponente, algunas patadas de éste como epílogo o final de la riña sostenida, hasta que por la intervención de terceras personas pudo darse por terminado el incidente...». Las lesiones del abogado (es decir, la rotura del fémur) tardaron en curar 870 días, causándole una incapacidad laboral de 360 días, así como secuelas de marcha claudicante y cojera. En consecuencia, el sujeto activo resulta condenado, como autor de un delito de lesiones graves del art. 420, 3.º CP a la pena de 2 años, 4 meses y un día de prisión menor, más las accesorias. De nada sirve que se alegue que «ni se previó ni se procuró el resultado de la fractura del fémur sufrida por el lesionado». Para el TS, aparentemente también tras la reforma de 1983 (cuya aplicación, por cierto, se solicitó por la defensa sin éxito alguno), «el delito de lesiones ofrece una estructura de resultado objetivo, dentro de la configuración del dolo de lesionar o *animus laedendi*» (es decir, dolo genérico). Lo único decisivo es, pues, la relación causal. Aunque, de pasada, se aluda a un dolo eventual, en el fondo ello no es sino una presunción de dolo: «porque ninguna persona humana que desarrolla tales acciones, con el designio señalado, puede decirse que ha previsto un resultado concreto al que se dirige, sin querer sobrepasarlo, ni que no procuró un resultado proporcionado y efecto de su acción». Por todo ello, rechaza además la aplicabilidad de la atenuante del art. 9, 4.º a las lesiones «a menos que exista una absoluta inidoneidad entre el resultado y los actos de los agentes». Tales argumentaciones conducen a castigar igual casos absolutamente desiguales. Así, el de autos y otro en que un sujeto toma una barra de hierro con la que golpea la pierna de su víctima para partírsela.

y otro por imprudencia (16). La consideración de los números del art. 420 como «tipos distintos» impide, además, la aplicación de la atenuante del art. 9, 4.º CP salvo dentro de cada uno de ellos (17).

6. En este caso, la determinación de cuáles han sido las lesiones dolosas ofrece dificultades a la posición jurisprudencial. En concreto, no se puede determinar si, de haberse diagnosticado a tiempo la lesión y de haberse intervenido quirúrgicamente, habría bastado para la curación la sutura del desgarro (convalecencia de 30 ó 40 días) o habría sido preciso extirpar la víscera. Consiguientemente, existen dudas entre la aplicación del art. 420, 2.º o del 420, 4.º. Todo ello tiene, además, repercusiones en sede de preterintencionalidad (18). Tradicionalmente se ha alegado la referida dificultad en contra de las soluciones del hoy derogado art. 50 CP o del concurso, por estimar que impide fijar con precisión la pena aplicable (19). Desde una perspectiva respetuosa con el principio de culpabilidad la situación aparece de modo distinto. En efecto, se trata de decidir si los sujetos han abarcado, como mínimo con dolo eventual, la pérdida de la víscera por la víctima o sólo la producción de determinados daños corporales (de los que el Tribunal juzgaría el número de días que tardarían en curar). Esto último es lo que aparece más verosímil dadas las circunstancias del hecho. Además, —lo que parece olvidar esta sentencia— se halla la vigencia del principio «in dubio pro reo» (20). Las lesiones cuya gravedad fuera mayor de lo abarcado por el dolo, pueden evidentemente atribuirse al sujeto, en su caso, como imprudentes. Aunque la producción de la muerte, también por imprudencia de los agresores, las absorbe. En conclusión, nos hallaríamos ante unas lesiones dolosas que, como máximo, quedarían comprendidas en el art. 420, 4.º y de unas posibles lesiones imprudentes que irían más allá pero que, en este supuesto, resultan absorbidas en la imprudencia que da lugar a la muerte de A.

7. La Audiencia, según ya sabemos, había calificado los hechos como homicidio preterintencional, aplicando, sobre la base de la penalidad del homicidio doloso, la atenuante del art. 9, 4.º CP como muy cualificada. Con tal resolución, el Tribunal provincial no hacía sino ajustarse a la que ha venido siendo jurisprudencia absolutamente uniforme para los casos de lesiones-homicidio; incluso

(16) Es decir, que cabe, entre los números del art. 420 CP y entre éstos y los otros tipos de lesiones, lo que, con la terminología tradicional, podríamos llamar relación de «preterintencionalidad heterogénea».

(17) En este sentido, por ejemplo, MIR PUIG, *Preterintencionalidad y límites del art. 50 del Código penal*, RJCat 1979, págs. 57-99, págs. 98 y 99; también sobre este tema, MUÑOZ CONDE - QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 1983*, Barcelona 1983, pág. 69-70; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA - RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Barcelona 1972, páginas 458 y 459; BERDUGO, *Lesiones*, pág. 90.

(18) Cfr. BERDUGO, *Lesiones*, pág. 89.

(19) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, págs. 17-18. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1949, pág. 231, había criticado la tesis jurisprudencial señalando que los juicios hipotéticos en relación a los días de curación de las lesiones son adoptados continuamente en la tentativa. También CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código penal español*, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid 1982, págs. 60-73, pág. 62 v nota 8.

(20) Así, STS 10 febrero 1982 (A. 646). La referencia al «in dubio pro reo»: estimar, en la duda, la duración de las lesiones más favorable al reo, aparece en las STS 28 marzo 1984 y 19 octubre 1984. Pero vid. nota 29 bis, por ej., sobre algunas de las contrapartidas de ello.

después de que la importante STS 30 marzo 1973 (A. 1.464) acogiera la distinción de Silvela entre preterintencionalidad homogénea y heterogénea (21). En efecto, dejando aparte sentencias más antiguas (22), en el período 1975-1982 el TS no ha aplicado nunca a los supuestos de lesiones-homicidio el, hoy suprimido, art. 50 CP sino el art. 9, 4.º (23). Otras soluciones apenas revisten importancia cuantitativa (24). De modo que, pese a sostenerse en teoría la mencionada distinción de Silvela, el TS, en la práctica, aplica el art. 9, 4.º CP a éstos, que serían casos de la llamada «preterintencionalidad heterogénea». Frente a todo ello, la doctrina, ya desde antes de la reforma de 1983 y en forma creciente, entiende que en estas situaciones debe procederse a aplicar la normativa del concurso (de delitos) entre las lesiones dolosas y el homicidio, siempre que éste pueda estimarse imprudentemente producido (25). Nuestra jurisprudencia, sin embargo, ha alegado una serie de argumentos contra tal solución (y la del art. 50, derogado en la reforma de 1983) (26). De ellos quizá el más significativo sigue siendo hoy el probatorio: es decir, la inexistencia, en los hechos probados, de las bases necesarias para poder determinar el tipo de lesiones que el sujeto se proponía realizar (27). Es esta razón la que provoca que la sentencia que comentamos

(21) La distinción, dentro de la llamada «progresión delictiva», entre preterintencionalidad homogénea (a regular por el art. 9, 4.º) y preterintencionalidad heterogénea (a contemplar en el art. 50 CP) suponía incluir en la primera los casos en que no se desborda el marco de un delito determinado y en la segunda los casos en que se trata de dos delitos distintos en la misma línea de ataque. No obstante, no es pacífica la forma de entender qué son «delitos distintos». Sobre ello vid. nota 17; cfr. además MIR PUIG, *RJCat* 1979, págs. 74 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, págs. 15-16.

(22) Cfr. CEREZO MIR, *Problemas*, pág. 62, nota 7.

(23) Cfr. CORCOY, *Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente*. Tesina mecanografiada. Barcelona 1984, pág. 156. Además, por ej., STS 10 mayo 1977 (A. 2.263); STS 13 marzo 1978 (A. 1.011); STS 2 noviembre 1978 (A. 3.366); STS 6 diciembre 1980 (A. 4.790); STS 16 noviembre 1981 (A. 4.336); STS 14 diciembre 1981 (A. 5.005); STS 13 abril 1982 (A. 2.090); STS 15 mayo 1982 (A. 3.535), etc.

(24) Así, la solución de castigar sólo por imprudencia, prescindiendo de la conducta dolosa inicial: STS 17 diciembre 1958 (A. 4.013); STS 19 enero 1977 (A. 38); STS 20 junio 1977 (A. 2.892); STS 2 enero 1979 (A. 23). La del art. 50, aparte de la STS 30 marzo 1973, sólo se aplica en un caso de desviación, y no de lesiones-homicidio: STS 26 marzo 1979 (A. 1.392). La del concurso tampoco se ha aplicado nunca en estos supuestos de progresión delictiva: cfr. STS 17 diciembre 1964 (A. 5.349).

(25) Cfr. MIR PUIG, *RJCat* 1979, págs. 57 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 16; ALONSO ALAMO, *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad*, *La Ley* 1983-3, págs. 1059-1073, pág. 1072, «lege lata», con consideraciones de «lege ferenda» en favor de un precepto específico.

(26) Sobre el alcance de esta reforma en materia de preterintencionalidad, cfr. ALONSO ALAMO, *La Ley* 1983-3, págs. 1067 ss.

(27) HUERTA TOCILDO, *Adios...*, reconoce estas dificultades (p. 4), pues, por un lado, no se podría determinar si las lesiones han sido intentadas o consumadas y, por otro, dados los criterios legales de fijación de la pena en las lesiones, resulta complicado decidir de qué lesiones se trata. De todos modos, MIR PUIG, *RJCat* 1979, págs. 97-98, aporta una serie de criterios para la resolución de la primera parte del problema. Por su parte, ALONSO ALAMO, *La Ley* 1983-3, pág. 1067, propone, para la segunda parte, además del recurso al principio procesal de «in dubio pro reo», que, en los casos de duda, el juez pueda recorrer un marco penal que comprenda las lesiones que tardan en curar de 15 a 90 días, decidiendo en atención a la peligrosidad de la acción (arts. 420, 3.º y 4.º y 422 CP)

comparta la solución del art. 9, 4.º aplicada por la AP, no obstante atender que la estimación del art. 50 era lo dogmáticamente correcto (28).

8. Lo más sobresaliente de esta resolución es, con todo, que el TS, adhiriéndose a la moderna doctrina, estima que, tras la supresión del art. 50 y la modificación del art. 1, 2.º CP en la reforma de 1983, el régimen de los supuestos de lesiones-homicidio debe ser el del *concurso de delitos* (29). Pese a ello, rechaza su aplicación en el caso concreto (hechos anteriores a la reforma) por entender que no sería «ley más favorable» y, consiguientemente, no habría motivos para aplicarla retroactivamente. Llama la atención que los argumentos probatorios en base a los que se estimó bien descartada la estimación del régimen del art. 50 por la Audiencia, no se apunten, en cambio, para el concurso, cuando la

(28) Se alegan razones de *practicidad*. A este respecto, la STS 28 marzo 1984 se lamenta de que «la praxis procesal no se cuida de señalar —sin negar sus dificultades, incluso su imposibilidad clínica— el tiempo de sanidad de aquellas (las lesiones) de no haber sobrevenido el resultado mortal» e invita a que se avance en este aspecto. Además de éstas, pueden citarse STS 13 noviembre 1959 (A. 3.914); STS 10 mayo 1977 (A. 2.263); STS 16 diciembre 1980 (A. 4.790); STS 14 diciembre 1981 (A. 5.005), y STS 13 abril 1982 (A. 2.090). Sin embargo, es preciso tener en cuenta otros argumentos: 1) Se rechaza la posibilidad de estimar el resultado como imprudentemente producido si, dado un arranque doloso no se produce una desconexión anímica entre la conducta inicial y el resultado final. La ausencia de desconexión sería lo característico del *delito preterintencional* (a resolver por el art. 9, 4.º CP): STS 10 mayo 1977 (A. 2.263); STS 16 noviembre 1981 (A. 4.336); STS 11 junio 1981 (A. 2.642); STS 13 abril 1982 (A. 2.090); STS 15 diciembre 1983. 2) Se reprocha a la solución del art. 50 el ser demasiado benigna: STS 10 mayo 1977 (A. 2.263); STS 13 abril 1982 (A. 2.090). 3) Se rechaza la solución del concurso por entender que supone negar la propia esencia de la preterintencionalidad, que viene constituida por la existencia de un delito único: STS 6 diciembre 1980 (A. 4.790). Estos argumentos son, sin embargo, tan claramente contrarios al tenor de la reforma de 1983, que, prácticamente, carece de sentido el discutirlos. Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 19; ALONSO ALAMO, *La Ley 1983-3*, págs. 1068 ss.

(29) Se trata de la primera Sentencia del TS en la que se reconoce expresamente este extremo. En ella se señala textualmente que, tras la reforma, «el supuesto de preterintención heterogénea seguirá las *reglas normales del concurso de delitos*, de modo que habrán de penarse las lesiones inicialmente producidas a título doloso y el resultado de muerte como homicidio culposo, caso, naturalmente, que además del ligamen causal de la muerte con las lesiones, sea tal resultado ulterior imputable a culpa» (sobre esto último, más clara la STS 28 marzo 1984). Este concurso se admitía aquí, correctamente, en principio, como *concurso ideal de delitos*, si bien, extrañamente, en la modalidad de «lesiones dolosas como medio para cometer homicidio culposo» (delito medio-delito fin, 2.º parte del artículo 71, 1.º) y no como supuesto de un hecho que constituye dos delitos. Este deslíz inicial (como señala la STS 28 marzo 1984, no puede hablarse de un *fin*, a propósito del homicidio culposo en estos casos), explica probablemente que en sentencias posteriores (STS 28 marzo 1984; STS 12 julio 1984; STS 19 octubre 1984) el propio TS haya abandonado la tesis del concurso ideal, inclinándose por la del *concurso real*. Esta última resulta asombrosa, si se tiene en cuenta que en todos los supuestos de lesiones-homicidio hay *un solo hecho* del autor: el «ladrillazo» (STS 19 octubre 1984), o las patadas (STS 9 febrero 1984), por ejemplo. No existe, pues, la pluralidad de hechos característica del concurso real. Dado que los argumentos *legales* del TS han sido, a mi juicio, correctamente rebatidos por HUERTA TOCILDO (cfr. HUERTA TOCILDO, *Adios...*, pág. 6), no resta sino pedir a nuestro más alto Tribunal que reconsidere su parecer y adopte la tesis del concurso ideal, por ser la dogmáticamente satisfactoria.

cuestión se plantea aquí del mismo modo (29 bis). En cualquier caso, una aplicación de la normativa de las lesiones en forma ajustada al principio de culpabilidad puede facilitar la solución de los problemas probatorios, al convertir un problema de prueba de lo hipotético en uno de prueba de lo real. Se trata, en efecto, de determinar el alcance del dolo del sujeto. En última instancia, y en caso de duda, deberá apreciarse refiriéndolo a la más leve de las alternativas en presencia. Ello posibilitará la satisfactoria aplicación de la normativa concursal en estos supuestos. El art. 9, 4.º debe reservarse para otras situaciones (30).

9. El TS descarta la estimación en el caso concreto de la solución del concurso (que entiendo vigente tras la reforma) y mantiene la del art. 9, 4.º cualificado. Ello, por entender que aquella solución no es más favorable y, consiguientemente, no puede aplicarse retroactivamente. Estas consideraciones plantean un doble problema: por un lado, si realmente nos hallamos ante una cuestión de retroactividad; por otro, si la solución del concurso sería o no «más favorable». Lo primero podría discutirse desde la óptica de la doctrina que entendía, ya antes de la reforma de 1983, que el concursal era el régimen aplicable en los supuestos

(29 bis) A propósito de esta cuestión, señala la STS 28 marzo 1984 que la dificultad, si bien subsiste, «se aminora, pues, en el peor de los casos, siempre puede estimarse la existencia de lesiones dolosas, al menos como falta (hipótesis la más favorable al reo) en concurso con un delito de homicidio culposo, cuya penalidad permite fijarla el art. 565, 3.º con prudente arbitrio, y, por ende, *acomodarla a la situación de preterintencionalidad, que, en el fondo, sigue latiendo...*». Esta última frase, cuyo subrayado me corresponde, es de gran importancia. Más aún, si se pone en relación con la afirmación generalmente repetida (STS 28 marzo 1984; 25 septiembre 1984; 19 octubre 1984) de que el recurso tradicional al art. 9, 4.º no se debía sólo a las reseñadas dificultades probatorias, sino que, además, constituía un *intento de aproximar la pena a la culpabilidad del sujeto activo*. De todo ello cabe extraer dos consideraciones:

1) Cabe pensar que la facultad que el art. 565, 3.º otorga a los Tribunales cumpla en el futuro esa «función» de «aproximar la pena a la culpabilidad del sujeto». Por ello, y para evitar que, imponiendo la pena del delito imprudente siempre en el máximo permitido, se castiguen dos veces las lesiones dolosas iniciales, debe solicitarse de nuestros Tribunales *prudencia y motivación* en el ejercicio de ese prudente arbitrio.

2) También puede ir en la línea de lo anterior la opción por el concurso real. En efecto, éste, al regirse por el principio de acumulación material de penas, permite ejercer además el *prudente arbitrio*, con lo que la libertad del Tribunal es mayor que en el concurso ideal, en el que está constreñido a aplicar la pena del delito más grave en grado máximo. Así se garantizaría la posibilidad del Tribunal de, junto a la pena de las lesiones dolosas, considerar en la imprudencia la culpabilidad global del agente. Sobre el peligro de doble punición que ello puede representar no creo que sea necesario volver a insistir.

(30) Sobre ello, cfr. MIR PUIG, RJCat 1979, págs. 98-99; MUÑOZ CONDE-QUINTERO OLIVARES, *La reforma*, págs. 69 ss. HUERTA TOSILDO, *Adiós...*, pág. 5, discrepa de ellos, por entender que, en el fondo, permite una aplicación más amplia de lo que aquéllos entienden y el TS podría literalmente acogerlo para todos los casos de preterintencionalidad. Por ello, estima que el precepto es perturbador, creando más problemas de los que resuelve. Por mi parte, considero que el artículo 9, 4.º, en tanto se mantenga, debería poder jugar un papel en el seno de cada uno de los tipos de lesiones (dentro de cada número del art. 420, por ejemplo), para los casos en que, siempre dentro de cada tipo, el resultado lesivo es mayor de lo que el sujeto abarcó con el dolo. Ello, dejando aparte el tema, que merece discusión, de la atenuación para el dolo eventual de homicidio en estos casos de progresión delictiva.

de lesiones-homicidio. No, en cambio, desde la perspectiva jurisprudencial, según la cual la solución concursal sólo es la correcta en estas situaciones tras la supresión del art. 50 CP y la modificación del art. 1, 2º en la reciente reforma de nuestro Código penal. De admitir esto último habría que analizar si, en el caso concreto, la del concurso es ley más favorable y, en consecuencia, aplicable retroactivamente. El TS entiende que no. La razón es que, en su opinión, la aplicación del art. 71 CP (31) *podría dar lugar a penas más elevadas que los tres años resultantes por la vía de aplicar la circunstancia del art. 9, 4º como muy cualificada*. Sin embargo, con ello se contradice la doctrina en materia de retroactividad. Esta exige una comparación de penas *en concreto*, es decir, una vez estimadas las atenuantes y agravantes en presencia y ejercitado motivadamente el mayor o menor margen de arbitrio jurisprudencial (32). De producirse tal apreciación en concreto, existe una amplia posibilidad de que la solución concursal dé lugar a una pena más baja. En efecto, las lesiones dolosas del artículo 420, 4º tienen asignada la pena de arresto mayor (1 mes y 1 día a 6 meses) y el homicidio imprudente la de prisión menor (6 meses y 1 día a 6 años). Aun en el supuesto de que se aprecie alguna agravante en las lesiones, y ejercitada por el Tribunal la facultad del art. 565, 3º, es posible llegar a una pena inferior a la de 3 años impuesta. Pero que esto sea así no es lo decisivo. Lo verdaderamente importante es que, para negar la aplicación retroactiva, no basta con indicar que, dentro del margen de decisión del Tribunal se pueden imponer en el caso, según la nueva ley, penas más altas. Al contrario, se trata de ejercitar *motivadamente* esas facultades y, tras ello, determinar al final si la *pena concreta* resultante de la aplicación de la nueva ley a las circunstancias del caso es inferior o no a la anterior. De ahí que deba criticarse la conclusión del TS, que niega la aplicación retroactiva en base a que el ejercicio de su arbitrio en los marcos del art. 61, 4º y 565, 3º CP podría dar lugar a penas iguales o superiores a 3 años. Ello ha ocurrido ya en otras sentencias (33) y parece incorrecto: no se trata de si la pena podría ser, en el caso, superior según la nueva ley, sino de si, en concreto, lo es.

10. Por último, es preciso hacer breve referencia a los demás comportamientos que se producen en este caso y que podrían dar lugar a reacción penal. En primer lugar, puede valorarse positivamente la absolución del médico del «delito de imprudencia con resultado de muerte» por el que había sido procesado. Efectivamente, dejó de practicar la observación de los parámetros clínicos, operación que *ex ante* debe considerarse adecuada para descubrir posibles irregularidades, en concreto, hemorragias internas. Sin embargo, del análisis de las circunstancias del caso resulta que, aunque lo hubiera hecho, muy probablemente no se habría apreciado la hemorragia, dada su escasa entidad en aquellos momentos y la

(31) Que, en este caso, por ser menor la privación de libertad resultante, llevaría a considerar las penas por separado, en lugar de imponer la pena del delito más grave en su grado máximo.

(32) Cfr. JESCHECK, *Tratado I*, pág. 187; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, I*, Madrid 1981, pág. 223; CASABO RUIZ, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO-DEL TORO-CASABO, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona 1972, págs. 49 ss.

(33) Cfr. STS 28 febrero 1984, en materia de la antigua agravante de reiteración, así como la reforma de los arts. 10, 15º y 61, 2º CP.

ausencia de otros medios técnicos. En definitiva, se infringe la norma de cuidado (34), no realizando (por negligencia) una operación que *ex ante* aparecía como adecuada. Pero no es posible imputar el resultado a esta imprudencia, dado que, aunque se hubiese practicado dicha observación, con toda probabilidad no se habría podido descubrir la lesión y, en consecuencia, evitar el resultado (35). Por otro lado, hay que aplaudir la resolución de nuestro más alto Tribunal en el sentido de que se indague la posible existencia de bases de una responsabilidad penal en la conducta de los dirigentes del primer sanatorio. La presencia de un delito de omisión del deber de socorro es más que probable (36). Mucho más discutible es si omiten los familiares de la víctima un socorro debido. Dadas las infructuosas gestiones de los amigos por procurarle ayuda, puede dudarse de las reales posibilidades de una intervención por parte de la madre, por ejemplo, lo que llevaría a descartarlo.

(34) Evidentemente, no podemos entrar aquí en el tema de la posición de garante del médico. Cfr., sobre ello, BLEI, *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, en *Festschrift für H. Mayer*, Berlín 1966, págs. 119-143; STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, en el mismo *Festschrift*, págs. 145-164.

(35) Nos hallamos ante el tema de la imputación objetiva vinculado a una doble dificultad: la de tratarse de una *omisión* y, además, *imprudente*. Ello merecería, por sí solo, más de un comentario. Baste aquí una remisión al resumen de SCHÜNEMANN, JA 1975, págs. 582 ss.

(36) Sobre ello no podemos entrar aquí. Baste señalar que las limitaciones que RODRÍGUEZ MOURULLO establecía en este tipo de situaciones en base a la noción de «encuentro», no son ya válidas al reformarse el tenor legal. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid 1966, págs. 185 y ss, 189 y ss.

Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 4. La conspiración es una conducta eminentemente subsidiaria con respecto a la autoría y a la participación.

«Será autor plenario aquel cuyo comportamiento llene las exigencias típicas del precepto aplicable, coautor material, quien lleva a cabo actos fundamentales o esenciales de naturaleza nuclear o capital, cooperador necesario quien perpetre actos periféricos, pero sin los cuales no pueda cometerse la infracción, y cómplice, el que coadyuva o contribuya, con actos coetáneos o anteriores, pero de modo no necesario o «sine qua non», a la comisión del delito, precisándose también que, todos y cada uno de los presuntos copartícipes, obre con «animus adjuvandi» o propósito de coadyuvar en un empeño común; de lo que se infiere que si, algún partícipe, superadas las fases de ideación, deliberación y resolución —todas ellas internas—, ha decidido y resuelto, previo acuerdo con otro u otros, la perpetración de un delito, pero ulteriormente no realiza ningún acto ejecutivo del mismo, ni aporta esfuerzo propio para la consecución de la referida y convenida perpetración, su comportamiento, aunque no medie desistimiento, deberá calificarse como constitutivo de mera conspiración, y, ello, aun cuando, sus co-reos, mediante actos propios, hayan iniciado o consumado, externamente, la dinámica comisiva característica de la infracción pactada entre todos.» (S. T. S. de 14 de noviembre de 1984.)

Artículo 8, 1.º Enajenación mental. Oligofrenias. Clases y efectos.

«Que el problema relacionado con los efectos de las oligofrenias, ampliamente expuesto en los Tratados de Medicina Legal, ha venido teniendo una concepción uniforme en la jurisprudencia penal de esta Sala, en orden a su trascendencia respecto a la imputabilidad del sujeto activo del delito que la padece. Y así, como más recientes y significativas, se abordó tal cuestión en las Sentencias de 6 de diciembre de 1975, 8 de abril de 1976, 26 de octubre de 1979, 25 de marzo de 1980, 15 de diciembre de 1982 y 26 de enero

de 1984, en cuya doctrina se declara ser enfermedades mentales de índole endógena caracterizadas por perturbaciones de la personalidad del agente, al implicar una distonía o discordancia entre la evolución y desarrollo fisiológico y somático del sujeto afectado y su análogo y simultáneo crecimiento anímico, de tal forma, que mientras aquél se desenvuelve normalmente, el segundo queda estancado y rezagado, no coincidiendo la edad cronológica con la edad mental, dando origen a la anormalidad nosológica, más o menos grave, que ordinariamente se traduce en diversos estados morbosos conocidos en orden a su reflejo penal en: a) idiocias; b) imbecilidades; c) retrasados o débiles mentales, y d) en torpezas mentales. Tales especies congénitas se corresponden, aunque con precisión generalizada, a edades mentales aproximadamente situadas sobre los 4 ó 6 años, con un coeficiente o cociente del 25 por 100 en el primer caso: de 8 a 10 años, y un 50 por 100 en el segundo: de unos 11 a 13 años, y hasta un cociente intelectual del 10 por 100 en las debilidades, y por encima de esta edad y cociente superior, la torpeza mental. La repercusión en la imputabilidad del agente, en los dos primeros supuestos, es enteramente nula; en el tercero, aunque capte el sentido ilícito de los actos delictivos si son trascendentes, al carecer tanto de la capacidad plena de comprensión, como de la volitiva de actuación, la imputabilidad viene mayoritariamente disminuida y atenuada, y finalmente, resultan imputables quienes sufren simplemente torpeza mental, al ser su cociente intelectual fronterizo al propio de los sujetos normales, salvo si se asocian con otras enfermedades o situaciones que potencian y agudizan su débil estabilidad psíquica.» (S. T. S. de 28 de enero de 1985.)

Artículo 8, 1.º Enajenación mental. Epilepsia. Clases. Efectos.

«Que conforme tiene declarado esta Sala, la epilepsia es una enfermedad caracterizada por crisis convulsivas, con pérdida de conocimiento, alucinaciones sensoriales o perturbaciones psíquicas, producidas por la descarga funcional de un grupo de células nerviosas del cerebro; bajo cuyo nombre único se agrupan una variada serie de psicosis de distinta morfología y entidad, que recorren, desde las genuinas epilepsias hasta las equivalentes epilépticas, las epilepsias larvadas, el epiteptoide explosivo, o el simple carácter epiléptico (Sentencias de 28 de mayo de 1975, 13 de junio de 1981), por lo que en cada caso debe determinarse con la mayor exactitud posible, cuál de éstas situaciones extremas o intermedias, sufre el paciente, si los actos delictivos se cometen durante las crisis comiciales, o en fase interparoxística para determinar el grado de imputabilidad del sujeto. Cuando se habla o se sufre el «gran mal» o ataque comicial propio, con deterioro absoluto de la personalidad, el juzgador se encuentra de lleno ante una eximente completa, y cuando el sujeto sólo padece el «pequeño mal», como ataques incompletos, distimias, epilepsias larvadas, sin ataque comicial, existe una imputabilidad disminuida que desemboca en una atenuante o en una eximente incompleta, según el grado de afección de las facultades psíquicas del sujeto (Sentencias de 25 de enero y 24 de septiembre de 1982 y 25 de abril de 1983).» «S. T. S. de 31 de enero de 1985.)

Artículo 9, 4.º Atenuante de preterintencionalidad. Es aplicable al autor de un robo con homicidio, pero no a los partícipes que no intervienen materialmente en la muerte.

«Que la atenuante de preterintencionalidad ha sido de posible aplicación en el complejo de robo con homicidio a partir de la sentencia de 21 de octubre de 1952, y así lo ha hecho esta Sala en repetidas ocasiones (en este sentido la sentencia de 7 de marzo de 1983), pero siempre referida a la conducta del autor material de la muerte que no quiso causar un mal de tanta gravedad como el ocasionado, atenuante que beneficiaría también a los partícipes que no intervinieron en aquélla, pero no es correcto aplicarla a éstos por el solo hecho de no participar materialmente en la muerte totalmente dolosa, como incorrectamente hace la Audiencia.» (S. T. S. de 16 de noviembre de 1984.)

Artículo 9, 9.º Arrepentimiento espontáneo: debe estar presidido por sentimientos éticamente nobles.

«Que la atenuante de arrepentimiento espontáneo tal como está configurada en el núm. 10 del artículo 9.º del Código Penal, no basta para su apreciación el que el culpable repare o disminuya los efectos del delito, dé satisfacción al ofendido o confiese a las Autoridades la infracción (elemento subjetivo o psicológico de la circunstancia), pues cualquiera de estas conductas se producen con frecuencia durante el proceso sin que tengan efecto alguno de atenuación; pueden constituir manifestaciones de voluntad de querer colaborar con la justicia o de paliar el mal causado a la víctima, pero por sí solos no constituyen la atenuante examinada. La Ley penal exige que esos comportamientos obedezcan a un sentimiento de culpabilidad por una conducta socialmente repudiada, de la que el agente se arrepiente (contrición o atrición), espontáneamente, es decir sin que persona alguna le haya forzado a ello, y sin que otros sentimientos, distintos del mero pesar, influyan en su decisión. Por ello la Ley exige que esos comportamientos reparatorios o colaboradores se produzcan antes de que el reo tenga conocimiento de la apertura del procedimiento judicial; pues lógicamente es obvio que quien sabe que los órganos del estado buscan su persona —aunque sea con la mínima posibilidad de éxito— no serán aquellos sentimientos éticamente nobles, los determinantes de su actuación, sino otros interesados o desviados de la verdad.» (S. T. S. de 1 de diciembre de 1984.)

Artículo 10, 7.º Disfraz. Es o no comunicable según las circunstancias concurrentes.

«Las sentencias, también de este Tribunal, de 13 de abril de 1977 y 17 de marzo de 1982, efectuaron la siguientes distinción: cuando el disfraz sea un medio material de ejecución del delito sobre el que incide la circunstancia, ésta será comunicable a todos los partícipes concertados respecto a la

forma de ejecutar el hecho punible; pero cuando se trate de una **precaución de carácter personal** que sólo uno de ellos adopta, no es comunicable a los demás porque se trata de una actuación personalísima, siendo aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 60 del Código Penal y no lo disciplinado en el párrafo segundo del mismo.» (S. T. S. de 7 de febrero de 1985.)

Artículo 10, 8.ª Abuso de superioridad. Sus diferencias con la alevosía.

«Que por la agravante de abuso de superioridad o de uso de medios que debiliten la defensa, se da satisfacción jurídica al sentimiento social, que estima más reprochable, y por tanto más culpable, la conducta de quien para cometer una agresión personal a otro, se aprovecha o busca una ventaja sobre la víctima, que le permita consumarla sin riesgo para él. Es un sentimiento que rechaza la vileza, cobardía o falta de caballerosidad, o con sentido más objetivo la vulneración del principio de igualdad de oportunidades que subyace en el sentimiento de justicia propio de cualquier hombre civilizado. Es el mismo sentimiento que fundamenta la agravante de alevosía por lo que la diferencia entre una y otra es puramente cuantitativa: En la alevosía se elimina toda posibilidad defensiva, mientras que en el abuso de confianza simplemente la debilita o aminora (Sentencias de 19 de mayo de 1981, 15 de junio de 1983). Esta alevosía menor o de segundo grado como se ha denominado a la agravante 8.ª del artículo 10, precisa objetivamente de un notorio desequilibrio entre las situaciones de poder de los sujetos activo y pasivo, que puede ser no sólo físico sino psíquico; subjetivamente, en la consciencia de ese desequilibrio preparado o aprovechado. Es obvio, que por la propia naturaleza de la agravante, ha de provocar aquella repulsa social dadas las circunstancias en que la agresión se produjo. Conforme al texto legal, la agravante tiene dos manifestaciones: abuso de superioridad que se refiere a circunstancias personales de agresor y víctima (así hembra o varón, adulto o niño o anciano, varios contra uno, etc.), o al medio utilizado (armas, elementos contundentes, etc.), según ha aclarado la jurisprudencia en Sentencia, entre otras, de 31 de enero de 1984.» (S. T. S. de 16 de enero de 1985.)

Artículo 10, 9.ª Abuso de confianza. No se dan los presupuestos aunque exista una relación laboral entre los procesados y el sujeto pasivo si éste es una empresa anónima con gran número de trabajadores.

«Que el motivo primero del presente recurso, está interpuesto por entender que se ha aplicado indebidamente la circunstancia agravante 9.ª del artículo 10 del Código Penal, es decir la de obrar con abuso de confianza, y se fundamenta en el supuesto fáctico de «que los trabajadores de la empresa perjudicada son sometidos con periodicidad a registros» fundamento que debe ser aceptado, pues del estudio de la causa se desprende que la apreciación descansa en la existencia de una relación laboral entre los procesados y la empresa perjudicada Fasa-Renault, S. A. en su factoría de Valladolid y

si bien es cierto que la relación laboral puede actuar de agravación de la responsabilidad penal, conforme tiene establecido la doctrina de esta Sala en múltiples sentencias, sin embargo, es necesario declarar que, en este caso concreto, dada la fundamentación del recurso, y el hecho claro y específico de que se trata de relación laboral en Sociedad Anónima de gran extensión y número de trabajadores, como es notorio, al no concretarse, en los supuestos fácticos que la sustracción se realizase dentro del campo específico de la actividad encomendada a los citados procesados como empleados de la misma, es por lo que además debe ser acogido el motivo con su estimación, para los tres condenados.» (S. T. S. de 30 de noviembre de 1984.)

Artículo 11. Circunstancia mixta de parentesco. En los delitos contra las personas el parentesco opera como agravante sólo si la víctima no ha provocado el delito y si no están rotos los lazos afectivos.

«Que, como es obvio, la razón de que el parentesco, en los grados a que hace referencia el artículo 11 del Código Penal, juegue como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravándola o atenuándola, según los casos, no es otra, que el mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del delincuente por el hecho de que se halle unido a la víctima por la mentada circunstancia de parentesco, por ello, tratándose de delitos contra las personas a la circunstancia mixta ha venido atribuyéndole carácter agravatorio, porque, ordinaria o normalmente, implica un incremento del desvalor de la conducta del ofensor, entendiéndose, la generalidad de los autores, que basta para estimarla como tal, que concorra con el elemento objetivo del parentesco el subjetivo de que el agente tenga conocimiento de su existencia, y que tan sólo debe reputarse irrelevante la concurrencia de tal circunstancia, o bien cuando la víctima hubiese provocado la comisión del delito, o cuando se halle de tal manera rota la relación entre ofensor y ofendido que se hallen en la misma situación que si se tratase de extraños, siendo éste el sentido en que se han orientado las sentencias de este Tribunal, a través de las que se comprueba el carácter excepcional con el que ha dejado de aplicarse la circunstancia de parentesco como agravante cuando de delitos contra las personas se trata.» (S. T. S. de 12 de noviembre de 1984.)

Artículo 12. Delito provocado: intervención de un agente provocador.

«Que nuevamente se plantea así ante esta Sala el problema del delito provocado que tanta división ha producido en la doctrina y alguna vacilación en la jurisprudencia. En efecto, en la doctrina se evoca la falta de espontaneidad del delito, puesto que media una incitación anterior a cometerle, y se actúa a estímulos de provocación, y la falta de daño o peligro, porque de antemano existe la imposibilidad de que se alcance el resultado antijurídico que es lo que pretende el agente provocador, al crear una situación ficticia, que al carecer por parte del sujeto provocado de culpabilidad, de voluntarie-

dad o de dolo falta una auténtica conducta delictiva, bien porque estaríamos ante el supuesto de un delito imposible, bien por el error del sujeto activo en su sedicente actuación delictiva o bien por encontrarnos, en sentido amplio ante un delito putativo donde faltaría una auténtica materia digna de reprobación penal.» (S. T. S. de 3 de julio de 1984.)

Artículo 12. Evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el delito provocado. Distinción entre provocación policial orientada a descubrir un delito y delito provocado.

«Que todos estos problemas han sido ya abordados por la jurisprudencia de esta Sala desde la Sentencia de 22 de junio de 1950, hasta la más reciente de 8 de julio de 1980. Mas partiendo de la base de que la jurisprudencia penal es eminentemente circunstancial y cada una de las sentencias, sobre la materia, venía a resolver el caso concreto, que era objeto de su conocimiento, así la de 22 de junio de 1950, se ocupaba de la voluntariedad de las acciones penadas por la Ley, siempre que obedezcan a iniciativas libres, inteligentes e intencionadas del sujeto activo, la de 27 de junio de 1967, insistía en la voluntariedad de las acciones u omisiones, como producto de una manifestación subjetiva libre; la de 18 de abril de 1972, habla de que en estos supuestos en que existe un agente provocador, falta auténtica materia delictiva quedando anclada la conducta —supuestamente antijurídica— en una mera apariencia o ficción, o lo que es lo mismo en la categoría de delito radicalmente imposible o putativo, concebido así por el propio provocador; ideas en las que insiste la sentencia de 20 de febrero de 1973, que recoge la idea de falta auténtica de materia digna de reprobación penal; la de 16 de noviembre de 1979, en el caso de un cohecho provocado, afirma esta Sala que no existe el menor obstáculo a la comisión del delito, cuando se toman medidas precautorias para lograr la posterior comprobación del delito y evitar su agotamiento. Las Sentencias de 18 de abril de 1975 y 14 de junio de 1975, distinguen claramente entre delitos provocados por el agente provocador y el descubrimiento de los delitos ya cometidos, donde la provocación «es gratuita y evanescente». Por fin la Sentencia de 8 de junio de 1980, sin desautorizar este medio de investigación, viene a concluir que cuando conduce a hechos que no concretan los antecedentes del caso, los detalles de ejecución, las circunstancias del hecho y los móviles que guiaran al supuesto agente activo del delito, se concluye que no hay datos para presumir siquiera la comisión del delito y la sentencia condenatoria, se fundamentaría, sobre una operación ficticia, lo que supondría, en todo caso falta de tipicidad.» (S. T. S. de 3 de julio de 1984.)

Artículo 12. Delito provocado: falta la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sus diferencias con la provocación policial.

«Que por tanto la doctrina de esta Sala viene a distinguir, ajustándose a una practicidad y a una realidad innegables entre delitos provocados, donde

la falta de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son innegables, porque el sujeto no actuaría sin la incitación previa, y los medios de investigación encaminados a descubrir delitos ya cometidos, de tracto permanente y de peligro para la salud pública, porque estos medios, no sólo son legales, constitucionales, sino además obligados por aquellos agentes de la autoridad que tienen a su cargo la averiguación y constatación de tales delitos por virtud de lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 282) y en las propias Ordenanzas y Estatutos de cada Cuerpo.» (S. T. S. de 3 de julio de 1984.)

Artículo 16. Complicidad: ausencia del dominio del hecho.

«Que cómplice, según la moderna doctrina penalística, es todo sujeto imputable que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal o delictivo, presta al autor o autores del mismo, una ayuda que si bien no era estrictamente necesaria para la ejecución del delito (puesto que si no sería coautora), fue voluntaria, eficaz y permanente durante la dilatada preparación del delito, como se reconoce en el quinto considerando de la resolución de instancia con el mismo valor que si constase en el «factum», pues su mismo desplazamiento desde Palma de Mallorca y su instalación en Almería tuvo lugar con el sólo fin de propiciar, apoyar y hacer posible la ejecución de lo convenido entre todos ellos, facilitando la creación y apariencia del artero negocio, lo que manifiesta desde el primer momento una cooperación conciliadora...» que la convierte en cómplice y justifica la aplicación de los artículos 12 y 16 efectuada por el Tribunal Provincial por lo que dicho motivo tampoco puede prosperar.» (S. T. S. de 21 de diciembre de 1984.)

Artículo 22. El Estado no es responsable civil subsidiario de los actos llevados a cabo por los policías francos de servicio.

«Que tal postura es la sostenida reiteradamente por esta Sala, en sentencias de 11 de junio de 1981, 23 de septiembre de 1982, 30 de junio de 1983 y 18 de enero de 1984, de tal suerte que ya puede hablarse de un verdadero «cuerpo de doctrina». En efecto, en la primera de las citadas se afirma que «no puede extenderse esta presuposición de servicio, en quien real y verdaderamente se encuentra libre de servicio y en consecuencia no puede decretar la vía de subsidiariedad que arbitra el artículo 22», añadiendo que «tanto el artículo 106 de la Constitución, como el más específico del artículo 40 del Texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, suponen una responsabilidad directa del Estado con los particulares, ni que puedan ser exponente de una responsabilidad subsidiaria» contemplada en el artículo 22 del Código Penal. En la segunda de dichas sentencias se afirma que «no será de aplicación el artículo 22 cuando la infracción de que dimane hubiera sido cometida fuera de aquellas atribuciones» y que el servicio permanente a que se refiere el artículo 2.º de la Ley de 4 de diciembre de 1978, cuando los Cuerpos de Seguridad del Estado «se halla-

ren libres o francos de servicio», hace relación a las misiones genéricas que se señalan en la Ley; añadiendo que tanto el artículo 106 de la Constitución, como el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, ya indicados «se refieren a una responsabilidad directa del Estado, por inexistencia de una infracción criminal». La de 30 de junio de 1983 incluye al Estado como responsable civil subsidiario por los delitos y faltas en que hubieran incurrido sus dependientes «en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Y por fin la de 18 de enero de 1984, afirma categóricamente que «el Policía Nacional, responsable de un delito de homicidio, realizado fuera del ámbito de las funciones policiales, como es la de estar alternando y tomando unas copas, vestido de paisano, no da lugar a declarar al Estado, como responsable civil subsidiario». Razones todas que llevan a estimar el recurso del señor Abogado del Estado, casar y anular la sentencia y dictar en su lugar aquélla que corresponda con arreglo a derecho.» (S. T. S. de 11 de diciembre de 1984.)

Artículo 119. Los Jefes provinciales de correos son autoridades.

«Que el segundo de los motivos del mentado recurso, éste ya ejercitado por la vía de la infracción de Ley, tampoco puede ser acogido, puesto que conforme a lo preceptuado en la ordenanza Postal aprobada por Decreto de 19 de mayo de 1960 y publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 15 de junio del mismo año, los Jefes Provinciales de Correos tienen mando y jurisdicción propia en tanto en cuanto les está encomendado el régimen y gobierno de las oficinas postales de la respectiva Provincia, la representación de correos en los actos oficiales, **las relaciones con las demás autoridades de la Provincia** (lo que demuestra que también lo tiene tal consideración para dicha Ley) y la resolución de los expedientes incoados a los funcionarios que prestan sus servicios en la Provincia a sus órdenes, por las faltas cometidas en el desempeño de sus cometidos, lo que le confiere atribuciones de mando, y de jurisdicción, que a su vez le otorgan la condición de Autoridad, sin que el hecho de que parte de sus facultades vengan consideradas como delegadas del señor Director General de Correos, le prive de tal condición, siempre que la Ley le confiera facultades independientes y determinadas, dentro de la pirámide jurídica de la Administración, pues funciones delegadas lo son también las de los Gobernadores Civiles y las de los Delegados de Hacienda a quienes esta Sala ha venido considerando siempre como tales autoridades.» (S. T. S. de 6 de noviembre de 1984.)

Artículo 321. Intrusismo. No constituye delito —ni tampoco falta (artículo 572)— el realizar actividades propias de una profesión (practicante) sin la correspondiente titulación, si se tratan de actos aislados y a título gratuito.

«Desde la óptica de la anterior interpretación, es preciso hacer constar que del análisis de los hechos probados se deduce: 1.º, que el recurrente con conocimiento para poner inyecciones y realizar primeras curas atendió «alguna vez y sin recibir estipendio alguno, a convecinos que en situación apurada acudían a él»; 2.º) que hasta diciembre de 1980, éstos carecían de

asistencia sanitaria, dado el lugar en que residían (Llano de Brujas, pedanía de Murcia); y 3.º que, a partir de la fecha indicada, debido a que se estableció un asistente técnico sanitario, «no se justificó ni un solo caso en que el mismo haya intervenido poniendo inyecciones o realizando curas». Estos supuestos no implican infracción penal alguna, por tratarse de actos aislados y liberalidad de una profesión para la que se requiere título, dada la situación de emergencia que reclamaba la intervención del procesado, por lo que ambos motivos deben de ser desestimados, máxime si se tiene en cuenta, desde el punto de vista de la antijuricidad, la posibilidad de apreciarse un estado de necesidad y la ausencia de toda repulsa social de la que sale vigorosa la «aequitas», imprescindible, en ciertos casos, para el mantenimiento del orden jurídico.» (S. T. S. de 19 de noviembre de 1984.)

Artículo 340. Violación de sepulturas y profanación de cadáveres, delito medio para cometer una estafa de seguro.

«Que objetivamente aparece de la declaración de hechos probados elementos más que suficientes para incardinar tales hechos en el delito de violación de sepultura y profanación de cadáveres del artículo 340 del Código Penal, al quebrantar despiadadamente el procesado la sepultura de un convecino que había sido sepultado seis días antes y apoderándose de su cadáver, tras sacarlo de su ataúd lo traslado en su automóvil hasta un barranco, desde el que lo despeñó junto con su automóvil para conseguir el fin fraudulento que perseguía y que se dice en el «factum», incendiándose el automóvil en su caída y calcinándose el cadáver profanado, con lo que el ánimo y conciencia de faltar a la paz y descanso de los muertos, así como el respeto debido a ellos y a su memoria y los sentimientos de piedad de deudos y amigos, suficiente por sí para encarnar el dolo, dolo de consecuencias necesarias, evidentemente, sin que sea dable confundir —como pretende el recurrente— el dolo con el móvil que indujo al procesado a realizar la acción delictiva, por lo que concurriendo en el hecho los elementos objetivos y subjetivos del delito procede desestimar el primer motivo del recurso en el que, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denunciaba la aplicación indebida del citado artículo 340 del Código Penal.» (S. T. S. de 27 de noviembre de 1984.)

Artículo 344. Concepto de droga. No tienen la consideración de droga las plantas de «Cannabis sativa», variedad índica, si el contenido en extracto de las inflorescencias es inferior al ocho por ciento.

«Que, no otro es el supuesto enjuiciado, pues que la Sala de instancia, teniendo a la vista el exhaustivo y pormenorizado informe pericial, ratificado y ampliado en el acto del juicio oral, no tuvo en cuenta que si bien las plantas analizadas correspondían a la *Cannabis sativa*, variedad índica, el contenido en extracto de las inflorescencias no debe ser inferior, al ocho por ciento y siendo inferior a este porcentaje el de las plantas analizadas, es visto el

error de hecho padecido en la sentencia de instancia, cuya casación procede por el cauce procesal del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictándose a continuación la sentencia procedente, resultando ya, inoperantes, los motivos articulados por el cauce del número 1.º» (S. T. S. de 27 de febrero de 1985.)

Artículo 344. Tráfico de drogas: norma penal en blanco.

«Que el artículo 344 constituye sin duda una verdadera norma en blanco no sólo por su proyección indirecta hacia un ámbito extrapenal, o convenios internacionales sobre calificación y clasificación de las sustancias nocivas, sino porque aun comprendiéndose en su texto las drogas tóxicas y estupefacientes, difíciles de distinguir incluso científicamente, así como las sustancias psitrópicas, falta, sin embargo, una verdadera definición de todas ellas que en general, fuera de cualquier criterio jurídico-penal, se comprendan y consideren por sus efectos **euforizantes, excitantes y alucinógenos**, siendo así que, en cualquier caso, la legislación actual, más favorable al recurrente que la vigente cuando los hechos acontecieron, implica cambios esenciales, tal se ha dicho al principio, referidos unos a la distinción entre sustancias que causan grave daño a la salud como la heroína y los derivados de la coca y del opio, y aquellas otras que por no reunir tal característica se han calificado ya como drogas blandas, tal el hachís y los derivados del **cannabis** (Sentencias de 3 de abril, 29 de mayo, 10 de julio y 13 de julio de 1984), lo que propicia finalísticamente la también distinta penalidad, mientras que otros cambios suponen una clara reducción del ámbito de los llamados **comportamientos prohibidos** fácilmente deducible, en una primera interpretación, de la diversa redacción del texto penal en parte motivada por una simple **labor gramatical de síntesis**, aunque no pueda negarse, sin entrar ahora en las raíces de la intención legislativa, la supresión de conceptos suficientemente expresivos.» (S. T. S. de 19 de enero de 1985.)

Artículo 344. Tenencia de droga destinada al tráfico: delito de peligro abstracto hipotético que requiere la potencialidad de la conducta para crear un peligro al bien jurídico. No es suficiente la mera adecuación formal.

«Que, como tantas veces se ha venido pregonando por la jurisprudencia de esta Sala, acorde con postulados de la doctrina, el delito del artículo 344 del Código penal, en función del bien jurídico protegido, ha de catalogarse como de peligro abstracto, lo que presupone tanto una coincidencia formal entre la acción y la descripción típica, lo que conlleva la exigencia de comprobación de que la conducta era potencialmente idónea para la creación de un riesgo para el bien jurídico protegido, que en el supuesto típico no es otro que la salud pública, y cuya aprehensión supone un análisis metódico de cada caso concreto, poniendo en función las connotaciones de la conducta, la clase de droga, la cantidad y calidad y demás circunstancias concomitantes

que puedan poner en evidencia la realidad de que la conducta era capaz de provocar el peligro potencial o abstracto a la salud pública consecuencia de que si la acción no era idónea la punición quedaba excluida, circunstancias que han de tenerse en cuenta cuando de simple tenencia de droga se trata, ya que, como ha declarado esta propia Sala, la finalidad tendencial de un posible y posterior tráfico no representa más que un juicio de valor revisable en casación, erradicando toda punición cuando no exista ese posterior destino a terceros y quede en el que ha venido denominándose autoconsumo.» (S. T. S. de 20 de febrero de 1985.)

Artículo 344. El intermediario en una operación de tráfico ilícito de drogas tiene la consideración de cooperador necesario (artículo 14, 3.º).

«Rememorando una vez más la doctrina constante de esta Sala, contenida, entre otras, en las sentencias de 14 de enero, 15, 18 y 25 de febrero; 10 y 15 de marzo, 20 de mayo y 23 de junio de 1983, el tipo de autor en nuestro sistema punitivo está representado por quien ejecuta el núcleo del tipo, a la par que la realización de conductas periféricas configuran las distintas formas de participación, y de ahí el que haya podido decirse, cuando de drogas se trata y con generalización que, cualquier persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de tal tráfico, se incardina como coautor de tal delito, habiéndose puntualizado, cuando del **intermediario** se trata, que su conducta ha de incardinarse en el número 3.º del artículo 14 del Código Penal, toda vez que su protagonismo adquiere una relevancia extrema en tanto en cuanto es punto de unión o conexión entre el poseedor de la droga que desconoce o no tiene posibilidades de abrir o encontrar mercado para su droga y aquellos otros que a su comercialización se dedican.» (S. T. S. de 15 de febrero de 1985.)

Artículo 344. Tráfico de drogas: comprende también la donación, el intercambio y la invitación a consumir.

«Que sentado todo lo precedente expuesto, no puede soslayarse, ello no obstante, la aplicación del artículo 344, reformado, a los hechos acontecidos según la relación fáctica desde el momento en que, aun con la interpretación más favorable, en el entorno de ese **ámbito penal del tipo**, los distintos aspectos subsumidos por aquel relato inciden en el concepto actual y vigente de la infracción, y era suficiente con que lo hubiera sido uno sólo de ellos, pues que lo mismo la prestación como el cambio o la invitación suponen, de cualquier manera, el reconocimiento de una **posesión tendente al tráfico de las drogas** en general, como sinónimo de comercio, negocio, intercambio, transacción, con provecho, ganancia o beneficio de la índole que sea; y si la palabra «venta» fue eliminada de la redacción vigente sin por eso desaparecer la ilicitud de la actividad ínsita en dicho concepto como inmersa en el delictivo tráfico de los estupefacientes, igual acontece con el concepto de «donación», de otro lado comprendido por esta Sala como integrante de nue-

vo delito en Sentencia de 3 de febrero de 1984, sustantivo semejante a dádiva, regalo o, incluso a estos efectos, invitación; posesión a medio de tráfico y siempre y cuando, y cual acaece aquí la posesión de la droga para evitar a su consumo o para cambiar por otra de distinta especie, o la posesión de los utensilios oportunos para prestárselos a terceras personas con objeto de que puedan consumir en alguna medida tales sustancias, sea siempre con **intención** preordenada a dichos fines que suponen, en definitiva, diversos modos de facilitar, promover o favorecer el consumo ilegal perseguido, conciliándose entonces el elemento subjetivo del injusto con la finalidad objetiva comprendida en el precepto, ya que, y eso no puede olvidarse, se trata, en resumen, de un delito formal de mera actividad, de peligro y de riesgo, abstracto o concreto, que no por atacar a la salud pública y colectiva se consume por la simple amenaza que potencialmente supone para la misma, aunque sustancial y materialmente no se llegare a producir la realidad del daño precisamente porque, se ha dicho ya, es un supuesto penal en el que, por ministerio de la Ley, se anticipa la protección del bien jurídico amparado». (S. T. S. de 19 de enero de 1985.)

Artículo 344. La tenencia de droga sólo es punible si existe un ánimo tendencial de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal.

«La Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio (...) sigue castigando la simple tenencia cuando la finalidad tendencial sea la de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancia psicotrópicas por cualquiera de los modos indicados en el precepto legal, entre los que se encuentran los actos de tráfico.» (S. T. S. de 23 de enero de 1985.)

Artículo 457. Injurias. Toda persona tiene derecho al honor. El ánimo de desacreditar se presume si la expresión proferida es por sí misma injuriosa.

«Que si las expresiones proferidas, atendida su significación gramatical, son, «per se», injuriosas, el ánimo de desacreditar, de deshonar o de menospreciar se presume; b) que, en el caso analizado, las frases antes enunciadas, no son meramente **imprecativas**, es decir, constitutivas de simple desahogo verbal, traducido en inventivas, denueros, dicterios o epítetos malsonantes, sino también **ilativas**, achacando, a la ofendida, una total falta de moralidad y una conducta gravemente deshonestas, revelando, con ello, la patente intención de cubrirla de oprobio y de ignominia; c) que la circunstancialidad, por designio legislativo, opera en los números 3.º y 4.º del antedicho artículo 458, pero no en los números 1.º y 2.º del precitado artículo, donde se objetiva la descripción legal y no se supedita, la tipicidad del comportamiento, a ninguna clase de condicionamientos especio-temporales o de otra índole, los cuales, en todo caso, no servirán para calibrar la intensidad de la ofensa y sí, tan sólo, para esclarecer y dilucidar si concurrió el elemento subjetivo del injusto típico denominado «animus injuriandi»; d) que, por lo demás, la narración histórica de la sentencia de instancia, re-

seña, incurriendo, con ello, en evidente contradicción, que, el lugar de autos, es una «urbanización», lo que no equivale precisamente a «suburbio», ni se confunde con este término, añadiéndose que los presuntos ofensores, son titulares de un comercio abierto al público, y que, la querellante, era dueña, a la sazón, del automóvil que conducía, lo que desvirtúa en gran medida, esa declaración de incultura, de degradación ciudadana y de ambiente sórdido e infrahumano que describe, la Audiencia de origen, como justificación de una calificación asaz benévola; y e) que, aun las personas más degradadas o envilecidas —y no consta que lo sea la querellante—, conservar un a modo de oasis de dignidad, que no es lícito profanar, ofender y lesionar, siendo preciso también destacar que, el honor, no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho individual e irrenunciable de la persona, tal como proclama la Constitución española, la cual, tras declarar la igualdad de todos los españoles ante la Ley —artículo 14—, les atribuye y garantiza, en su artículo 18, el derecho al honor sin discriminación alguna, discriminación siempre repudiable, y, con mayor motivo, en un régimen democrático tan exento de privilegios y preeminencias clasistas como de infraestimación, capitidismínución o marginación de cualquier ciudadano por escaso que sea su rango social.» (S. T. S. de 7 de diciembre de 1984.)

Artículo 487, 1.º No hay abandono malicioso del domicilio familiar en caso de ruptura de la convivencia matrimonial.

«Que el tipo aplicado exige, efectivamente, el abandono «malicioso» del domicilio familiar, lo cual, según reiteradas sentencias de este Tribunal, supone una separación sin base, justificación, móvil, razón o pretexto, residiendo la causa exclusiva en el capricho o arbitraria e irrazonable decisión del cónyuge acusado, sentencia de 10 de octubre de 1981, entre otras); pero en el caso sometido a la decisión judicial, el abandono del hogar conyugal fue debido a la notoria desarmonía matrimonial, «desavenencia con su esposa» dice el relato, de modo que la ruptura de la convivencia matrimonial no puede ser tachada de caprichosa o arbitraria porque no puede presumirse en contra del reo que fuera culpable con su conducta de la crisis conyugal, y esa racionalidad aparente y subjetiva aleja y desdibuja la carga intencional específica —conducta «maliciosa» de liberarse antijurídicamente de sus deberes matrimoniales y familiares— que el texto legal exige, sin perjuicio de las posibles consecuencias civiles a que alude la sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 1968, que en este caso —según afirma el recurrente—, están planteadas en un procedimiento extrapenal; procede, por tanto, estimar el motivo interpuesto, dictando segunda sentencia absolutoria en los términos previstos en el artículo 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.» (S. T. S. de 15 de febrero de 1985.)

Artículo 500. Consumación material del delito de robo: basta la disponibilidad potencial de la cosa. No es necesario el agotamiento del delito.

«A) que la discutida cuestión del momento consumatorio en los delitos contra la propiedad en sus modalidades de robo o hurto, ha sido resuelta

por esta Sala estimando que en ellos se da una consumación jurídica —que hace innecesaria para su perfección el logro del lucro o finalidad de aprovechamiento—, declarando que el paso de la frustración, a la consumación, radica en el hecho de la disponibilidad de la cosa mueble apropiada o sustraída, que ha de interpretarse más que como efectiva disposición real que entraría en fase de agotamiento del delito, como potencial capacidad de disposición, al quedar o estar la misma en condiciones de poder ejercitar sobre ella cualquier acto de dominio material; b) que en los supuestos de flagrante delito con persecución del reo, si éste es sorprendido «in situ» y seguido sin perderle de vista hasta su alcance y ocupación del objeto o cosa sustraída, es evidente que el perjudicado no queda despojado de su propiedad sobre ésta, ya que el sujeto activo carece de posibilidad de lograr la desposesión iniciada, pero si durante la huida o fuga consigue escapar o eludir su captura, perdiendo sus perseguidores la visión y control de su desplazamiento, aun cuando esto sea sólo transitoriamente, es obvio que durante este lapso más o menos prolongado de tiempo, el fugitivo tiene poder de disposición sobre la cosa para esconderla, arrojarla o entregarla a otro, etc., dándose una disponibilidad potencial que admite la doctrina penal y la praxis judicial como característica de consumación delictiva.» (S. T. S. de 20 de febrero de 1985.)

Artículo 501, 1.º Robo con muerte dolosa: coautoría. Delito determinado por el resultado.

«Quien decidido a robar acepta la consecuencia de tener que causar la muerte —por su propia mano o por las de sus consortes delictivos— del despojado o de terceras personas que puedan impedir su designio depredatorio, responde, como autor, del mismo, aunque no lo haya ejecutado materialmente, agregándose también, no sin antes afirmar que el homicidio deba ser doloso —dolo directo o dolo eventual—, o culposo, pero nunca fortuito o accidental, que, el robo con homicidio, es un delito determinado por el resultado, y por lo tanto, el que conviene en el **hecho base** —robo con violencia o intimidación en las personas—, debe responder del **hecho consecuencia** —homicidio—; debiéndose, finalmente, completar esta doctrina, agregando que, lo dicho y sentado, es todavía más patente y plausible si, el delito, se ha de cometer con empleo de armas o de medios peligrosos capaces no sólo de intimidar o atemorizar a la víctima o víctimas, sino de herirlas e incluso de matarlas, toda vez, que al convenir o planear una infracción de esa índole, todos los partícipes se representan no sólo la posibilidad sino también la **probabilidad** de que si, el ofendido u ofendidos, no se amedrentan con la exhibición de las armas y se niegan a entregar el dinero o bienes muebles apetecidos, se resisten o si les hacen frente, será corolario insoslayable de la intimidación, el uso vulnerante o letal de dichas armas, y, por tanto, el empleo de violencia en las personas, aceptando, todos los dichos partícipes, esa posibilidad y el riesgo consiguiente, introducido por ellos en el curso causal, debiendo, en su caso, responder todos, aunque sea uno sólo, u otros, los ejecutores materiales y directos de un homicidio que se representaron como posible

y probable, sin que, tal representación, les arredrara o les hiciera desistir de sus antijurídicos planes; debiéndose subrayar, finalmente, que esta doctrina no ha quedado desmentida tras la reforma de 25 de junio de 1983 más que en un punto, esto es, en el consistente en que el homicidio ha de ser forzosamente doloso, toda vez que, el culposo, ha pasado al número 4.º del artículo 501 Código Penal.» (S. T. S. de 3 de enero de 1985.)

Artículo 501, 1.º Robo con muerte dolosa: comprende los casos de preordenación y los episódicos.

«En efecto, aunque ya la jurisprudencia había declarado que no se trataba de un delito cualificado por el resultado, así como que el homicidio había de ser forzosamente doloso —dolo directo o eventual—, preterintencional o culposo y jamás fortuito, la nueva normativa acentúa el matiz subjetivo y de reproche culpabilístico de la figura —«se causare **dolosamente** la muerte de otro»—; pero esto, no obstante, subsiste la distinción entre robo con homicidio **preordenado** —«con motivo»— cuando se ha planeado el homicidio como medio de perpetrar el robo y robo con homicidio **episódico** —«con ocasión»—, el cual (el homicidio) surge como una incidencia o episodio del tracto comisivo, sin que, los agentes, previamente lo hubieren acordado o convenido; infiriéndose, de dicha subsistente distinción que el homicidio ha de ser forzosamente doloso, concurriendo, por tanto, los elementos cognoscitivo y volitivo de dicha forma de culpabilidad, pero coligiéndose, también, que no hay que confundir el mentado dolo con la premeditación o con la deliberación, pudiéndose detectar su presencia tanto cuando, el sujeto o sujetos activos, con frialdad de ánimo o sin ella, han concebido y planeado previamente el homicidio como medio necesario para la perpetración del robo, como en las hipótesis en las que, sin premeditación y sin deliberación, en el curso de la dinámica comisiva del robo, como una incidencia de la misma provocada por cualquier contingencia o eventualidad propias de la misma, el agente o agentes, con conciencia y voluntad, aunque de modo súbito y repentino, deciden matar y matan a otra persona; así pues, y en resumidas cuentas, para integrar el complejo, el homicidio ha de ser **necesariamente doloso**, pero sin que sea preciso que se haya premeditado o deliberado la muerte planeándola o concibiéndola de antemano o previamente a la ejecución del delito, bastando, por el contrario, con que, de producirse el homicidio durante la referida ejecución, aquél haya sido causado intencionadamente siquiera, la representación y la determinación autónoma del yo que caracterizan al dolo, sean instantáneas o repentinas y no de carácter preordenado.» (S. T. S. de 3 de enero de 1985.)

Artículo 501, 4.º Robo con toma de rehenes. Concepto de toma de rehenes.

«Tomar rehenes quiere decir coger, aprehender, asir, ocupar o conquistar una cosa **por medio cualquiera**, y lo mismo ha de dar desde el punto de vista jurídico, que el sometimiento que va implícito en esa variedad de verbos se logre con el uso de un revólver verdadero o simulado; la segunda porque si, gramaticalmente también, la palabra rehén es sinónima de prenda o persona

que queda como garantía o fianza (prohibido a los efectos militares desde la Convención de Ginebra de 1949), ha de ser igualmente intrascendente el modo o forma en que tal situación llega a ser realidad; y finalmente porque si el sometimiento de la persona se obtiene a través de la intimidación, serán adecuados para ese objetivo todos aquellos procedimientos que racional y fundadamente originen el temor de sufrir un mal inminente y grave, en expresión análoga a la señalada por el artículo 1.267 del Código Civil, lo mismo si se utiliza arma de fuego como otro instrumento, medio o postura peligrosa, o racionalmente tenida como peligrosa por el sujeto pasivo del delito (Sentencias de 15 de enero y 25 de enero de 1985).» (S. T. S. de 8 de marzo de 1985.)

Artículo 501, 4.º Toma de rehenes para ejecutar el delito de robo con violencia o intimidación. Sus diferencias con el núm. 1.º del artículo 481. Relación de especialidad.

«Que, en este trance, un sector doctrinal apuntó, de inmediato la producción de un concurso de normas, apelando al artículo 68 para derimir el conflicto, solución simplista en tanto en cuanto parte de presupuestos de contraposición y mutuo repudio que las respectivas normativas no permiten o, al menos, no los suministran, pues son perfectamente conciliables en su respectivos planos operativos y dentro de la dinámica comisiva que encierran, pues en el de detención ilegal se requiere que ésta sea **consecutiva a un delito contra la propiedad**, es decir que se sigue inmediatamente y sin solución de continuidad a la comisión de un delito contra la propiedad, a la par que en la tipología del complejo de robo con violencia o intimidación en las personas la exigencia es más precisa y constreñida, ya que la toma de **rehenes** ha de producirse **con motivo u ocasión del robo para facilitar la ejecución del delito** (el robo, término más estricto que el empleado en la detención ilegal) o la **fuga del culpable**, y puestas así de manifiesto ambas normativas desde el punto de vista legal y semántico, el simple juego del artículo 68 equiparando e igualando ambas conductas conduciría al efecto de que, de prevalecer el de detención ilegal como infracción más gravemente penada, provocaría el vacío o falta de contenido y de eficacia del segundo, criterio inaceptable por cuanto ambas normativas no son equivalentes como se ha puesto de manifiesto, debiendo acudir al criterio de especialidad (**lex specialis derogat legi generali**), aunque la ley especial sea más benigna que la general, quedando así dirimido el conflicto en favor del número 4.º del artículo 501, en el particular que se estudia, sobre el del número 1.º del 481, y cuya conclusión viene avalada por las acordes y concordantes sentencias pronunciadas en este mismo mes en los días 6 y 12, respectivamente.» (S. T. S. de 21 de noviembre de 1984.)

Artículo 506, 5.º Robo con fuerza en las cosas en edificio público. Un archivo parroquial no tiene la condición de edificio público.

«Que aunque ninguna de las resoluciones anteriores de este Tribunal, abordan el supuesto concreto aquí cuestionado, esto es la naturaleza pública, a los efectos jurídico-penales, del archivo parroquial de una Iglesia católica,

lo que es comprensible porque el efecto agravatorio estaba logrado entonces con la sola consideración como dependencia destinada al culto, es evidente que, en aplicación de cuanto ha sido ya explicitado al local religioso referido, no puede estimarse como de carácter público el repetido archivo parroquial, y no sólo porque ninguno de los requisitos integrantes del concepto jurídico estén incursos, en buena hermenéutica legal, en lo que física, social y políticamente constituye tal dependencia, más aún hoy cuando la Constitución española, en su artículo 16, marca la más absoluta separación entre el Estado aconfesional y las religiones, de cualquier significado que sean, lo que nada tiene que ver con las distintas creencias religiosas, que en mayor o menor medida, discurren por el pueblo español, sino porque, además, el significado etimológico, gramatical y finalístico de un archivo responde desde luego a la idea de local en donde se custodian documentos afectantes a la materia, objeto o contenido del mismo, que puede ser religioso, cultural, histórico, militar o social, más sin que quiera decirse, a pesar de que a ellos puedan acceder los ciudadanos, en cualquier forma y para cualquier finalidad, que deban calificarse también como edificios o dependencias de tal naturaleza pública, que sí puede, sin embargo, concurrir en aquéllos, sean o no religiosos, que, conforme a la doctrina expuesta, dependen, más o menos directamente, del Estado, Provincia, Municipio o Comunidad autónoma.» (S. T. S. de 5 de diciembre de 1984.)

Artículo 510. Tiene la consideración de llave falsa el duplicado de una legítima que se usa sin autorización.

«Cuando de llaves falsas se trata, el propio legislador, por vía de interpretación auténtica, enumera las que han de entenderse por tales en el artículo 510, habiéndose precisado por la jurisprudencia que el concepto de llaves falsas comprende todas aquellas distintas de las utilizadas por el propietario para abrir la cerradura puesta en defensa de sus bienes, comprendiéndose en el concepto legal las propias llaves originales o genuinas cuando hubieren sido sustraídas a su propietario o utilizado sin su aquiescencia (sentencias de 30 de enero y 23 de marzo de 1984), teniendo tal calificativo el duplicado de una llave genuina (sentencia de 9 de julio de 1982).» (S. T. S. de 23 de enero de 1985.)

Artículo 546 bis a) Receptación. No es necesario el previo castigo del delito contra los bienes.

«Es inexcusable que, a la receptación, preceda la perpetración de un delito contra los bienes, cuyos efectos aprovecha, para sí, el infractor, con pleno conocimiento de su origen ilegítimo, siendo también preciso, que el Tribunal «a quo» declare terminantemente la preexistencia de la referida infracción, aunque, de ninguna manera, es indispensable que, el mentado delito contra los bienes, **haya sido castigado con anterioridad al enjuiciamiento del delito de receptación**, ya que, de otra suerte, no podrían juzgarse y castigarse simultáneamente el delito base contra los bienes y el de receptación, ni punirse ésta

cuando los autores de aquél fueran desconocidos o se hallaren en situación procesal de rebeldía, o, finalmente, cuando fueran inimputables o estuvieren exentos de pena —véase artículo 546 bis f) del Código Penal, el cual se inspira en un criterio de accesoria mínima.» (S. T. S. de 23 de enero de 1985.)

Artículo 546 bis a). Receptación. Sus diferencias con el encubrimiento. Favorecimiento real retribuido.

«En la praxis, abunda y se dan con frecuencia, casos límite, híbridos o mestizos que podrían bautizarse con la denominación de «favorecimiento real retribuido», en los que, el agente, no aprovecha, para sí, directamente, los efectos del delito, pero, en razón a sus servicios y a su ayuda recibe una gratificación, prima, comisión o dádiva, en dinero o equivalente con la que, los autores o cómplices, premian o retribuyen el citado auxilio; debiéndose, en estos casos, dirimir la cuestión atendiendo a diversos criterios circunstanciales, pero, muy especialmente, acudiendo a dos factores, esto es, a si la gratificación supone la percepción directa de parte de los efectos del delito, o si, el encubridor, al prestar su cooperación, lo hizo movido principalmente por «animus adjuvandi» y sólo secundariamente por el «animus lucrandi», o viceversa; en el primer caso, su comportamiento debe subsumirse en el número 1 del artículo 17 del Código Penal, y, en el segundo, en el artículo 546 bis a) del referido cuerpo legal.» (S. T. S. de 4 de febrero de 1985.)

Artículo 564. La excusa absolutoria no tiene aplicación en los supuestos de mera convivencia marital sin ser cónyuges.

«Que en el artículo 564 del Código Penal, se establece como causa absolutoria, declarando por consiguiente exentos de responsabilidad criminal por los robos sin violencia e intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren los cónyuges, ascendientes o descendientes y afines en la misma línea, sin que se recoja aquellas personas que hagan vida marital. Por ello, el tercer motivo, debe desestimarse, porque se formula por inaplicación indebida del artículo citado, y se argumenta: en que aquellas personas, que estén ligadas por una relación marital implica cierta afectividad, deben comprenderse dentro del citado artículo, a partir de la Reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio; en que los encubridores, según el artículo 18 del Código Penal, están exentos de responsabilidad si lo son de aquéllas que están ligadas por relación de afectividad; y en que la disposición adicional 10 de la Ley 30/81, concede la pensión de viudedad «al convivente» que hubiera vivido como matrimonio y éste no se hubiera realizado por impedirlo la legislación vigente. Estas tres argumentaciones no pueden ser aceptadas: la primera, porque daría lugar a una interpretación extensiva no aceptada por el Derecho Penal; la segunda, porque el encubrimiento queda exento en los supuestos de relación afectiva, si no se da el aprovechamiento por parte del encubridor; y la tercera, porque aparte de ser disposición de carácter social y no penal, su

encaje no sería tampoco factible ante la carencia de supuestos fácticos. Esta desestimación encuentra aún mayor argumentación, porque la Sala, al hacer el estudio de la causa, aprecia que la denunciante de los hechos fue la persona perjudicada, y que de los mismos se desprende, con claridad, la ausencia de afectividad que el ordenamiento penal tiene en cuenta en la medición de la responsabilidad penal.» (S. T. S. de 26 de diciembre de 1984.)

Artículo 564. La exención de responsabilidad no alcanza al sujeto que comete hurto de objetos que pertenecen a una comunidad hereditaria, aunque uno de los titulares sea el padre.

«El único motivo del recurso interpuesto por el procesado ...debe desestimarse, porque está articulado con la pretensión de que se le declare exento de responsabilidad por haberse dejado de aplicar indebidamente los artículos citados, debido a que el citado recurrente, según se desprende de los hechos probados es sobrino carnal de uno de los perjudicados e hijo de otro, y este fundamento no puede ser acogido, por no estar amparado en los preceptos citados, como se desprende claramente del contenido de los mismos, ya que la propiedad de las joyas no pertenecen exclusivamente al padre, sino a la comunidad de la herencia.» (S. T. S. de 14 de enero de 1985.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria. Estructura.

«Que reiteradamente viene estableciendo esta Sala que la imprudencia temeraria se caracteriza por realizar los hechos con tan grave descuido y falta de atención, que, si en lugar de esta conducta negligente, hubiera mediado malicia, el hecho constituiría un delito intencional o doloso. En definitiva, se parte fundamentalmente de una desatención en el actuar de las personas que provocan un doble descontrol: el de la conciencia y la voluntad con que se actúa, y el del campo, objetos, personas y elementos objetivos sobre los que recae la actividad. La desatención o negligencia, es temeraria, cuando era fácil, asequible y vulgar de prever las consecuencias dañosas y además exigibles a cualquier persona en un comportamiento normal. Porque esta conducta en primer lugar infringe los deberes objetivos de cuidado, después crea un riesgo previsible, evitable y por tanto atribuible al sujeto. Todo lo cual produce un resultado lesivo, ligado por relación causal directa y eficaz a la conducta gravemente desordenada en los órdenes señalados.» (S. T. S. de 19 de diciembre de 1984.)

Artículo 565. La intervención de varias personas en un delito cometido culposamente puede fundamentar la teoría de la participación.

«Que, en las infracciones culposas, cuando han sido varios los que, con su comportamiento imprudente, han determinado un solo resultado lesivo, se puede aplicar la teoría de la participación, aunque no hubiera precedido

concierto de voluntades o «pactum scaeleris» respecto al resultado, lo hubiera habido, al menos, en lo atinente a la acción o dinámica comisiva. Mas si tampoco se produjo el acuerdo de voluntades en lo concerniente a dicha dinámica, ha de desecharse toda hipótesis de participación, recurriendo a la teoría de las concausas, con arreglo a la cual, todos los que con su comportamiento, activo o pasivo, contribuyeron, de modo eficiente concausal y «sine qua non», a la producción de un resultado lesivo, son responsables del mismo, si bien, dicha responsabilidad, podrá ser de la misma entidad cuando fueron equivalentes, los distintos comportamientos, en la causación del evento, o, por el contrario, jerarquizarse aplicando un tratamiento punitivo desigual, en cuyo tratamiento se atenderá a los merecimientos de cada uno y a mayor o menor relevancia, influencia o trascendencia de tales conductas en la generación u originación de un resultado dañoso que no se hubiera producido de no haber mediado la conjunción o combinación de conductas culposas distintas pero convergentes o confluentes en un mismo punto.» (S. T. S. de 22 de diciembre de 1984.)

Artículo 600. Polémica sobre la conveniencia o no de castigar los daños culposos.

«Que estimada la infracción penal, **en el pleno de lege ferenda**, como delito de tendencia con dolo finalísticamente dirigido a causar un perjuicio en propiedad ajena, y desde esta perspectiva, la principal controversia suscitada gira en torno a si por su naturaleza eminentemente dolosa puede ser cometido por culpa, siendo así que con arreglo al derecho constituido todos los delitos pueden producirse por dolo o culpa, y a la vista está la actual redacción del artículo 1 del Código, así como la consideración de los daños culposos constitutivos de la falta del artículo 600, a no ser que lo impida la exigencia, inexcusable, de un elemento subjetivo del injusto, no obligatorio desde el punto de vista de «lege data», con lo que quiere significarse la imposibilidad de excluir, **en principio**, la comisión culposa del delito de daños (Sentencia de 30 de noviembre de 1976), sin perjuicio de lo cual, fuera ya de ese derecho constituido, en el entorno del «iure condendo», se busca claramente la distorsión del ilícito penal y el ilícito civil para incardinar en el ámbito de la legislación civil todo cuanto afecte a los daños culposos, problema, en suma, hartó discutido y dividido en criterios contrapuestos de la doctrina científica y jurisprudencial que se trae a colación ahora, como cuanto antecede, para mayor justificación de la resolución dictada en la instancia que no sólo absolvió del delito doloso de daños de que venía acusado el recurrente por sendas acusaciones, pública y particular, sino incluso de la posibilidad culposa de la infracción, a pesar de no haberse planteado tal cuestión por ninguna de las partes.» (S. T. S. de 6 de diciembre de 1984.)

LEY ORGANICA 7/1982, DE 13 DE JULIO, SOBRE CONTRABANDO

Artículo 1.º Cuando la tenencia de droga no constituye delito tampoco puede operar la Ley de Contrabando. Las operaciones de comercio y circulación requieren un auténtico tráfico.

«Que, así las cosas, si se estudia con algún detenimiento la normativa vigente, pronto se advertirá que la existencia del concurso ideal se producirá las más de las veces teniendo en cuenta la circunstancia primera del apartado tres del artículo primero de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, sobre Contrabando, toda vez que en ella se toma en cuenta la tenencia de droga cuando constituya delito y fueren comercializadas o traficadas en cualesquiera de los modos y formas que establece cada uno de los supuestos contemplados en los apartados uno y dos del artículo primero, con lo que, dicho se está, y es la primera consecuencia, cuando la tenencia de droga no constituya delito —supuesto de autoconsumo— no podrá operar en la órbita y ámbito de la Ley de Contrabando. Que ya, en este orden de ideas, siempre quedará en pie el arduo y candente problema de si existe concurso ideal en el supuesto de tenencia de droga, aun para ulterior tráfico, tipificada en el artículo 344 del Código Penal y su posible inclusión en el apartado cuarto, párrafo primero del artículo uno de la Ley de Contrabando cuando contempla el supuesto específico de operaciones de comercio o circulación, y que ha de resolverse en el sentido de inexistencia de concurso, ya que ésta última conducta de verdadera y real comercialización y circulación que exige el tipo de contrabando no se ha realizado, aplicándose con exclusividad el artículo 344 y sin que tuviera operatividad el de contrabando citado.» (S. T. S. de 23 de enero de 1985.)

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la falta de ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social retenidas por el empresario, ¿es apropiación indebida? *

Por LUIS MARIA DELGADO LOPEZ

Fiscal

I

Las primeras normas reguladoras de la Seguridad Social en España (Decreto de 16 de junio de 1950, y Reglamento General del Mutualismo de 10 de septiembre de 1954) impusieron ya al empresario la doble obligación de descontar de los salarios pagados a los trabajadores la cuota correspondiente a ellos e ingresarla en el I.N.P. (1).

Y también desde los primeros momentos comenzó a ocurrir que el empresario con dificultades de tesorería prefería pagar los salarios y las deudas con sus proveedores dejando de ingresar aquellas cantidades retenidas por cuotas obreras (2).

Se planteó en seguida la pregunta de si tal conducta estaba incluida en algún tipo penal, concretamente en el de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal, negándolo el Tribunal Supremo la primera vez que se enfrentó con el problema, en sentencia de 26 de marzo de 1955. Razona que las cantidades descontadas «no formaron en ningún momento parte de otro patrimonio de donde salieron para serle entregadas a él —empresario— por título alguno que determinase *ab initio* su obligación de devolverlas a aquellos a quienes se refería la retención, sino que constituían la porción correspondiente a sus obreros de los salarios de éstos... (de modo que) su falta de in-

(*) Es parte de la conferencia dada el 12 de marzo de 1984 con el título de «Relevancia penal de las retenciones de impuestos y cuotas de la Seguridad Social», en el ciclo sobre «Delitos económicos», organizado en Valladolid por la Cámara Oficial de Comercio e Industria y el Banco de Bilbao, Dirección General de Castilla.

(1) Para las cuestiones de Seguridad Social, ALONSO OLEA, 295 a 304.

(2) Un planteamiento general del problema está hecho en «Las retenciones por el empresario de cuota de Seguridad Social e Impuesto de Rendimiento de Trabajo Personal de sus trabajadores y el delito de apropiación indebida», NAVARRO VILARROCHA, Pedro, Abogado, «Revista General de Derecho», número 414, marzo 1979, págs. 203 ss.

greso no supone un incremento patrimonial de su haber de patrono, sino una infracción de sus deberes de contribuyente».

Esto es, conforme a esta sentencia, ni se da el presupuesto del tipo porque cumplir la obligación de «descontar» no es conducta de «recibir», ni, por consiguiente, el tipo mismo porque incumplir la de «ingresar» no es «apropiarse o distraer». La cantidad retenida nunca ha dejado de estar en el patrimonio del empresario por lo que en forma alguna ha podido lucrarse con ella.

II

Aquellas primeras normas fueron sustituidas por la L.S.S. de 21 de abril de 1966, desarrollada por la Orden de 28 de diciembre de 1966, y refundida más tarde por D. de 30 de mayo de 1974.

Su artículo 68 regula la cotización, estableciendo que «el empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad» (pár. 1), para lo cual «descontará de sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que les corresponda a cada uno de ellos...» (pár. 2), y el que «habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro del plazo la parte de la cuota correspondiente a sus trabajadores, incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante las entidades gestoras afectadas, sin perjuicio de la responsabilidad penal y administrativa que procedan». (pár. 3).

Esta normativa nueva —mantenida en la actual L.S.S. no sirvió, a pesar de su precisión, para cortar el hábito de los empresarios con problemas de dinero de preferir no pagar las cuotas de la Seguridad Social, pues la situación económica española iba siendo cada vez más dura y mayores, en consecuencia, las dificultades de tesorería de las empresas.

Surgió de nuevo y con más fuerza, idéntica pregunta sobre si esa conducta era delito. Condenó la Audiencia por estafa a un empresario que no había ingresado las cuotas obreras retenidas, y recurrió éste en casación manejando los mismos argumentos empleados por la sentencia mencionada de 26 de marzo de 1955 para no estimar que tal conducta fuera apropiación indebida, en tanto que el Fiscal y la acusación particular sostenían que sí lo era, utilizando otra vez los argumentos rechazados por aquella sentencia de 1955. Los términos dialécticos eran, pues, los mismos enfrentados unos años atrás, y los mismos que hasta hoy se han seguido discutiendo.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de junio de 1971, dio un giro de ciento ochenta grados con relación a su postura anterior, viéndose en el trance de explicar que no podía seguir la pauta de aquella resolución antigua porque estaba construida «sobre una específica normativa, a la sazón menos categórica que la actual».

Realmente las normas anteriores a 1966 contenían ya los elementos utilizados en esta sentencia para construir la apropiación indebida,

y que se mantienen en la L.S.S. de 1966, por lo que el fin de esta reflexión parece una excusa de la postura de 1955 más bien que una explicación de la nueva.

«Desde el momento —dice la sentencia de 1971— en que el encartado *pagaba* los salarios de sus productores, se producía un desplazamiento patrimonial de su importe que se desintegraba del empresarial para insertarse en el de los respectivos obreros, de tal forma que la *retención* que realizaba de parte de tal salario por mandato legal, para abono de la participación obrera en las cuotas de la Seguridad Social, quedaba ya en su poder no como propietario, sino en calidad de mero depositario que venía, también por ministerio de ley, obligado a *entregar* lo retenido y depositado en el Instituto Nacional de Previsión.

Esta resolución —y todas las posteriores— entienden, pues, que el empresario «recibe» cantidades de las que se «apropia» (3).

a) Las recibe porque antes las ha entregado.—En el momento en que hace efectivas a sus trabajadores sus retribuciones, cuando les paga sus salarios, el importe sale de su patrimonio y entra en el de los respectivos obreros. En un momento lógico posterior, al retener o descontar a sus trabajadores —por mandato legal— la aportación que les corresponde a cada uno de ellos, aquellas cantidades vuelven al empresario —éste las recibe— pero no entran en su patrimonio, no las recibe como dueño, sino que —también por mandato legal— forman un «patrimonio afecto a una finalidad» (a un destino, dice la sentencia de 7 de mayo de 1977) del que el empresario es depositario con la comisión de pago a la entidad gestora.

b) Se apropia o distrae dinero ajeno (retenido o descontado, según L.S.S.; recibido, conforme al 535 del Código penal) al incumplir la obligación que como depositario y comisionista tiene, de ingresarlo en plazo, lo que significa que «se aprovechó en su propio beneficio aplicando ese dinero a otros menesteres y finalidades particulares» (17 de febrero y 7 de mayo de 1977), «en perjuicio del Instituto Nacional de Previsión e indirecto de sus productores» (30 de octubre de 1971) (4).

III

La argumentación defensiva de que el empresario que descuenta de los salarios las cuotas de los trabajadores no «recibe» nada de nadie se repite en ulteriores recursos de casación contra sentencias condenatorias, y es rechazado por el Tribunal Supremo reiterando las reflexiones indicadas ya.

(3) Las sentencias del Tribunal Supremo que estiman apropiación indebida el no ingreso de las cuotas obreras retenidas son las siguientes: 26 marzo 1955, 30 octubre 1971, 20 abril y 9 diciembre 1976, 17 febrero y 7 mayo 1977, 21 diciembre 1978, 22 enero 1979, 1 marzo y 17 abril 1980, 25 febrero 1981, 22 septiembre 1982, 21 octubre y 15 diciembre 1983.

(4) Obviamente no es apropiación indebida no ingresar cuotas no descontadas (sentencia 20 mayo 1977).

La sentencia de 25 de marzo de 1981, sin embargo, trata de hacer una construcción jurídicamente más sólida y razona diciendo que cuando el empresario retiene las cuotas obreras se opera un fenómeno de inversión del título de poseer, en cuya virtud la posesión de las sumas retenidas ya no es la emanada del dominio sino la generada por un *constitutum posesorium* en la que el dinero ya no se posee a título de dueño sino en otro distinto, oscilante entre el mandato (o comisión) y el depósito, que obliga a ingresarlo en el I.N.P.

Es conocido que el *constitutum possessionis* es una figura de entrega espiritualizada de la cosa cuyo dominio se transmite por tradición y consiste en que el transmitente del dominio retiene la posesión por título distinto, como arrendamiento, usufructo, etc.

Parece, pues, claro que esta figura no sirve para explicar «la inversión del título de poseer» que se opera en el empresario respecto a las cantidades retenidas, porque el pago de salario no es enajenación de las mismas y porque se trata de dinero en tanto que el *constitutum possessionis* versa sobre inmuebles. Y con estas razones se construyó el recurso de casación siguiente al de aquella sentencia de 25 de marzo de 1981 (5).

El T. S. —28 de septiembre de 1982— las acepta pero no las considera bastantes para destruir el tipo de apropiación indebida, pues puede sostenerse sin tener que utilizar aquella figura de *traditio ficta*.

IV

La postura jurisprudencial de entender que la conducta examinada es delictiva y los repetidos esfuerzos de los empresarios en luchar contra ella son polos dialécticos que defienden realidades distintas, para cada una de las cuales la otra es una ficción.

El empresario arranca del dato de que en la empresa no hay más dinero que el suyo y sólo con él puede contar para hacer frente a todos los pagos; está fuera de la realidad, es ficticio, entender que la suma retenida como cuota obrera es un dinero distinto al suyo, que le es dado porque ha vuelto a él después de haber salido de él mismo. No explica, sin embargo, cuál sería su situación si tuviera efectivamente que pagar esa parte del salario retenida porque fuera el trabajador el obligado al pago directo de la cuota. No explica tampoco cómo podría sostenerse la Seguridad Social sin el ingreso de las cuotas.

El Tribunal Supremo parte de que ese dinero descontado ha de tenerlo el empresario necesariamente porque si no lo tuviera la empresa no podría actuar ya que se trata de parte del salario que tendría que ser entregado a los trabajadores y que sólo para facilitar la recaudación el empresario por mandato de la ley retiene e ingresa en la Seguridad Social, la cual sólo así puede sostenerse económicamente.

(5) La sentencia de 15 diciembre 1983 vuelve a utilizar el argumento del *constitutum posesorio*.

No explica, sin embargo, situaciones —transitorias sobre todo— de carencia real de tesorería en la empresa.

Ambas posiciones, irreductibles en apariencia, son relativas.

El punto de mira de la jurisprudencia será correcto en tanto la empresa se mueva en un marco macroeconómico situado dentro de los límites de normalidad, pues entonces el empresario que no sepa actuar y no llegue a tener tesorería bastante, propia o financiada, deberá desaparecer, y el que pudiendo pagar las cuotas retenidas no lo haga, merecerá una sanción penal.

Pero la solidez de este razonamiento se diluye cuando la empresa actúa dentro de una crisis económica generalizada, como la existente desde hace unos años, en la que sea frecuente la falta de tesorería bastante para atender todos los pagos. Habrá entonces dos soluciones, o que la empresa desaparezca, con la secuela del incremento del paro, o que continúe a base de no pagar las cuotas de la Seguridad Social con el consiguiente déficit de ésta. Los poderes públicos y la sociedad misma tendrá que elegir entre una u otra solución ponderando cuál de las consecuencias de una y otra es menos pesada, el aumento del paro —carga económica y social— o el empleo de dinero público para enjugar el déficit de la Seguridad Social creado por descubiertos de las empresas, lo cual viene a ser una financiación pública de las mismas. No ha despreciado el legislador español esta alternativa última al facilitar el pago fraccionado y los aplazamientos en varias disposiciones, de entre las que conviene ahora destacar el Decreto 2.299/1979, de 5 de octubre, por cuanto más abajo se dirá.

Tal problemática se ha llevado por los empresarios al Tribunal Supremo tratando de hacer mella en su postura monolítica de entender delictivo el impago de las cuotas descontadas. Y, recientemente, se ha planteado también ante el Tribunal Constitucional.

1. El argumento, en casación, de carencia real de dinero para hacer los ingresos fue rechazado por el Supremo en sentencias de 9 de diciembre de 1976 y 17 de febrero de 1977, «ya que lo que había de ingresar era cabalmente lo descontado en tal concepto» al pagar las nóminas. Sin embargo la situación de falta real de dinero puede darse en una empresa porque el único dinero que efectivamente hay es el que ella tiene, parte del cual es el retenido a los trabajadores. No hay otro, no se trata de que realmente el operario entregue a la empresa un dinero distinto al que desde el principio estaba en la empresa misma. Cuando esto ocurra, quizá se estaría ante una suspensión de pagos, o incluso podrían llegarse a situaciones dentro del ámbito penal como delito de quiebra o alzamiento, pero no de una apropiación indebida de algo que no existe (Bajo) (6). O quizá haya un auténtico estado de necesidad, pues por causa de la crisis extendida —y no por causa de mala gestión— falta tesorería al empresario, y éste, para evitar el mal del cierre y del paro de los trabajadores, pre-

(6) «Derecho Penal económico. Aplicado a la actividad empresarial», *Civitas* 1978, pág. 547.

fiere causar ese otro mal de no ingresar las cuotas retenidas; será la conciencia comunitaria la que debe decidir cuál de los dos males es mayor.

En la misma línea argumental se ha negado por un empresario, recurrente en casación, haber logrado un lucro e incluso haber tenido ánimo de conseguirlo en el caso de haber aplicado las sumas descontadas a subvenir «las atenciones de la empresa para continuar la explotación de la misma». La sentencia de 28 de septiembre de 1982 rechaza el argumento sosteniendo que hubo un lucro ilícito, aunque ajeno, esto es, no para él mismo, sino para la empresa (7).

2.—Con enorme habilidad se llevó al Tribunal Constitucional el problema, con apoyo en el Decreto 2.299/79, de 5 de octubre, que estableció un sistema excepcional de pago aplazado del descubierto de los empresarios al I.N.P.

Los enlaces sindicales de una empresa denunciaron que la misma no ingresaba las cuotas obreras retenidas, llegando a ser condenado el Consejero Delegado por delito de apropiación indebida en sentencia de la Audiencia de 18 de marzo de 1977, confirmada por la del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1979. El 5 de octubre se publicó el Decreto mencionado, y un mes después el condenado consignó en la Audiencia la cantidad retenida. Dos días más tarde instó del Ministerio de Justicia que ordenase interponer recurso de revisión según el artículo 954, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que aquel Decreto «alteraba en su favor la legalidad penal y debía aplicársele con efecto retroactivo», pero su petición fue rechazada.

Pidió entonces a la Audiencia que en base al Decreto le exonerase de la pena impuesta, lo que le fue denegado, y desestimado el recurso de súplica subsiguiente. Solicitó la preparación del recurso de casación, y la Audiencia resolvió no haber lugar a ello, e igual pronunciamiento hizo el Tribunal Supremo resolviendo la queja ulterior.

Interpuso entonces recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando violación de los artículos 25.1 y 14 de la Constitución (8).

a) Argumentó que el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1. «se proyecta hacia el pasado en cuanto beneficia al reo, sin que obste a ello el hecho de que, como en el caso de autos, sea una norma administrativa, pero con evidente trascendencia penal, la que configure ese beneficio».

Responde el Tribunal Constitucional que la retroacción de la ley penal más benigna está regulada en el artículo 9.3 de la Constitución interpretando a *contrario sensu* la garantía de la irretroactividad de

(7) Los esfuerzos de los empresarios encaminados a lograr absoluciones por estas conductas llevaron a un director gerente de nacionalidad extranjera que durante cuatro años dejó de ingresar cuotas descontadas a alegar error de prohibición por el hecho de no ser español. La Audiencia no lo estimó probado, y el Tribunal Supremo no consideró tampoco que se dedujera del relato de hechos (24 octubre 1981).

(8) Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 marzo 1981 (RA. 6).

las «disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales», sin que pueda inferirse del principio de legalidad que el artículo 25.1, alegado, reconoce.

Entra, no obstante, la sentencia a reflexionar si este principio ha sido quebrado en el caso planteado, y lo hace con dos bloques de argumentos.

En el primero razona que la ley que tipifica y pena la apropiación indebida (Código penal en sus artículos 535 y 528) «sólo por otra norma del mismo rango puede ser modificada, pero no por un Decreto». El cual «a mayor abundamiento... no tiene contenido penal»; no ocurriendo que «el artículo del Código penal aplicable sea de aquéllos que completan su tipo con remisión a disposiciones reglamentarias».

El centro de la cuestión no está, sin embargo, en que un Decreto no pueda modificar una Ley —lo cual es indudable—, sino en que esa Ley, el artículo 535 Código penal, construye el tipo de apropiación indebida sobre la base de la existencia de una relación entre dos personas, la cual generalmente está regulada, más y antes que por la ley penal, por normas de otro campo jurídico, que obviamente han de ser tenidas en cuenta para decidir si uno de los sujetos de aquella relación básica ha traicionado la confianza que el otro puso en él, lo que es esencia de la apropiación indebida, y su conducta es por eso típica. Nunca podrá estimarse, por ejemplo, que un mandatario quebrantara la confianza de su mandante si se ajustó a lo pactado y a la regulación del Código civil. De igual modo no podrá decirse que un empresario se ha apropiado de cuotas obreras si ha cumplido la normativa de la Seguridad Social. Y en el caso discutido en esta sentencia no podría, hipotéticamente, admitirse que el empresario recurrente cometiera apropiación indebida si su conducta se hubiere ajustado a las normas contenidas en ese Decreto, a pesar de no ser penales. Era esto lo que había que examinar.

Y lo hace la sentencia inmediatamente después cuando indica que «para que un empresario pueda acogerse al sistema de pago establecido en este Decreto, su artículo 1.º.3 impone que es necesario haber ingresado previamente la aportación de los trabajadores correspondiente a las cuotas en descubierto», o sea, que el aplazamiento afecta sólo a las cuotas patronales. Este argumento es válido. No los anteriores, pues ¿cuál habría sido la decisión si el Decreto hubiera permitido el aplazamiento del descubierto por cuotas obreras retenidas?

b) El otro razonamiento del recurso sostenía que, de mantenerse las resoluciones recurridas, este empresario sería el único condenado por hechos que han realizado noventa y dos mil más, no perseguidos ni condenados, lo cual supondría «una discriminación legal definitiva de la violación» del artículo 14 de la Constitución.

La sentencia considera tal afirmación «gratuita en su primera parte e infundada en la segunda». Gratuita por no probada, además, porque hay prueba de que otros empresarios también han sido condenados (se citan gran parte de las sentencias del Tribunal Supremo), y, por fin, de que lo han sido incluso después de la publicación del Decreto citado,

lo que significa que el Tribunal Supremo no consideró que éste alterase la calificación de conductas iguales a la examinada. Es infundada la afirmación porque la desigualdad de hecho de los condenados con respecto a quienes no lo han sido se debe a «la siempre problemática efectividad social de la ley penal», pero no viola el principio de igualdad que reconoce el artículo 14 de la Constitución pues de interpretarse así «sólo sería respetado cuando todos aquellos delincuentes fuesen condenados o todos ellos gozasen de impunidad». Y sin que pueda olvidarse que la persecución de un delito «puede tener su explicación en hechos tan incontrolados por los poderes públicos como la conducta de los perjudicados», recordando que fueron enlaces sindicales y no el Instituto Nacional de Previsión ni algún poder público quien denunció

Concluye su razonamiento el Tribunal Constitucional precisando que en todo caso se violaría el artículo 14 de la Constitución no por la desigualdad simple de los fallos («que puede tener su justa razón de ser o bien en la no identidad de los hechos probados, o bien en un margen de apreciación por el juzgador»), sino por la notoria («por motivaciones arbitrarias ... o con apoyo en alguna de las causas de discriminación» explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución»).

V

Resta una referencia a sentencias del Tribunal Supremo que enjuiciaron comportamientos relacionados con cuotas y prestaciones de la Seguridad Social, distintos al de retención y no ingreso de las cuotas obreras. La breve mención de estas resoluciones servirá de diagnóstico diferencial para esta última conducta —que ha venido siendo examinada aquí.

a) La idea esencial de la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionada de que la retención de cantidades para un fin determinado equivale a recibirlas (presupuesto de la apropiación indebida) y de que no destinarlas a tal fin es apropiarse de ellas o distraerlas (con lo que se completa la conducta típica del artículo 535 Código penal) es llevada a otras retenciones para fines incumplidos.

El artículo 208, 1.º de la Ley de Seguridad Social de 1966 estableció una colaboración obligatoria de la empresa con las entidades gestoras en virtud de la cual aquélla había de pagar a sus trabajadores, por delegación de la entidad, ciertas prestaciones económicas, de las que, según la Orden de 25 de noviembre de 1966, se reintegraba descontando su importe de la liquidación para el ingreso de las cuotas correspondientes al mismo período. Hecho este descuento, la cantidad retenida ya es ajena, razona la sentencia, «con un destino concreto y determinado que ha de darse por delegación, representación o mandato de la entidad» y el no cumplir tal fin, es apropiación de la cantidad con «lucro del autor» y «perjuicio del beneficiario» (25 de febrero de 1975).

b) Es insoslayable la referencia a la sentencia de 1.º de junio de

1977 que no considera delictiva la falta de ingreso de las cuotas patronales.

c) Por fin, otras dos resoluciones, al menos, contemplan conductas de quienes se apropian de cantidades que les han sido materialmente entregadas por otros —deudores de la Seguridad Social— con el encargo de saldar esas deudas mediante el ingreso de las cuotas.

Son conductas que están fuera de la legislación de la Seguridad Social, que no establece la mediación obligatoria de las personas a quienes se confió el dinero para el pago, en forma tal que la falta de cumplimiento por las mismas del encargo que les fue dado por quienes las entregaron el dinero no libera a éstos de su obligación con las entidades gestoras.

Ve la sentencia de 28 de mayo de 1974 el supuesto de una agrupación profesional sindical, creada con el fin de facilitar el acceso a los puestos de trabajo a los profesionales panaderos que trabajaban por cuenta ajena y con carácter eventual, que tenía la obligación de recaudar de las empresas y trabajadores las cuotas de los seguros sociales, y cuyos gestores utilizaron parte de lo recaudado para otras atenciones sociales, lo cual es estimado apropiación indebida.

Y la de 28 de abril de 1983 considera constitutiva de tal delito la conducta de un socio que ordenó transferir a una cuenta suya, desde la que tenía abierta como indistinta con su consocio, el dinero que éste había ingresado en ella para el pago del descubierto por cuotas de la sociedad.

VI

La problemática discutida en la jurisprudencia —tal como ha quedado expuesta— se ha centrado en decidir si el dinero de las cuotas retenidas y no ingresadas por el empresario nunca salió de su patrimonio y, por tanto, no llegó a engrosar el mismo —nunca hubo enriquecimiento—, o, por el contrario, salió de él al pagarse los salarios y volvió a entrar al efectuar la retención, con lo que la falta de ingreso le ha producido un incremento patrimonial. Al ser esta última la solución alcanzada, al admitir que se ha producido un lucro ilícito para el empresario, es claro que en contrapartida ha tenido que ocurrir un empobrecimiento —un perjuicio— para alguien *en lo mismo* en lo que el empresario se lucró.

Esta diléctica, desarrollada a lo largo de casi treinta años, que ha venido concluyendo la existencia de un lucro para el empresario, nada, salvo alusiones ligeras, ha reflexionado sobre el perjuicio, necesario reverso del lucro, como exige el tipo de apropiación indebida. Y es preciso pensar sobre él, siguiendo la única vía posible, la de examinar qué ocurre en la relación jurídica de la Seguridad Social cuando el empresario no ingresa las cuotas retenidas.

a) En tal relación jurídica el trabajador, asegurado, tiene obligación de pagar (parte de) la prima a quien cubre sus riesgos, el asegurador, la entidad gestora, la cual, en reciprocidad, tiene la obligación

de satisfacer las prestaciones correspondientes a los siniestros que se produzcan. La ley sitúa al empresario en esta relación haciéndole recaudador forzoso de las cuotas de los trabajadores, al obligarle a retenerlas e ingresarlas.

Cuando no cumple su deber de ingresar, acontece lo siguiente: 1) En cuanto a las cuotas obreras, los trabajadores quedan liberados de su deuda con la entidad gestora, convirtiéndose el empresario en deudor frente a ella, la cual puede crear un título ejecutivo —el certificado de descubierto— que abra el procedimiento de apremio contra aquél ante la Magistratura de Trabajo, para exigirle el principal no pagado y un recargo. 2) Con relación a las prestaciones en caso de siniestro de los trabajadores durante el descubierto, la entidad gestora sigue teniendo la obligación de cumplir las llamadas automáticas (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo y asistencia sanitaria), si bien puede repetir su importe al empresario, el cual queda directamente obligado frente a los trabajadores por las demás prestaciones, las no automáticas.

Es decir, la misma ley que introduce al empresario en la relación jurídica de la Seguridad Social como recaudador forzoso de las cuotas obreras, convierte al que no ingresa las retenidas, en deudor —único y forzoso— de todas las obligaciones y frente a todas las personas de aquella relación. Sin perjuicio, además, de una posible responsabilidad administrativa.

b) Ahora bien, esta alteración de la relación jurídica básica generada por la falta de ingreso de las cuotas de los trabajadores, ¿cómo constituye el perjuicio exigido por el tipo de la apropiación indebida?

Resalta en primer lugar el dato claro de que el perjuicio no recae en los trabajadores, pues ellos no se empobrecen en lo mismo en que el empresario se lucra —suma de las cuotas retenidas— porque no han de pagarlas de nuevo, ya que quedan liberados de su deuda frente a la entidad gestora. Es decir, no tiene lugar en este caso lo que es corriente en la apropiación indebida, que el perjuicio se produzca en la persona que confía la cosa a quien resultará sujeto activo del delito.

Sin embargo, la estructura del tipo permite que el perjuicio recaiga en un tercero, ya que describe la apropiación de cosa o efectos recibidos «por otro título que produzca obligación de entregarlos...», a persona diferente de aquella que se los confió. Entran, pues, en juego tres personas, la que transmite la cosa con el encargo de que se entregue a otra, la persona que la recibe aceptando tal encomienda, y aquella otra a quien ha de entregársela. Esta —tercero con relación a las dos primeras— puede, por tanto, sufrir el perjuicio si no le es entregada la cosa.

Para que esto sea posible es preciso siempre que la primera persona indicada, la que encomienda a la segunda entregar la cosa a la tercera, no tuviera obligación de dársela a ésta, porque, si la tiene, no se extingue por el hecho de que aquélla a quien le encomendara hacer el pago no lo efectuara, y será ella quien sufra el perjuicio que consistirá en pagar realmente dos veces. Si alguien confía a un amigo

dinero para que pague la prima anual de un seguro, y éste se apropia de tal dinero, es obvio que aquél no queda liberado frente al asegurador y que tendrá que abonarle la prima, habiendo, pues, salido de su patrimonio dos veces el importe de la misma. Esto es lo que ocurre en principio entre los trabajadores y la entidad gestora (asegurador de seguros sociales). Pero la situación queda sustancialmente modificada porque la ley hace al empresario recaudador forzoso de las cuotas y le obliga a ingresarlas. La retención obligatoria libera a los trabajadores y convierte al empresario en deudor de la obligación de ingresar frente a la entidad gestora, de forma que si no ingresa se produce perjuicio para ésta. Puede, por tanto, construirse la existencia de perjuicio para tal entidad, tercero respecto a los trabajadores que dan sus cuotas y al empresario que las recibe, *solamente* porque la ley impone a éste la doble obligación de retener e ingresar.

Pero esa misma ley que de este modo desvía hacia la entidad gestora el perjuicio producido por la falta de ingreso de las cuotas retenidas, al liberar a los trabajadores vincula a la falta de ingreso *misma*, y en el preciso momento de producirse, otro efecto jurídico que es liberar a la entidad gestora de las prestaciones que pudieran producirse durante el descubierto mediante el mecanismo de darla derecho a repetir del empresario las automáticas y extinguir la obligación de cumplir las demás. Al mismo hecho jurídico —falta de ingreso— vincula la ley dos efectos de signo contrario recayentes en la entidad gestora: el perjuicio que significa no recibir la prima del seguro, y el beneficio que supone quedar —al final— liberada de cubrir los riesgos. La conclusión puede formularse con esta pregunta: ¿Dónde está el perjuicio si queda compensado con un beneficio igual dentro de la aleatoriedad contemplada en cualquier seguro?

c) Todo ello funcionaría así en el caso de que el empresario tuviera dinero y quedaran satisfechas las acciones de reintegro del importe de las prestaciones automáticas por parte de la entidad gestora y la pretensión de las no automáticas por parte del trabajador.

De no ser así, ni la entidad gestora podría resarcirse del importe de las unas ni el trabajador conseguiría las otras, de forma que aquella y éstos sufrirían sendos perjuicios quizá muy graves. Pero si el empresario no tiene dinero y no lo tuvo —realmente careció de él— al no ingresar las cuotas (ficticiamente) retenidas, habrá que volver al argumento expuesto de que no puede haber apropiación indebida de nada, de lo que no existe.

d) Es insoslayable la reflexión de que, aun siendo solvente el empresario, y atendiendo al fin al pago de las prestaciones —automáticas o no—, la falta de ingreso de las cuotas de los trabajadores causa a éstos y a la propia entidad gestora las molestias de reclamaciones que nunca se hubieran producido de haber efectuado el ingreso.

Pero admitiendo incluso que estas molestias sean perjuicios, nunca lo serán de aquello mismo en que el empresario se enriqueció; nunca se cumpliría el tipo de la apropiación indebida. Si se estima que la omisión del empresario de ingresar las cuotas retenidas merece una

sanción penal por la trascendencia que supone en el normal funcionamiento de la Seguridad Social, habría que tipificarla expresamente.

VII

La argumentación anterior sobre el perjuicio está hecha al hilo de entender que en la relación jurídica de la Seguridad Social hay bilateralidad entre las cuotas obreras y las prestaciones que eventualmente la entidad gestora haya de cumplir.

Pero la reciprocidad fracasa casi del todo porque la Seguridad Social se nutre económicamente de otras dos fuentes: las cuotas patronales y fondos públicos. Las cuotas obreras son el menor de los recursos, y sólo en la porción en que lo son, podrá aceptarse una reciprocidad con las prestaciones que lleguen a devengarse.

Así, pues, no obstante no ingresar la empresa las cuotas obreras descontadas, llegan a la Seguridad Social los caudales públicos correspondientes e incluso —en hipótesis— las cuotas patronales, con lo que queda cubierta la mayor parte de su financiación. A pesar de ello, serán de cargo del empresario que no ingresó lo retenido todas las prestaciones devengadas (directamente las no automáticas e indirectamente las que lo son), con lo que no sólo no habrá perjuicio para la Seguridad Social, sino que se generará un lucro para ella, el cual sería precisamente a costa del empresario en el importe de las cuotas patronales que hubiera satisfecho (supuesto posible en hipótesis).

Desde luego, para que este (etéreo) lucro a la Seguridad Social se produjera, sería preciso que todos los resortes jurídicos funcionaran con éxito, lo cual —además de la solvencia de la empresa— exigiría tiempo y molestias que quizá no compensaría la cantidad lograda. Si aquí está el perjuicio, éste no consiste en lo mismo que el empresario descontó y no ingresó. Por tanto, también y sobre todo, vista la relación de la Seguridad Social en su perspectiva exacta, muy lejana a la reciprocidad, aquella conducta del empresario no encaja en el tipo de apropiación indebida y, si quisiera pensarse, habría de tipificarse de modo expreso.

VIII

En torno al perjuicio, se ha razonado hasta aquí a base de las prestaciones satisfechas por la Seguridad Social. Queda por poner una pieza en su sitio, cual es —según se dijo— que la entidad gestora tiene acción ejecutiva para reclamar al empresario las cuotas obreras retenidas y no ingresadas.

Si se aceptara que la falta de ingreso fuera un tipo específico, el hecho de la reclamación ejecutiva concurriría a completarlo, porque supondría una alteración en el funcionamiento de la Seguridad Social, bien jurídico protegido por aquel tipo.

Pero en tanto se sostenga que la conducta de no ingresar las cuo-

tas descontadas es apropiación indebida, la vía ejecutiva mencionada tiene una incidencia trascendental.

a) En primer lugar, la certificación de descubierto funciona como la liquidación de cuentas entre partes que la jurisprudencia exige como previa a la consumación del tipo.

b) En el momento siguiente, la seguridad social habrá de decidir ejecutar la acción, o no hacerlo. a) Si se ejercita y llega a lograrse el cobro, no por eso —en términos estrictos— el delito ha dejado de cometerse sino que únicamente habrán quedado satisfechas las responsabilidades civiles, pero como esto ocurre antes de iniciarse el proceso penal, cuando comienza éste ya no habrá perjuicio para nadie y la condena será muy difícil, algo semejante a lo que está ocurriendo con el delito fiscal. En el caso de que no se consiga el cobro porque el empresario no es solvente —por ejemplo—, la Seguridad Social tiene escaso interés en abrir paso a un proceso penal que ningún beneficio económico puede reportarla. b) Pero es que con frecuencia se decide no ejercitar la acción ejecutoria por igual razón de conocerse ya el fracaso del cobro, o por otras causas, y mucho menos entonces se denuncia la conducta. Las decisiones entran ya en un ámbito social y político, en el que cabe una situación como la actual de ingente deuda de las empresas (también por cuotas patronales), en contornos que superan los del Derecho penal.

REVISTA DE LIBROS

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina: «El Juez de Vigilancia Penitenciaria».
Ed. Civitas, colección Monografías, Madrid, 1985, 190 págs.

La Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, primera de ese rango aprobada vigente la Constitución, puso de manifiesto la trascendencia que el problema penitenciario tenía en España. El legislador quiso consagrar que el recluso no es una persona privada de los derechos o libertades fundamentales, sino un ciudadano que sólo tiene limitados, y nunca suprimidos, algunos derechos, aquellos «incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena», como enuncia el artículo 3 de la propia LGP.

Los artículos 76 a 78 de esa Ley configuraron la institución del Juez de Vigilancia Penitenciaria, figura que materializa los principios de legalidad y garantía de ejecución presentes en la Ley Penitenciaria. Y Avelina Alonso, joven profesora de Derecho Penal del Colegio Universitario «Luis Vives» y Abogada, ha dedicado a esta institución su tesis doctoral, dirigida por el profesor García Valdés y leída el 13 de julio pasado, obra que mereció la calificación de Sobresaliente «cum laude» y posterior Premio Extraordinario de doctorado, en la Universidad de Alcalá de Henares.

El punto de partida del trabajo es eminentemente garantista (aunque reconoce que «no son buenos tiempos para defender los derechos de los reclusos» —p. 15), y sus principios básicos son la defensa del principio de legalidad en la ejecución penal, de la reinserción social de los penados y de la humanización de su tratamiento.

Por lo que respecta al primero de estos aspectos, dice la autora que el propósito de la Ley Penitenciaria ha sido el de judicializar la ejecución de la pena, «dando eficacia práctica al principio constitucional de que a la potestad jurisdiccional corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado» (p. 155) y, efectivamente, con la figura del Juez de Vigilancia, la ejecución penal queda plenamente atribuida a los órganos judiciales. Su cometido, como decía Cuello Calón, es «afianzar la garantía ejecutiva», y presenta dos facetas: ejecución de las sentencias penales y control de la actividad de la Administración Penitenciaria (p. 164).

A la Autora, que confiesa haberle preocupado siempre el estudio de las cárceles y los grupos marginados (p. 13), le interesa resaltar la importancia que este Juez de Vigilancia (al que ella prefiere denominar, como defiende Ruiz Vadillo, «Juez de ejecución de penas» —p. 181) puede tener para lograr la efectiva reinserción social de los penados (p. 14), a través de la mejora y la humanización de la ejecución penal (p. 61). El Juez de Vigilancia se configura como la «salvaguarda de los derechos de los internos» (p. 30), siendo cada delincuente «un ser humano al que hay que comprender» (p. 16). En

esta orientación late tanto el vivo y permanente ejemplo de su maestro, García Valdés, como la influencia de otra gran penalista, aquella Concepción Arenal que exclamó «odia el delito y compadece al delincuente».

El libro analiza el concepto, naturaleza jurídica e historia de esa figura jurisdiccional, dedicando una amplia atención a su regulación en el derecho comparado (incluyendo valiosas referencias a la doctrina extranjera) y a los problemas de su regulación vigente. Del amplio desarrollo que en otros países ha tenido la institución, pueden extraerse bastantes elementos de juicio para encauzar legislativamente esa figura en España, ofreciendo la autora la experiencia de cerca de treinta años de aciertos y desaciertos en Brasil e Italia, y los resultados más recientes de Francia, Polonia o Portugal (donde, por cierto, la figura tiene un importante éxito, pese a la penuria de medios —p. 66), reflejando, con gran rigor técnico, el estado actual y vicisitudes de cada una de estas legislaciones.

Establecida su naturaleza claramente judicial (p. 29), se destacan sus caracteres de especialización e independencia (p. 34), delimitándose los campos judicial y administrativo dentro del mundo penitenciario. La coordinación y separación de funciones entre ambos órganos (p. 64) deben regular sus relaciones, ya que «la finalidad de la acción de uno y otro es común» (p. 101); pese a ello, la autora no cree que se haya conseguido esta separación de atribuciones (p. 174), ya por la penuria de medios personales y materiales, ya por la vaguedad del sistema de peticiones y quejas, ya por la falta de normativa sobre recursos.

La doctora Alonso expone los problemas que la institución del Juez de Vigilancia ha planteado en España: desde la denominación, a las competencias que puedan asumir las Comunidades Autónomas, pasando por las propias atribuciones del Juez, la regulación de los recursos o sus relaciones con la Administración. Para examinar estas cuestiones, estudia en profundidad la génesis legislativa de los artículos 76 a 78 de la Ley Penitenciaria, y su posterior desarrollo por Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y de la Fiscalía General del Estado, los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial o las importantes «Previsiones» de la Presidencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1981, contando además con la importante experiencia extranjera a la que ya hice referencia.

A lo largo de ese estudio de Derecho comparado, hay que resaltar la relevancia que el Juez de Vigilancia tiene a la hora de aplicar las medidas alternativas a la pena de prisión clásica, dato muy a tener en cuenta si se observa que el Proyecto de Código Penal de 1980 establecía, por ejemplo, la suspensión del fallo, y que la Propuesta de Anteproyecto de 1983 hace actuar al Juez de Vigilancia en España, aun faltando la condena (p. 168). En Francia el Juez de Aplicación de Penas, «maestro de la probation» (p. 50) es el «artífice» de la suspensión del fallo de la condena, preside el Comité de la probation (p. 83) y organiza las medidas de asistencia» tendentes a ayudar al liberado en sus esfuerzos de rehabilitación social y readaptación familiar y profesional» (p. 85). Del mismo modo, el funcionamiento de la Sección de Vigilancia italiana, encargada, entre otras misiones, de decidir sobre la prestación a prueba de servicios de utilidad social, puede influir sobre la regulación que se haga en España de esas medidas sustitutivas.

«Hacia falta el Juez de Vigilancia», dice la autora al comienzo del libro (p. 19), y hacen falta normas, procedimientos de actuación y medios, materiales y humanos, para que pueda cumplir eficazmente los cometidos que la Ley le atribuye (p. 184). Hacen falta, también, reflexiones serias que, como la presente obra, colaboren a una mejor comprensión —y, por ende, a un mejor funcionamiento— de las instituciones.

Esteban MESTRE DELGADO

CUERDA RIEZU, Antonio: «La colisión de deberes en Derecho Penal». Editorial Tecnos. Madrid, 1984. 352 págs.

Lo primero que llama la atención al leer esta interesante e importante monografía sobre un tema tan sugestivo y tan falto de atención en la dogmática española, es el contenido del «Prólogo» que firma el profesor Gimbernat Ordeig.

Pocas veces pueden encontrarse en un «prólogo», que además ocupa 16 páginas del libro, una serie de digresiones tan interesantes que, por sí solas, configuran ya un verdadero artículo doctrinal.

El «Prólogo» en cuestión está dedicado a «responder a las críticas» que recientemente había hecho el profesor de Heidelberg Wilfried Küper (1) a la conocida tesis expuesta en 1974 por el actual catedrático de Alcalá de Henares sobre la condición de causa de exclusión de la antijuridicidad del estado de necesidad por conflicto entre bienes equivalentes (2).

Los argumentos que utiliza Gimbernat para combatir las críticas que le hace Küper se convierten, a su vez, en críticas a la postura del profesor de Heidelberg. El propio Cuerda se suma a las críticas de su maestro al autor alemán en las últimas páginas de la obra que comentamos.

En fin, harta razón tiene Gimbernat cuando en el último párrafo del Prólogo escribe que: «Posiblemente a estas alturas el lector se haya olvidado ya de que esto es un prólogo», pues, en realidad, eso mismo es lo que, gratamente, me ha ocurrido a mí.

Centrándonos ya en el libro en sí, Antonio Cuerda comienza su libro, tras unas consideraciones preliminares explicando la oportunidad del tema escogido y la metodología empleada, exponiendo los antecedentes y tratamiento del tema en la legislación y en la doctrina de nuestro país para, inmediatamente exponer de un modo metucioso el estado de la cuestión en la República Federal de Alemania, donde desde hace tiempo se incluye en los manuales de Derecho Penal un apartado dedicado al tema que nos ocupa. Para ello, divide su exposición en dos partes: la primera centrada en la discu-

(1) Vid KÜPER, W., *Der entschuldigende Notstand —ein Rechtfertigungsgrund?— Bemerkungen zur Kriminalpolitischen «Einheitstheorie»* Gimbernat Ordeigs, en *Juristenzeitung*, 1983, págs. 88 a 95.

(2) Vid GIMBERNAT, E., *Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem*, en «Festschrift für Hans Welzel, zum 70. Geburtstag», 1974, págs. 485-497. Está recogido con el título «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en su versión en castellano, en «Estudios de Derecho Penal», 1976, páginas 107 a 122.

sión doctrinal alemana sobre conocidos y concretos casos (la eutanasia, el del guardagujas, el caso Holmes, etc.) y la segunda comprendiendo la particular visión que del tema ha sido mantenida por Armin Kaufmann, Dietrich Lang-Heinrichen, Claus Roxin, Günter Spindel, Harro Otto, Dingeldey y Giorgios Mangakis, entre otros.

Expuestas y comentadas las teorías de los autores mencionados, Cuerda dedica todo un capítulo, bajo la rúbrica de «toma de postura», a pormenorizar su tesis. Para el autor, no cabe excluir de antemano la posibilidad de que una colisión de deberes se presente como eximente incompleta y enfatiza que «la solución respecto a la colisión de deberes equivalentes se encuentra en el ámbito del injusto, y se encuentra de tal manera, que este tipo de conflicto constituye una causa de justificación». Toda colisión de deberes representa para Cuerda una antinomia jurídica que tiene que ser resoluble, entre otras cosas por imposición legal.

Defiende Cuerda, al igual que parte de la doctrina alemana, que la colisión de deberes «es un subcaso de estado de necesidad». Y no olvidemos que la doctrina española contempla, casi sin excepciones la colisión de deberes dentro del estado de necesidad; sin embargo, el propio Cuerda matiza que dado el íntimo parentesco entre las eximentes de estado de necesidad del artículo 8.7.º, y de cumplimiento de un deber del número 11 del mismo artículo, «lo correcto es que gran parte de los casos de cumplimiento de un deber vayan a engrosar la colisión de deberes». Cuerda entiende que la colisión de deberes del artículo 8,7.º acoge los conflictos entre deberes penales, mientras que el primer inciso del número 11 del artículo 8 justifica el incumplimiento de un deber penal por el cumplimiento de otro deber contrapuesto no penal.

En resumen, concluye Cuerda, «el encuadramiento sistemático de la colisión de deberes penales, sean equivalentes o no, sean de acción o de omisión, se encuentran en el estado de necesidad regulado en el artículo 8, número 7; de forma que junto a la colisión de bienes aparece la colisión de deberes (penales), agrupadas ambas bajo el supraconcepto del estado de necesidad».

La obra incluye unos apéndices con la legislación española y alemana sobre el tema y una exhaustiva bibliografía, sobre todo alemana, pues no en vano la obra que comentamos ha sido elaborada en gran parte en la Universidad de Munich y constituye sustancialmente la tesis doctoral de Antonio Cuerda.

En definitiva, nos hallamos ante una excelente monografía, fruto de una importante labor de investigación y cuyos resultados saltan a la vista en la primera lectura de la misma. Con más conocimiento y autoridad que yo el propio Gimbernat avisaba en las últimas líneas del Prólogo que el libro de Cuerda «es tan claro, tan riguroso y tan agudo que, después de leerlo, lo que uno desea no es hacer literatura elogiosa, sino —imitándole— hacer literatura científica». El juicio me parece tan certero que no se me ocurre qué más puedo agregar.

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO
Universidad Autónoma de Madrid

GARCIA VALDES, Carlos: «Ley Penitenciaria». Editorial Tecnos, Madrid, 1985, 127 págs.

La Editorial Tecnos incorpora a su «Biblioteca de Textos Legales» la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en una rigurosa edición preparada por quien fue su principal redactor, Carlos García Valdés, profesor titular de Derecho penal y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares.

El texto legal, que reproduce fielmente el publicado en el «B. O. E.», número 239, de 5 de octubre de 1979 (salvando a pie de página las pequeñas erratas de esa versión oficial —así como en el artículo 40), se presenta acompañado de un triple trabajo: en primer lugar, el autor de la edición ha concordado minuciosa y exhaustivamente el texto legal, incluyendo todas las referencias legislativas hasta el 8 de diciembre de 1984, fecha de cierre de la edición, en un muy meritorio trabajo que, como señala la propia editorial, desborda «lo que es habitual en este tipo de ediciones». Se presenta así este libro como la referencia más actual y completa para quien desee conocer la Ley General Penitenciaria, ya que estas concordancias legislativas van más allá del propio ordenamiento penitenciario (Reglamento Penitenciario, Ordenes Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias), para incorporar todas aquellas normas con trascendencia en este campo científico (Constitución Española, Código Penal, Estatuto de los Trabajadores, Ley Orgánica de Libertad Religiosa, Ley de Enjuiciamiento Civil, Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial y gran número de Decretos y Ordenes Ministeriales).

En segundo lugar, el profesor García Valdés, consciente de la importancia que para el estudioso de cualquier ordenamiento tiene la interpretación jurisprudencial (a la que califica como «fuente indirecta» del ordenamiento penitenciario, por constituir «criterio interpretativo obligatorio en los puntos que, sometidos a su consulta, resuelve» —p. 19), incorpora también unas valiosas referencias a sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, citando incluso Autos del Tribunal Supremo cuando han resuelto problemas penitenciarios (así el incluido en la nota al artículo 18 de la Ley). Estas numerosas referencias jurisprudenciales (cita hasta siete sentencias en la nota al artículo 73) sirven en ocasiones de apoyo al autor para reafirmar sus tomas de posición, como más adelante comentaré.

En tercer lugar, el autor de la edición acompaña al texto, precediéndole como marco general de comprensión, un amplio prólogo en el que, en tres partes, analiza la necesidad y trascendencia de la reforma penitenciaria que esta Ley supuso. En un primer apartado, titulado «Pena, prevención especial, Derecho Penitenciario y Principio de Legalidad Ejecutiva» analiza los presupuestos doctrinales del Derecho Penitenciario y de su objeto, defendiendo su autonomía científica (pp. 9 y 17) y estableciendo los principios fundamentales que debe conseguir todo ordenamiento penitenciario moderno. En este punto toma postura a favor de la «finalidad resocializadora de la pena» (como aparece en la Exposición de Motivos de la Ley) y de la prevención especial, atacando, con Roxin, las teorías retributivas.

En un segundo apartado del mismo estudio preliminar, bajo el título «La prisión en España». Notas históricas (1804-1979), analiza la progresiva necesidad de una reforma penitenciaria en España que, si bien se plasma normativamente en esta Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, no surge de un vacío legal, destacándose la importancia del Real Decreto de 5 de mayo de 1913.

En el último apartado del prólogo, «La Ley General Penitenciaria», el profesor García Valdés resalta la importancia específica del texto legal, «definidora de los principios que informan el sistema penitenciario y de los derechos, garantías y deberes de los reclusos y respaldo parlamentario a la actividad penitenciaria» (p. 38), señalando su génesis y analizando sus rasgos más destacados.

Como se desprende del texto legal, y queda patente en otras obras del mismo autor (baste reseñar, como más reciente, sus «Estudios de Derecho Penitenciario» o las ediciones de sus «Comentarios a la Legislación penitenciaria»), el profesor García Valdés ha defendido siempre la necesidad de un «Derecho penal democrático» (p. 23) y ha propugnado, ante la certeza de que «la prisión se concibe como un mal necesario», la consecución de un «sistema penitenciario flexible, progresivo y humano», que parta del presupuesto del «máximo respeto a la personalidad de los reclusos en la aplicación de las ciencias de la conducta» (p. 39).

Cuando afirma que «el Derecho penal es instrumento de libertad» (p. 22) está resumiendo toda una filosofía garantista que se incorpora a la Ley con todos los problemas que ello conlleva, pues es consciente de que «Estado de Derecho es algo más complicado y comprometido que una mera comunidad política poseedora de leyes» (p. 23). Este Estado de Derecho es el que limita su poder en beneficio de los ciudadanos, configurándose como un Estado garantista. Y esta Ley Penitenciaria es una norma fundamentalmente garantista, expresión legislativa de la existencia de ese Estado de Derecho. El profesor García Valdés refuerza esta idea cuando interpreta, en el estudio preliminar y en las notas, los diversos preceptos legales.

Por un lado, señala cómo la Ley General Penitenciaria proporciona *seguridad jurídica* (p. 18), estableciendo la jerarquía de fuentes y precisando claramente las distintas situaciones y conflictos que pueden plantearse en esta «especial relación de sujeción» que constituye la vida penitenciaria. Absolutamente coherente con ello es la crítica que hace en la nota al artículo 10, a la actual redacción del artículo 46 del Reglamento Penitenciario, que refunde el texto del antiguo artículo 47, sin hacer «ex lege» la diferencia precisa entre los regímenes común y especial en los establecimientos cerrados. En la actual redacción no figura esta distinción y, obviamente, ello «no supone ningún avance, desde el punto de vista de la seguridad jurídica».

Por otro lado, el profesor García Valdés caracteriza la pena desde dos principios fundamentales: el de legalidad y el de personalidad (o culpabilidad) —pp. 10 y 11—. En lo que respecta al *principio de legalidad* distingue entre la legalidad de las penas, la legalidad en la ejecución y la garantía jurisdiccional, dudando, en la nota al artículo 11, de la legalidad del nuevo artículo 57.1.º del Reglamento Penitenciario, que posibilita la ejecución del tercer grado de tratamiento, para aquellos penados afectados por problemas

de drogadicción, fuera de los establecimientos de cumplimiento, más allá de lo establecido en los artículos 9.1.º y 72.2.º de la Ley para el régimen abierto. Con ello entiendo que no se realiza crítica a la bondad intrínseca o la utilidad de ese tratamiento especial y específico, ya que en el estudio preliminar queda claro que en esta Ley «el régimen penitenciario se subordina al tratamiento, y no al revés» (p. 44), y la finalidad resocializadora de la Ley justifica el contenido de preceptos como el 57.1.º del Reglamento Penitenciario. La crítica viene desde el estricto principio de legalidad, garantizado por el artículo 9.3.º de la Constitución y eje del Estado de Derecho: las normas contenidas en un Reglamento no pueden alterar los límites contenidos en la Ley Orgánica que desarrolla. Si el legislador quiere introducir preceptos como el ahora estudiado (y creo justificado y útil que lo haga), puede hacerlo sin lesionar el principio de legalidad, modificando la Ley Penitenciaria, o articulando esa norma específica de tratamiento como medida de seguridad postdelictual sustitutiva de la pena, dentro del nuevo Código Penal, que también será Ley Orgánica.

Desde el mismo punto de vista de defensa del principio de legalidad incluyo la interpretación que se hace en la nota al artículo 9.º, sobre el límite máximo de edad para la aplicación de la medida de internamiento contenida en el artículo 65 CP. Y similar argumento subyace en la nota al artículo 51, en su quinto apartado, donde se señala la constitucionalidad de las restricciones legales contenidas en los párrafos 2 y 5 de este artículo 51 de la Ley. Se cita muy oportunamente la Sentencia del TC de 30 de julio de 1983, que así lo declara, «correctamente».

El *principio de personalidad* hay que ponerlo en relación con la «progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria» (p. 13) propugnada por García Valdés, radicando el fondo de otras tomas de postura existentes en el libro en la defensa de la resocialización como fin de la pena y la individualización como medio. Así, la afirmación contenida en la nota al artículo 39 de la Ley, donde se dice que «el concordante artículo 82 CP... es anticonstitucional», descansa en el texto del artículo 25.2.º de la Constitución y los artículos 1 y 59 de la Ley Penitenciaria, que impiden exista hoy un internamiento que tenga un fin aflictivo, es decir, no reeducador o resocializador. La defensa de la individualización late en la nota al artículo 72, que se sostiene abroga parcialmente el artículo 84 del Código Penal.

Una importante aportación, pues, la realizada al ordenamiento penitenciario en esta obra por el profesor García Valdés; texto que se hace realmente imprescindible para quien desee conocer hoy la Ley General Penitenciaria, en una muy cuidada edición realizada por la Editorial Tecnos, cuya «Biblioteca de Textos Legales» reúne ya una prestigiosa lista de títulos y autores, que la hacen de inapreciable consulta y uso.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Código Penal». Editorial Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1984, 252 págs.

Estamos viviendo actualmente un amplio movimiento, en toda Europa, de reforma de los ordenamientos penales. En España, los debates de las Cortes Constituyentes pusieron en evidencia la falta de adecuación de nuestras leyes penales a la realidad democrática que empezaba a vivirse entonces. Con la aprobación de la Constitución, en cuyo artículo 15.2.º se abolió la pena de muerte comenzó una reforma del Código que continuó, sucesivamente, con la desaparición de los delitos de adulterio, amancebamiento y propaganda y venta de anticonceptivos con la modificación de los delitos de estupro y raptó, y con las diversas alteraciones y redacciones de los tipos de propaganda ilegales y de asociaciones ilícitas, en reiterados intentos de aproximar la regulación penal al ámbito de derechos y libertades reconocidos y amparados por la Constitución.

A lo largo de estos años de ordenamiento constitucional, la doctrina española ha estudiado a fondo esa profunda renovación que nuestra legislación penal necesitaba, y sus reflexiones se han ido plasmando en numerosas monografías (sin afán de exhaustividad hay que citar «La reforma penal y penitenciaria», editada en 1980 por la Universidad de Santiago de Compostela; «La reforma del Derecho Penal», edición de Santiago Mir en 1980 y 1981; «La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales», editada en Madrid en 1981, o los números dedicados a este tema en 1980 por la «Revista Jurídica de Cataluña» y la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense»). Este espíritu renovador llegó también al legislador, y en este período de tiempo, en dos legislaturas distintas, y bajo dos gobiernos diferentes, se han redactado un «Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el 17 de enero de 1980, y una «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal», publicada en 1983 por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Cualquier estudio, científico o legislativo, que actualmente se haga en España sobre el Código Penal, no puede prescindir de la perspectiva que ofrece la existencia de ese Anteproyecto de 1983, cuyo texto constituye la expresión de una «nueva concepción penal» (como afirma Enrique Gimbernat en la p. XVII de la obra que comento), que pondrá de manifiesto tanto la rigurosa técnica que posee la doctrina científica española, como la voluntad de integrar el ordenamiento penal en el marco democrático y el Estado de Derecho que alienta la Constitución de 1978.

El profesor Gimbernat Ordeig, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares, y miembro de las dos ponencias que redactaron los Anteproyectos de Código Penal de 1980 y 1983, es un perfecto conocedor del estado de transición en que se encuentra nuestra legislación penal. Ya en 1983 preparó para la Editorial Tecnos una edición concordada del Código Penal, que había sido modificado inmediatamente antes (el libro salió a la venta en octubre) por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. En ella señalaba el autor cómo esta reforma no era un «mera innovación más», sino que suponía «la inserción en el Código de algunas piezas seleccionadas extraídas

de un edificio prácticamente terminado ya» (pp. XV-XVI), cuya función era hacer menos brusca la transición hacia el futuro texto legal.

Ahora la misma editorial, y en la misma «Biblioteca de Textos Legales», publica la 2.ª edición de esta obra, en la que el profesor Gimbernat (que la ha cerrado en julio de 1984) incorpora las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 12/83, de 16 de noviembre (de modificación parcial del R. D. Ley 1/1977, de 4 de enero, de creación de la Audiencia Nacional), 2/1984, de 26 de marzo (reguladora del derecho de rectificación) y 6/1984, de 24 de mayo (reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»).

La estructura de esta edición es la que la Editorial Tecnos está marcando para esta colección de textos legales: el texto articulado concordado a pie de página y precedido por un prólogo, añadiendo el autor en apéndice una importante selección de legislación complementaria (Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona; Real Decreto-Ley 3/1979, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana; Ley 40/1979 —modificada por la Ley Orgánica 10/1983— sobre régimen jurídico de control de cambios; Ley Orgánica 11/1980, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2.º de la Constitución; y la Ley Orgánica 7/1982, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando).

El cuidado y rigor con que se ha concordado el texto se pone de manifiesto en la abundancia de notas, en las que se hace referencias a normas penales (Código de Justicia Militar, Ley General Penitenciaria), civiles (Ley Hipotecaria, Ley del Registro Civil), mercantiles (Código de Comercio, Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia), administrativas (Ley de Expropiación Forzosa, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), políticas (Real Decreto-Ley 20/1977, de Normas Electorales, Reglamentos del Congreso y Senado), eclesiásticas del Estado (Ley de Libertad Religiosa, Acuerdos Jurídicos con la Santa Sede), y laborales (Estatuto de los Trabajadores, Carta Social Europea), entre otras, en una larga y completa panorámica de las relaciones existentes hoy entre el Código Penal y el resto del ordenamiento jurídico, prestando una detallada atención al contenido de los tratados internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, Convenio Europeo para la represión del Terrorismo...).

La edición incluye igualmente el prólogo que el profesor Gimbernat acompañó a la primera edición, en el que hace una muy importante exposición doctrinal y técnica acerca de las diversas reformas introducidas por la LO 8/1983. Un nuevo prólogo sitúa a la segunda edición en su momento histórico, dando cuenta de las modificaciones experimentadas por el ordenamiento penal en el año transcurrido desde la publicación de la primera.

El texto penal tras seis años de reformas, aparece como «el mejor que hayamos tenido nunca» (p. XIX), tanto desde un enfoque de política criminal, como desde un punto de vista puramente técnico y, sin embargo, Enrique Gimbernat Ordeig hace presente al lector que asiste, con toda probabilidad, al «último suspiro» de este texto legal (p. XVI), que debe ser sustituido por un texto más homogéneo, más técnico y, fundamentalmente, más actual. La posibilidad de llegar a este texto, deseada ya unánimemente, ilu-

mina tanto las modificaciones legales producidas como las tomas de postura que el autor realiza, con la seriedad y el rigor dogmático que le caracterizan, en las notas al texto o en el mismo estudio preliminar.

Así, hay que analizar la exclusión de la responsabilidad por el resultado (arts. 1; 6 bis a), párrafo 1.º; y 6 bis b) desde el punto de vista de su consagración en el Título Preliminar del Proyecto de 1983. El autor (que estudió magistralmente el tema en su tesis doctoral, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», publicada en 1966) pone de manifiesto, en la página XVII, frente a quienes fundamentan la pena en la reprochabilidad (latente la tesis del libre albedrío), cómo carece de sentido castigar a quien, «a pesar de haber lesionado fortuitamente un bien jurídico penal, se ha comportado precisamente como el Derecho exige, esto es, prudentemente». Y ello tanto desde el punto de vista de la prevención general como desde el de la especial.

Del mismo modo, otras tendencias que caracterizan el Anteproyecto de Código Penal de 1983 permiten comprender mejor las reformas que ha experimentado el texto vigente: la descriminalizadora, la del respeto a las minorías (p. XIX) y la de la atenuación generalizada de las penas privativas de libertad (p. XVII). Al comentar ésta, el profesor Gimbernat replica, desde su concepción meramente preventiva de la pena a quienes (cita Roxin en Alemania, y a Bajo y Córdoba en España) defienden el criterio de culpabilidad como el único capaz de garantizar la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción, sin darse cuenta de que, en puridad, los criterios de culpabilidad sólo entran en juego para aplicar una pena que ha quedado ya predeterminada en la antijuridicidad (p. XVIII).

En determinados momentos, Enrique Gimbernat introduce unas notas críticas, realizadas desde la clara voluntad de adaptar las leyes penales a los principios constitucionales, con un criterio eminentemente garantista del Derecho Penal. Así sucede en las notas a los artículos 119, 120 y 303, en las que el autor defiende el principio de legalidad (presente en los artículos 1 y 23 del Código Penal), afirmando deben reputarse inexistentes, a efectos penales, las normas de rango inferior a la Ley que definen elementos delictivos sin estar expresamente autorizadas por la Ley penal. Los supuestos a que hace referencia son la definición de «Agente de la Autoridad» realizada por normas reglamentarias; la tipificación de ciertas conductas como delito de traición realizado por el Decreto de 14 de agosto de 1936; y la declaración del D.N.I. como «documento público y oficial» que realiza el Decreto 196/76, para gozar de la defensa penal de esos documentos. Su aplicación, en cualquier caso, iría contra el principio de legalidad y por ello el autor afirma su no vigencia.

Sin que el profesor Gimbernat haga comentario alguno, la misma crítica late en la nota al artículo 502, que reproduce el hoy derogado cuarto párrafo de este artículo, que consagraba una «presunción de culpabilidad» absolutamente incompatible con una Constitución que proclama el principio de presunción de inocencia del inculpaado.

En la nota al enunciado del capítulo V del título XIII del libro II («De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas»), se defiende la no vigencia de la Ley de 26 de octubre de 1936, en clara defensa de la seguridad jurídica, defensa que también cabe encontrar en el prólogo a la primera

edición, cuando el autor califica de «inmejorable» la definición del delito continuado que ofrece el actual artículo 69 bis CP, ya que describe «inequívocamente» los requisitos de esta figura legal.

Con gran corrección técnica, la minuciosa edición salva a pie de página los errores del legislador, que incluye la pena de muerte en el artículo 70, el presidio mayor en los artículos 70 y 484, el presidio menor en los artículos 224 y 279 bis, o que no corrige las cuantías de las multas en los artículos 422,2.º y 455. En cada uno de estos supuestos, el profesor Gimbernat incluye una llamada que reconduce a una correcta interpretación sistemática del texto de esos artículos tras la LO 8/1983.

El profesor Gimbernat finalizaba su prólogo a la primera edición llamando a la colaboración de especialistas y parlamentarios para realizar ese nuevo Código Penal que nuestro país reclama. Entretanto, nos ofrece una impecable y rigurosa edición que habla meritoriamente de su dedicación al Derecho Penal. Afortunada colaboración con la Editorial Tecnos que espero se reproduzca cuando el nuevo texto (ojalá ya sin más demoras) entre en vigor.

Esteban MESTRE DELGADO

Colaborador del Departamento de Derecho Penal.
Universidad de Alcalá de Henares

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA (República Federal)

NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT (Revista semanal)

Año 25, primer tomo (fascículos 1 a 25, páginas 1 a 1488)

C. H.: «Beck'sche Verlagsbuchhandlung». Munich y Frankfurt, 1984.

Antes de pasar revista a los artículos aparecidos en este primer tomo del año 1984 de la NJW, conviene hacer una precisión sobre la selección de los mismos. He intentado recoger al menos todos aquellos artículos que tratan sobre temas que afectan de algún modo al Derecho penal material, dejando fuera aquellos otros que se mueven en el ámbito de las demás disciplinas jurídicas, incluido el Derecho procesal penal. Por otra parte, me he limitado a los artículos (Aufsätze) y colaboraciones cortas (kurze Beiträge), porque considero que constituyen el material suficiente para esta «Revista de revistas», y tienen más interés que los comentarios a libros (Buchbesprechungen) y la jurisprudencia de Tribunales alemanes, que la NJW también recoge.

V. SPIEGEL, Hans Ulrich Frhr.: «Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelnden Werkzeug» (De nuevo: autoría mediata a través de instrumento que actúa delictivamente). Págs. 110-111.

Advierte el autor que el fin de su artículo es tomar posición crítica frente a lo expuesto por Sippel en la NJW 1983, pág. 2226, donde éste criticó una sentencia del BGH (BGHStr. 30, 363), que había admitido la posibilidad de autoría mediata en un caso en el que quien actuaba inmediatamente (instrumento) se hallaba en un error respecto a la posible comisión de un delito de asesinato o lesiones, pero a la vez era culpable de un delito de robo grave. Para Sippel, esto era incorrecto y al hombre de atrás debería habersele considerado inductor y no autor mediato. V. Spiegel intenta, sin embargo, justificar el resultado de la sentencia citada, con diversos argumentos:

1) Imposibilidad, según el parágrafo 26 StGB, de inducción a una acción típicamente antijurídica no dolosa: por tanto, si el que actúa inmediatamente no lo hace con dolo, el hombre de atrás será castigado como autor mediato; si lo hiciera con dolo, ya surgiría el problema de delimitar la autoría mediata y la inducción. En el supuesto de la sentencia comentada, habría que distinguir: respecto al posible asesinato o lesiones, el instrumento, debido a su error, actuaba sin dolo, en contra de lo afirmado por Sippel, aunque respecto al robo grave sí lo hiciera con dolo; por ello, el hombre de atrás sería autor mediato, como afirma el BGH, del posible delito de asesinato o lesiones.

2) Argumento que se apoya en los criterios de delimitación entre autoría y participación, en concreto los de «dominio del hecho» —entendiendo que lo

tiene el hombre de atrás cuando el instrumento carece de motivos inhibitorios de su actuar, cosa que ocurría respecto al posible asesinato o lesiones— y de la «voluntad de autor», criterios que, en mi opinión, v. Spiegel maneja un tanto confusamente, llegando a hablar de «voluntad de autor» en el sentido, dice él, de la «teoría subjetiva objetivada». Al hablar del «dominio del hecho» del hombre de atrás, en otro momento parece caracterizarlo como «el tener en las manos la evitación de la muerte de la víctima» (dominio del hecho negativo).

FOTH, Eberhard: «Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?» (¿Puede fundamentar la inducción por medio de un «funcionario infiltrado» un impedimento de procedibilidad?). Págs. 221-222.

El tema planteado es si en tales casos de inducción —y dependiendo de la intensidad de ésta— el Estado debe renunciar a cualquier proceso contra el indudado o más bien ha de tenerse en cuenta la inducción en la medición de la pena. El tema es importante en múltiples delitos de la época nacionalsocialista. Foth analiza casos similares en la legislación actualmente vigente, para acabar concluyendo que no debe excluirse la posibilidad de renuncia al proceso, pero que se ha de obrar con cuidado y analizar si la contemplación de tal inducción no encuentra mejor cabida o explicación en el marco de la medición de la pena.

HENTSCHEL, Peter: «Die Vorwerfbarkeit «absoluter» Fahrunsicherheit bei Mofafahren» (La reprochabilidad de la inseguridad «absoluta» al conducir en los conductores de ciclomotores). Págs. 350-351.

BARTSCH, Hans-Jürgen: «Strafvollstreckung im Heimatstaat» (Ejecución de la pena de origen). Págs. 513-517.

El autor analiza el contenido del Tratado del Consejo de Europa sobre entrega de personas juzgadas, que fue puesto a la firma de los Estados el 21 de marzo de 1963. En él, los Estados miembros del Consejo de Europa han centrado su trabajo en común en la materia de la ayuda en la ejecución de la pena sobre la nueva base de que un proceso simplificado posibilita la pronta repatriación de prisioneros penales.

TASCHNER, Karl-Luwig: «Forensisch-psychiatrische Probleme bei der Beurteilung von Drogenkonsumenten» (Problemas psiquiátrico-forenses en el enjuiciamiento de los consumidores de drogas). Págs. 638-642.

El autor de este artículo, médico, se ocupa de distintos problemas: el primero es el de la capacidad de culpabilidad y de imputación (parágrafos 20 y 21 StGB), exponiendo cómo comprueba un psiquiatra forense la existencia de un estado que disminuye o excluye tales capacidades.

En segundo lugar, aborda Täschner el tema de la medida de seguridad de internamiento en un establecimiento educativo (parágrafo 64 StGB), poniendo de relieve que lo fundamental es que se compruebe la dependencia de bebi-

das alcohólicas u otros narcóticos y que haya una prognosis de que, debido a aquella dependencia, el sujeto va a cometer hechos antijurídicos de considerable importancia; el autor indica el procedimiento a seguir en esta comprobación y, junto a estos temas, plantea otros interesantes dentro de su campo de trabajo.

KUPER, Wilfried: «Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch» (Sobre la delimitación entre preparación y tentativa). Págs. 777-778.

Küper se enfrenta críticamente a una sentencia de OLG de Koblenz (NJW 1983, 1625), cuyo razonamiento para la aceptación de tentativa supera, en opinión del autor de este artículo, los límites de lo defendible, en gran parte porque el Tribunal no contempló suficientemente la configuración típica del delito cuya tentativa se cuestiona.

Explicado el supuesto de hecho de la sentencia, Küper estructura su crítica en dos bloques, uno referido a las contradicciones del Tribunal a la hora de definir lo que es tentativa y a la de enjuiciar los hechos (el autor la llama crítica inmanente), y otro apoyado en la propia estructura del párrafo 148 II StGB, que recoge el tipo del delito en cuestión.

Para terminar, señala Küper cuál sería la postura desde la que (se esté o no de acuerdo con ella) podría discutirse si hubo o no tentativa en el caso que juzgó la sentencia, postura que Küper parece no compatir, pero a la que concede —al contrario que a la argumentación del Tribunal— el beneficio de la posibilidad de ser defendida.

BREITBACH, Michael: «Die Crux mit der Anmeldepflicht: Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Versammlungsleitern?» (La cruz de la obligación de informar: ¿responsabilidad penal de los organizadores de la reunión?). Páginas 841-846.

El autor hace consideraciones críticas sobre el párrafo 26 de la Ley alemana de reunión, que coloca bajo pena al organizador de una reunión por el solo hecho de no informar sobre la realización de la misma. También critica la extensión de la penalidad llevada a cabo por la jurisprudencia, al aplicar este criterio al llamado organizador de hecho, atacando el principio jurídico-penal de la prohibición de la analogía.

HERZBERG, Rolf D.: «Zivilrechtliche Verschiebungen zur Schliessung von Strafbarkeitslücken? (¿Desplazamientos del Derecho civil para colmar lagunas de punibilidad?). Págs. 896-899.

Herzberg se ocupa del problema discutido en Alemania de si es punible como delito de apropiación (párrafos 242, 246 StGB) el hecho de llenar el coche de gasolina en una gasolinera con autoservicio y después irse maliciosamente sin pagar. Una sentencia del BGH (NJW 1983, 2827) deja la cuestión abierta. Toma el autor postura crítica frente a quienes, como Ganf, Deutschen y Borchert/Hellman, quieren contestar afirmativamente la cuestión con argumentos de Derecho civil.

KRAUSS, Karl: «Die Beurteilung «passiver Resistenz» —restriktive oder extensive Auslegung der Gewaltnötigung? (El enjuiciamiento de la «resistencia pasiva» ¿Interpretación restrictiva o extensiva de la coacción violenta?). Págs. 905-906.

El artículo contiene una crítica, con argumentos conceptual-sistemáticos y político-criminales, a la interpretación espiritualizada que de la palabra violencia ha hecho la jurisprudencia alemana en los casos de «resistencia pasiva» (ej.: «sentadas») como protesta contra la instalación en Alemania Federal de armas de alcance medio americanas, justificando así al actuación de las Fuerzas de orden público contra los participantes en dichas «sentadas» y manifestaciones.

JUNGWIRTH, Anton: «Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Vedkehrswert» (Hurto bagatela y cosas sin valor de tráfico). Págs. 954-957.

El párrafo 248 a StGB configura el hurto de cosas «de poco valor» como delito relativamente privado. Los criterios habitualmente utilizados (ej.: valor de compra en el momento del hecho) para determinar el «poco valor» de la cosa se muestran inadecuados para algunos objetos de hurto (tales como papel de cartas y sellos de una empresa, llaves, cheques, etc.), que están en un estrecho contacto funcional real o jurídico con determinado conjunto de cosas o personas. El autor pretende alcanzar una definición abstracta que permita un juicio sobre el «poco valor» adecuado al fin y a la sistemática de la ley, llegando a la conclusión de que sólo se puede determinar el elemento «poco valor» según el coste inmediato y objetivo de producción de la cosa. Complementariamente se tendrá en cuenta, dado el caso, el valor objetivo de aquellas prestaciones exclusivamente referidas a la cosa, que hubieran sido necesarias para poner a disposición de la posterior víctima del hurto el objeto en su posición de mercado correspondiente (ej.: costes habituales de expedición y almacenamiento, margen de beneficio comercial). Este criterio sería de aplicación sin excepciones, en especial para aquellos objetos que son, por su contexto funcional, «impagables».

KAUFMANN, Arthur: «Recht und Gnade in der Literatur» (Derecho y misericordia en la literatura). Págs. 1062-1069.

MULLER-DIETZ, Heinz: «Sittlichkeit und Kriminalität» (Moralidad y criminalidad). Págs. 1069-1074.

El profesor de Saarbrücken reflexiona en torno a la obra del escritor Karl Kraus, en especial sobre su libro «Sittlichkeit und Kriminalität».

ZECHLIN, Lothar: «Kunstfreiheit, Strafrecht und Satire» (Libertad en el arte, Derecho penal y sátira). Págs. 1091-1093.

El autor toma posición crítica frente a diversos artículos publicados en esta revista (NJW), por Thomas Würtenberger, sobre el problema de la responsabilidad penal por la sátira y la caricatura, en los que este último pedía

en términos a veces muy duros una mayor severidad de los jueces y Tribunales al juzgar el carácter delictivo o no de ciertas manifestaciones artísticas, catíricas o caricaturescas.

RENNER, Günter: «Asylanerkennung oder Abschiebung und Auslieferung bei Menschenrechtsverletzungen? (¿Reconocimiento del asilo o expulsión y extradición en casos de lesión de los derechos humanos?). Págs. 1257-1264.

LAUFS, Adolf: «Die Entwicklung des Arztrechts 1983/84» (El desarrollo del Derecho médico en 1983/84). Págs. 1383-1390.

Algunos de los problemas tratados en esta exposición guardan relación con el Derecho penal.

SIGEL, Walter: «Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht im Strafvollzug? (¿Limitación de la obligación médica de informar en la ejecución de la pena?). Págs. 1390-1391.

RANFT, Otfried: «Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? (¿Toma en consideración de condiciones hipotéticas en el delito imprudente de resultado?). Págs. 1425-1433.

El autor de este artículo, profesor en Bayreuth, pretende criticar la fórmula del «comportamiento alternativo conforme a Derecho», mediante la cual se busca excluir, en los delitos imprudentes de resultado, la imputación del resultado, en base a la pre o coexistencia —junto a la acción del autor— de otras condiciones de riesgo y resultado, pero que después no se realizan en concreto. Para Ranft, esta fórmula no ofrece una ayuda esclarecedora ni fiable para responder a la cuestión de si el resultado «se basa» en la lesión del deber de cuidado.

De la mano de una sentencia del BGH (BGHStr. 30, 228), en el ámbito de la causalidad, afirma el autor que, para saber si algo ha sido causal para un resultado, sólo ha de tenerse en cuenta lo que realmente ha sucedido para un resultado, sólo ha de tenerse en cuenta lo que realmente ha sucedido y no lo que hubiera ocurrido si hubieran actuado factores reales no realizados en el caso concreto. Pero si en el plano fáctico de la causalidad no es aceptable el proceder hipotéticamente, tampoco debe serlo, según Ranft, en el plano normativo-valorativo de la imputación objetiva. La imputación del resultado nunca debe excluirse por el hecho de que existiera un autor sustitutorio; esto es, un principio jurídico irrenunciable; el mandato de la norma no deja de existir respecto al bien protegido concreto por el hecho de que este bien ya corriera peligro.

Acudiendo a casos de la jurisprudencia alemana, no desconocidos por cierto en España (vid. Roxin, Claus: «Problemas básicos del Derecho penal», Madrid, 1976. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña), como el «caso del camión y el ciclista», el del «pelo de cabra», el de la «cocaína y novocaína», el del «farmacéutico», y otro caso más, que él llama del «pea-

tón», critica todos aquellos criterios de imputación del resultado que, en su opinión, parten de la especulación sobre qué hubiera pasado si el comportamiento del autor hubiera sido conforme a Derecho o al deber (de cuidado), entre los que incluye alguno, como el del «aumento del riesgo» de Roxin, que se dicen superadores de la fórmula hipotética del comportamiento conforme a Derecho.

Para Ranft, en caso de que concurran en el evento dañoso otros factores de riesgo distintos al representado por el autor, la imputación del resultado dependerá de si el peligro que se ha objetivado en el evento dañoso cae todavía dentro del ámbito regular de protección de la norma contra la que ha actuado el autor. Y, para saberlo, no es decisivo el cómo hubiera incluido el factor de riesgo en la situación hipotética de comportamiento conforme al deber del autor, sino más bien si el comportamiento contrario al deber fundamenta, también en el caso de no existencia del otro factor de riesgo operante, un peligro de aquella categoría de resultados en la cual se comprende el concreto resultado producido. Las condiciones hipotéticas de resultado o de riesgo, concluye, no limitan la posibilidad de evitación (del resultado) ni fáctica ni normativamente.

MIGUEL DÍAZ Y DÍAZ

Encargado de Curso de Derecho penal.
Universidad de León

REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA

THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY, DELINQUENCY AND DEVIANT SOCIAL BEHAVIOUR

Volumen 24, número 2, 1984

JENKINS, Philip: «Varieties of Enlightenment Criminology. Beccaria, Godwin, de Sade» (Variedades de Criminología ilustrada. Beccaria, Godwin, de Sade). Págs. 112-130.

Tal y como nos explica su autor en el pórtico del trabajo, «este artículo pretende una revisión fundamental de la naturaleza y complejidad de la Criminología Clásica y del papel pionero radical tradicionalmente asignado a Cesar Beccaria (1738-94)». Dicha revisión va a proponer, como alternativa a los postulados tradicionales, «que Beccaria fue una figura profundamente conservadora que intentó crear un sistema criminológico que eludiera las implicaciones peligrosamente revolucionarias y materialistas del pensamiento ilustrado. Cualquiera que fueran sus intenciones originales —continúa Jenkins—, el resultado de su trabajo fue la creación de un instrumento burocrático». Frente a esto, una Criminología «completamente revolucionaria» sí hubiera sido posible en aquellos momentos, tal y como «se demuestra por los amplios escritos del anarquista William Godwin (1756-1836) y del ateo libertino marqués de Sade (1740-1814)».

En cualquier caso, antes de entrar en profundidad en dicha «revisión», el autor de este interesante trabajo nos advierte que la importancia de Beccaria no se pone, en absoluto, en duda, ya que, la suya, «fue la primera explicación natural del delito», es decir, la primera que no trató de explicar el delito sobre la base del concepto del pecado o la demonología.

Tras hacer un detenido repaso a las bases del pensamiento ilustrado en torno a la moral y la religión, el delito y el castigo de éste, el autor, profesor de la Universidad de Pensilvania (EE. UU.), lleva a cabo un análisis de las fuentes del pensamiento de Beccaria. La conclusión a la que llega en este apartado es que su pensamiento no fue en absoluto original o, cuando menos, adolece de la originalidad que tradicionalmente se le asigna. Sus fuentes las sitúa Jenkins en autores como Montesquieu, Rousseau, Voltaire y Pietro Verri.

El apartado siguiente se destina al estudio de la influencia de Beccaria. Para este autor, la grandísima influencia de Beccaria se explica esencialmente por lo que de «mal menor» tenía. Frente al auténtico radicalismo del pensamiento racional el de Beccaria era un pensamiento asumible sin demasiados traumatismos.

La última parte del trabajo está destinada, en dos apartados diferentes, a estudiar el pensamiento criminológico de Gowin y del marqués de Sade.

SHAPLAND, Joanna: «Victims, the Criminal Justice System and Compensation» (Las víctimas, el sistema de justicia criminal y la indemnización). Páginas 131-149.

La preocupación por las víctimas de los delitos es un fenómeno relativamente reciente en el terreno de la justicia criminal. Aunque utilizado ya por los representantes de la Escuela Positiva italiana, el término «victimología», en su actual acepción, fue acuñado en una conferencia pronunciada en Bucarest por Benjamín Mendelsohn entendía que dicho concepto comprendía la victimización causada por la naturaleza, la sociedad, el suministro de energía, la motorización, por la propia víctima y por la criminalidad. En la práctica, hoy en día, dado que la mayoría de los «victimólogos» son a la vez criminólogos, el estudio se ha focalizado casi exclusivamente en las víctimas de los delitos (1).

Esta renovada preocupación, en algunos casos un tanto desorbitada (2),

(1) v. JOUTSEN, Matti: «The needs of victims and priorities in victim policy», Ponencia presentada al Curso sobre la Política Criminal de las Naciones Unidas, organizadas por el EUNI (The Helsinki Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations), Helsinki, 25-29 de marzo de 1985 (inérita), p. 1.

(2) Hasta el extremo de que ha habido un autor, Martin WRIGHT, en su obra *Making good. Prisons, punishment and beyond*, London, Burnett Books, 1982, que ha propuesto basar todo el sistema de justicia criminal en la indemnización a la víctima de los delitos, desterrando, por tanto, como fin de la pena la retribución o la prevención. Véase referencias en ROSAL BLASCO, Bernardo del: *Introducción, traducción y notas* a Stephan Jones, «El aplazamiento del fallo. Una valoración sobre diez años», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 23, 1984, pp. 283 ss.

ha adquirido unas dimensiones francamente importantes, hasta el punto que el 7.º Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, que se deberá celebrar en Milán en agosto-septiembre de 1985, ha incluido dentro de su agenda, como uno de los cinco temas ha considerar, el de las víctimas del delito. Tal inclusión, además, ha provocado, como parte del programa preparatorio del Congreso, un encuentro interregional, celebrado en Ottawa (Canadá), en julio de 1984, en el que se ha elaborado un proyecto de Declaración, con recomendaciones específicas para los diversos gobiernos, que será objeto de discusión y, en su caso, aprobación. por el 7.º Congreso (3).

El presente trabajo que ahora consideramos es una manifestación más de la amplísima bibliografía a que está dando ocasión el problema de las víctimas del delito en los últimos años. El estudio está hecho sobre bases empíricas, analizando y encuestando a 278 víctimas adultas de delitos violentos, producidos en dos áreas diferentes de las *Midlans* inglesas. Se realizó un seguimiento de las víctimas durante tres años y éstas fueron encuestadas entre dos y cuatro veces. La muestra incluía a víctimas de ambos sexos que lo habían sido de delitos consistentes en agresiones físicas, robos con violencia o intimidación y delitos sexuales.

Se analiza el problema de la denuncia policial y la respuesta de esta institución, desde el punto de vista de la satisfacción de la víctima, en todo el proceso de investigación y detención del culpable, e incluso la respuesta de la policía en la atención dada a la víctima. El mismo estudio se lleva a cabo con la fase judicial. Estos dos apartados, en los que además se ha puesto de manifiesto el papel trascendental que la víctima debe jugar en todo el proceso de justicia criminal, le conducen a la autora a sentar una premisa: es necesario un sistema de justicia criminal orientado más hacia las víctimas, de forma que se evite la paradoja de que el sistema de justicia criminal dependa tan fundamentalmente de las víctimas para la denuncia del delito y persecución del delincuente y para la aportación de pruebas ante el tribunal, pero, sin embargo, que no se valore en absoluto a la propia víctima.

En todo el trabajo, se van analizando, desde la perspectiva de la muestra del estudio, la necesidad sentida por las víctimas, los efectos que los delitos han tenido sobre ellas, concluyendo con una propuesta de cuatro puntos o niveles que se deberían tener en consideración para la construcción y formalización de un sistema más centrado en la víctima y más orientado en la indemnización y asistencia a las víctimas de los delitos.

(3) *Report of the Interregional Preparatory Meeting for the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders on Topic III: «Victims of Crime»*, Ottawa, Canadá, 9-13 July 1984, United Nations General Assembly, A/CONF.121/IPM/4, 10 September 1984.

DOUGLAS, Gillian: «Dealing with Prisoners' Grievances» (La resolución de las quejas de los reclusos). Págs. 150-167.

El presente artículo analiza los diversos procedimientos adoptados por las autoridades competentes para que el recluso pueda recurrir o elevar sus quejas frente a las decisiones adoptadas por las autoridades penitenciarias en el sistema de Inglaterra y Gales, Suecia y Dinamarca. Según explica su autor, «los dos países escandinavos se han elegido como punto de referencia en la comparación con el sistema inglés por ser un ejemplo de política criminal progresista, y también por que están llevando a cabo una considerable utilización de sus *ombudsmen* en la resolución de los recursos y quejas contra la administración penitenciaria».

En el estudio se van analizando diversos aspectos: en primer lugar, es el aspecto informativo el sometido a análisis, es decir, se van comparando las facilidades que los tres sistemas en estudio ofrecen para que el recluso se informe y para que él informe al mundo exterior de su situación. En segundo lugar, se verifican los mecanismos legales de recurso, tanto los establecidos dentro de la propia administración penitenciaria como los establecidos fuera de dicha administración penitenciaria como los establecidos fuera de dicha administración. Dentro de éstos, de los mecanismos externos, se hace una especial incidencia en la utilización del *ombudsmen*.

Finalmente, se extraen conclusiones y entre ellas resalta de forma inquietante lo insatisfactorio de los tres sistemas, tanto en los mecanismos internos de elevar quejas y recursos como en los externos.

LERMAN, Paul: «Policing Juveniles in London. Shifts in Guiding Discretion 1893-1968» (El control policial de los jóvenes en Londres. Variaciones en los criterios de discrecionalidad 1893-1968). Págs. 168-184.

El trabajo lleva a cabo un estudio de los diversos criterios de actuación que la policía metropolitana londinense ha llevado a cabo con los jóvenes desde el año 1893 hasta 1968, sometiéndose a análisis diversos aspectos de dicha actuación policial; así, por ejemplo, los criterios extralegales de la policía para efectuar detenciones de jóvenes infractores; las influencias coyunturales en el comportamiento policial; discriminación racial, etc.

KLEIN, Malcolm W.: «Offence Specialisation and Versality among Juveniles» (Especialización delictiva y versatilidad en los jóvenes). Págs. 185-194.

El presente artículo lleva a cabo una revisión sobre la certeza o incertidumbre de dos premisas mayoritariamente aceptadas, cuales son la especialización delictiva de los jóvenes y su progresión en la gravedad de los delitos cometidos, en lo que son descripciones, más o menos genéricas, de las características de la delincuencia. Premisas que han condicionado, desde el punto de vista teórico y práctico, el tratamiento de este tipo de delincuencia y las estrategias para combatirla.

THE HOWARD JOURNAL OF CRIMINAL JUSTICE

Volumen 23, número 2, 1984

ASHWORTH, Andrew: «Prosecution, Police and Public: A Guide to Good Gatekeeping?» (La persecución, la Policía y el Público: ¿una guía para una buena salvaguardia?). Págs. 65-87.

Este trabajo viene motivado por un proyecto gubernamental, con el que el Gobierno británico pretende introducir en el sistema penal inglés un significativo cambio, según el cual la policía tendrá en su poder la decisión de perseguir o no a un sujeto sobre el que pesan evidencias suficientes de que a cometido un delito, es decir, de que a ese sujeto se le forme o no una causa criminal, o de tomar sobre él alguna medida cautelar o, finalmente, de que no se tome ninguna medida con él.

En primer término, se analizan algunos de los problemas que se plantean en torno a la decisión de perseguir o no al sujeto, esto es, de formalizar un proceso judicial criminal o no. El problema, por supuesto, es inexistente en el sistema criminal español en el que la policía o el Ministerio Fiscal tiene la obligación legal de poner en conocimiento del poder judicial la posible comisión de un delito y, por supuesto, de poner al responsable a su disposición. En el trabajo se discuten los diversos argumentos, en favor y en contra, de un sistema de persecución potestativo u obligatorio. Los diversos argumentos hacen al autor de este trabajo decantarse por el sistema de persecución discrecional.

En cualquier caso, la discrecionalidad obliga a sentar una serie de principios inspiradores o criterios rectores para la no persecución, existentes, por otra parte, en los países que hacen uso de esta opción discrecional. Estos criterios rectores plantean su peculiar problemática y, por tanto, éste se analiza igualmente.

La segunda parte del trabajo está dedicada a las alternativas existentes para el proceso criminal. Es decir, si se ha decidido no perseguir al sujeto en vía de abrirles un proceso criminal formal, cuál es la alternativa a este proceso. Son diversas las alternativas que el autor expone y considera, tratando de exponer los criterios de respuesta que las autoridades gubernativas deben ofrecer en función de la gravedad de los delitos.

BALDWIN, John y LENG, Roger: «Police Powers and the Citizen» (Los poderes policiales y el ciudadano). Págs. 88-98.

El artículo que pasamos ahora a considerar está dedicado a analizar un proyecto de ley o *act (Bill)*, concretamente el *Police and Criminal Evidence Bill*, con el que se pretende resolver determinadas incertidumbres en relación a los poderes de la policía para arrestar, interrogar, entrar y registrar a la búsqueda pruebas, etc., y los derechos de los ciudadanos a recibir la oportuna asistencia letrada, así como a los sistemas y métodos de evitar el abuso de autoridad en el ejercicio de tales poderes policiales.

ALLAT, Patricia: «Residencial Security: Containment and Displacement of Burglary» (La seguridad en las viviendas: la contención y el desplazamiento en los robos con fuerza en las cosas). Págs. 99-116.

El trabajo se orienta al estudio de las causas del incremento de los robos con fuerza en las cosas llevados a cabo en los barrios residenciales, la forma de control de tales aumentos, tomadas tanto por la policía como por las autoridades estatales y por los propios vecinos y el efecto de desplazamiento que esas medidas, tomadas en sectores o zonas determinadas, causan hacia otras áreas.

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

Departamento de Derecho Penal de la
Universidad Complutense de Madrid

SUIZA

SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT

(Revue Penale Suisse/Rivista Penale Svizzera)

Fascículo 2, 1984

SCHULT, Hans: «Zur Revision des Strafgesetzbuches vom. 9. Oktober 1981: Gewaltsverbrechen» (Acerca de la revisión del Código penal de 9 de octubre de 1981: delitos violentos), pp. 113-140.

En este artículo examina detenidamente el profesor Schultz el alcance de las modificaciones que, con la finalidad de lograr una represión más eficaz de determinadas formas de criminalidad violenta, fueron introducidas en el Código penal suizo por la ley de 9 de octubre de 1981. Especial atención se presta a las nuevas cualificaciones de los delitos de *robo* y de *hurto* —parte de armas de fuego durante la comisión, particular peligrosidad del autor y creación de un peligro concreto para la víctima (del robo)— a la reestructuración de ciertos delitos contra la libertad —*detenciones ilegales*, *rapto* y *toma de rehenes*— y a la incriminación de los *actos preparatorios* para la comisión de los delitos de asesinato, homicidio doloso, lesiones graves, robo, detenciones ilegales, rapto, toma de rehenes e incendio.

KRAFFT, Mathias: «Les privilèges et immunités diplomatiques en droit international - Leurs conséquences pour l'instruction pénale) (Los privilegios e inmunidades diplomáticos en el Derecho Internacional - Sus consecuencias para la instrucción penal), pp. 141-151.

Tras una breve introducción en la que se da cuenta, entre otras cuestiones, del fundamento de los privilegios e inmunidades diplomáticas, el autor estudia las disposiciones sobre inviolabilidad personal y de domicilio y sobre

la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos recogidas en los artículos 29, 30 y 31 del Convenio de Viena sobre las relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 y sus repercusiones en el Derecho interno suizo. Por último, se recuerdan los procedimientos existentes para evitar los abusos que, del particular estatuto que se les reconoce, pudieran realizar tales agentes.

JOSET, Pierre: «Drogenpolitik durch Gesetz und Strafe? (¿Una política sobre las drogas por medio de la ley y de la pena?), pp. 152-166.

Como el propio título de este artículo indica, en él se trata de indagar la oportunidad y la eficacia del recurso a la ley penal para erradicar o, al menos, reducir sustancialmente el tráfico y el consumo de drogas. Para ello se toma como punto de partida el análisis de los efectos producidos en Suiza por la severa política de criminalización emprendida con la entrada en vigor de la Ley de estupefacientes (*Betäubungsmittelgesetz*) de 1975 que, frente a la contención característica de la legislación anterior, vino a elevar a la categoría de delito el simple consumo, a describir exhaustivamente las conductas punibles, a sancionar los actos preparatorios, a renunciar a la distinción entre drogas duras y blandas y a establecer, para los casos más graves, marcos penales análogos a los de los delitos contra la vida (prisión de hasta veinte años). Los costes sociales de esta política de prohibición (desplazamiento de un grupo completo de la población, el de los jóvenes drogadictos, hacia una subcultura criminal, aumento de la delincuencia patrimonial, intervención creciente del mercado negro por mafias internacionales, fallecimientos y enfermedades de drogadictos que apenas tendrían lugar sin la criminalización, entre otros) son, a juicio de Joset, enormes y obligarían a cuestionarse si no se está pagando un precio excesivamente elevado por su mantenimiento.

Sin embargo, entiende Joset que no basta con señalar los perjuicios ocasionados por la política de prohibición por suponer sin más que haya fracasado como ocurriera en el caso del alcohol. Sería preciso tomar también en consideración, en una especie de ponderación de bienes, si no pesan más las ventajas que de la actual estrategia hayan podido extraerse. Con ella se pretendía la intimidación de los potenciales traficantes y consumidores para, de ese modo, conseguir una disminución de la disponibilidad de la droga. Aunque las estadísticas policiales ponen de manifiesto que el consumo de drogas crece de forma continua, sería precipitado deducir de ese dato que la prohibición ha resultado ineficaz, pues cabe la hipótesis de que sin criminalización el consumo y el tráfico se hallarían aun más extendidos. Sin embargo, ese temido crecimiento del consumo que había de producirse en el caso de un debilitamiento de la política de prohibición no ha sido demostrado científicamente de forma concluyente, pues las investigaciones empíricas efectuadas conducen a los más diversos resultados. Ante una situación semejante, un Estado liberal debería regirse, en opinión de Joset, por el principio «*in dubio pro libertate*» y prescindir, por tanto, de la conminación penal.

No se conforma Joset, sin embargo, con fundamentar su propio punto de vista de forma negativa, sino que lo refuerza con consideraciones relacionadas con la teoría acerca de los fines de la pena. Este autor es de la opinión de que las teorías de la prevención apenas podrían ser tomadas en serio en este sector de la criminalidad, lo que le parece particularmente evidente en lo que respecta a la prevención especial. Más dudosa se presentaría la cuestión en lo referente a la prevención general (negativa) o intimidación. La teoría de la intimidación afirma que el autor potencial se abstiene de delinquir porque la pena conminada se impone en la valoración del sujeto, a las ventajas que del hecho pretendía obtener. La prevención general intimidatoria se basa, por tanto, en la suposición de que a la criminalidad subyace un comportamiento racional, esto es, calculador. En el caso de las drogas sería preciso distinguir entre grupos de sujetos. En este ámbito sólo podría proclamarse ese carácter racional del consumidor primario y del simple traficante, pero no de los adictos al consumo de las drogas, pues la adicción o, mejor, la dependencia suponen ya conceptualmente la falta de una orientación racional de la propia conducta. No obstante, se podría sostener aparentemente que la intimidación del consumidor primario sería razonable desde este punto de vista. Lo cierto es, sin embargo, que el efecto intimidatorio de la pena no depende tanto de su gravedad como del riesgo de descubrimiento y precisamente este riesgo no es en ningún otro sector de la delincuencia más reducido que en el caso del consumo de drogas. Tampoco, desde el punto de vista de la prevención general positiva se tiene, pues, en pie, según Joset, la punición del simple consumo.

Queda sólo por investigar el efecto intimidatorio que la pena puede producir frente a los traficantes. Si concurre en ellos además la condición de adictos, como sucede en dos tercios de los detenidos, debe tenerse presente que a ellos no se les ofrece realmente la opción entre legalidad o ilegalidad (un adicto a los opiáceos no puede atender legalmente a sus necesidades), sino entre delincuencia patrimonial y tráfico. Si en Suiza la mayor parte de los adictos se inclina finalmente por esta última posibilidad, ello no se debe —advierte irónicamente Joset— a su condición de suizos, sino a que no todo el mundo vale para ejecutar hurtos violentos, robos o estafas de crédito.

La cuestión sólo se plantearía con tintes diversos en relación con los delincuentes calculadores por excelencia: los traficantes no consumidores. Sin embargo, también aquí la eficacia intimidatoria de la pena sería escasa, pues ella se enfrentan, según Joset, las propias leyes del mercado: las perspectivas de ganancia por tráfico ilegal de drogas son tan elevadas, a causa de la prohibición, que el riesgo, relativamente reducido de descubrimiento y de efectiva sanción es introducido en el propio cálculo de rentabilidad. Por otra parte, el riesgo es tanto menor, cuanto más alto es el status del delincuente y cuanto más diferenciado se encuentra el grado de la organización. La demanda de los adictos a las drogas es además, por razones evidentes, totalmente inelástica, por lo que un éxito parcial en la lucha contra el tráfico de la heroína, al traducirse en un aumento de los precios del mercado, conduce por una parte a que los compradores se esfuercen en conseguir los medios económicos necesarios por medio del tráfico en el patio de la es-

cuela, la prostitución o los delitos patrimoniales y, por otra, a la sustitución de los traficantes que se desenvuelven con mayores dificultades, los suministradores nacionales, por competidores extranjeros, en mejores condiciones para eludir la acción de la justicia.

A la vista de todo ello, concluye Joset, debe ensayarse una política de despenalización gradual que habría de comenzar por dejar fuera del ámbito de lo punible el simple consumo.

AUBERT, Maurice: «*Quelques aspects de la portée du secret bancaire en droit pénal interne et dans l'entraide judiciaire internationale*» (*Algunos aspectos del alcance del secreto bancario en Derecho penal interno y en la asistencia judicial internacional*), pp. 167-184.

Tras una breve exposición de los preceptos en los que se establece la obligación de mantener el secreto bancario y, en especial, del artículo 47 de la *Ley sobre los bancos*, donde se tipifica su violación, dolosa o imprudente, como delito y se sanciona también penalmente la tentativa de inducción a tal hecho, el autor reflexiona sobre algunos problemas que no se encuentran claramente resueltos por la legislación suiza en la materia. Se ocupa Aubert, en primer término, de la cuestión de si son perseguibles en Suiza las violaciones del secreto bancario cometidas en el extranjero, lo que parece inviable si, como ha hecho recientemente la Corte de Casación Suiza en un caso de bigamia, se acoge el punto de vista del profesor Schultz, según el cual por resultado, a los efectos de la aplicación del artículo 7 del Código penal suizo, donde se recoge el principio de ubicuidad, sólo debe entenderse la modificación del mundo exterior característica de los delitos materiales, entre los que sin duda no se cuenta el de violación del secreto bancario. Más brevemente se examinan a continuación las cautelas que deben adoptarse para proteger, en los casos en que un banquero se ve legalmente obligado a prestar testimonio ante los tribunales de justicia, el derecho a la intimidad de terceras personas no afectadas por la persecución penal. También analiza Aubert los problemas específicos que plantea el mantenimiento del secreto bancario en el marco de un grupo de sociedades, proponiendo limitar su alcance a fin de que las bancas filiales radicadas en Suiza puedan suministrar informaciones pertinentes sobre sus clientes a sus casas matrices en el extranjero. Asimismo se pone de relieve la importancia que adquieren, en los casos en que de acuerdo con la legislación federal o cantonal se levanta el secreto bancario, los «Convenios de diligencia» suscritos en 1977 y 1982 por los bancos, la Asociación Suiza de Banqueros y la Banca Nacional Suiza para garantizar que la identidad de los clientes sea conocida por los bancos y abstenerse de prestar cualquier asistencia activa a la fuga de capitales o al fraude fiscal: en virtud de ellos, si un banquero es interrogado por un juez, a causa de un proceso penal incoado en Suiza, o por comisión rogatoria, a consecuencia de una petición de asistencia judicial internacional, no podrá alegar un desconocimiento del origen de los fondos o de la identidad de sus clientes. El alcance del secreto bancario en materia fiscal presenta algunas peculiaridades que también son tomadas en consideración por Aubert. En Suiza existen dos tipos de infracciones fiscales. De un lado se encuentra

la sustracción del impuesto, consistente en la omisión por parte del contribuyente de mencionar ciertos ingresos o elementos de su fortuna en su declaración fiscal. El procedimiento para la imposición de las correspondientes sanciones es de carácter administrativo, no estando la Administración fiscal autorizada a solicitar directamente a los bancos la información. De otro se encuentran el fraude y la estafa fiscal, teniendo aquí el procedimiento un carácter penal. por lo que el juez tiene el derecho de obtener directamente la información de los bancos. El fraude fiscal consiste en la remisión de documentos (facturas, contabilidades o balances falsos) con el fin de eludir el impuesto. La estafa fiscal se comete cuando la actitud astuta del autor haya tenido como consecuencia la sustracción a los poderes públicos de un monto que represente una contribución. La Ley federal sobre asistencia judicial internacional en materia penal contiene en su artículo 3, párrafo 3.º, una disposición que admite tal asistencia en los casos de estafa fiscal, existiendo ciertas dudas en la doctrina suiza sobre si ha de tratarse de infracciones cualificadas por el uso de documentos falsos (fraude fiscal) o había de concederse también la asistencia cuando el autor actúe simplemente con astucia. Seguidamente se da cuenta de la laguna existente en el Derecho suizo, al no castigar penalmente la utilización abusiva de informaciones confidenciales con ánimo de lucro. Por último, Aubert examina las modificaciones que se pretenden introducir en la Ley sobre los Bancos en el sentido de dejar impunes la violación imprudente del secreto bancario y la tentativa de inducción cuando el delito no se haya ejecutado, considerándolas inoportunas.

MAAG, Félix y MUGGLER-BICKEL, Jennifer: «Todesfälle im Gefängnis» (Fallecimientos en la prisión), pp. 185-207.

En este trabajo son analizados 42 fallecimientos acaecidos en las prisiones de la ciudad y el cantón de Zurich entre 1971 y 1980 y comparados con los ocurridos entre 1950 y 1970 (objetos de anteriores estudios), en atención a sus causas (suicidio en 36 casos) y a la edad, sexo, estado civil, profesión y status social del recluso: también se toman en consideración sus antecedentes penales y los motivos del suicidio.

Como resultados de esta investigación pueden citarse los siguientes: la muerte por ahorcamiento continúa siendo en el período examinado la forma más usual de suicidio, se advierte un notable crecimiento del suicidio por envenenamiento. El motivo principal de la reclusión sigue siendo la comisión de delitos patrimoniales, pero entre 1971 y 1980 son también numerosos los suicidios entre detenidos o presos por infracciones a la Ley de estupefacientes. La mayor parte de los suicidios se producen en el curso de la prisión provisional, mientras que los fallecimientos por causas naturales tuvieron lugar exclusiva (en el período 1950-70) o mayoritariamente (en el período 1971-80) durante la prisión definitiva.

En un capítulo aparte se discuten las posibilidades de profilaxis de fallecimiento en prisión.

Fascículo 3, 1984

STRATENWERTH, Günther: «Willensfreiheit-eine staatsnotwendige Fiktion?»
(El libre albedrío —¿una ficción necesaria para el Estado?—, pp. 225-241.

En estas páginas se reproduce el texto de una conferencia pronunciada por el autor en febrero de 1983 en el marco de un coloquio de Historia de la Ciencia celebrado en Zurich sobre el tema «Los siete enigmas del mundo. Desde Du Bois-Reymond hasta la actualidad». El séptimo y último de esos enigmas hacía referencia al libre albedrío: para Du Bois-Reymond existía una contradicción insoluble entre la concepción mecanicista del mundo por el mismo defendida y la exigencia de una ética que no puede basarse en la idea, intolerable incluso para el más decidido determinista, de que la entera existencia del hombre es una *fable convenue* en la que sólo una necesidad mecánica reparte a unos el papel del criminal y a otros el del juez. El propósito de Stratenwerth no estriba en examinar hasta qué punto es determinista la imagen del mundo que nos suministra actualmente la ciencia; tampoco en introducirse en la discusión filosófica sobre el problema del libre albedrío. Más bien, toma como punto de partida un problema estrictamente jurídico, la existencia de la pena como una reacción tan rigurosa frente a la conducta socialmente desviada que se encuentra necesitada de una específica legitimación. El objeto de las consideraciones de Stratenwerth, es pues la forma en que la Ciencia jurídico-penal se ha enfrentado durante los últimos cien años con la cuestión de bajo qué presupuestos y dentro de qué límites se puede hacer a un hombre responsable de sus actos, cuestión ésta con la que se encuentra relacionada la del libre albedrío.

En el desarrollo de su exposición examina Stratenwerth el proceso de cambio que comienza a experimentar el Derecho penal hacia 1880 como consecuencia de la recepción del pensamiento científico natural imperante en la época. Frente a la «Escuela clásica» basada en el principio fundamental de la ética de Kant de que el hombre es un ser racional que no puede ser utilizado como un medio para el logro de fines a él trascendentes, se va a alzar entonces el punto de vista opuesto, defendido por von Liszt y los partidarios de su «Escuela moderna», según el cual no queda para el Derecho penal otra base posible que la del determinismo. Este cambio de perspectiva habría de producir importantes consecuencias para la imputación jurídico-penal: como el propio von Liszt había señalado, esa concepción determinista obligaría a entender superado el concepto de culpabilidad, inseparable del libre albedrío, y con ello la idea de retribución. Los críticos de la dirección moderna pudieron demostrar entonces con facilidad que lo que, en principio, se presentaba como una liberación del lastre metafísico impuesto al Derecho penal habría de conducir consecuentemente a la liquidación, en última instancia, del Derecho penal mismo y a su sustitución por otras medidas de protección social. Para no extraer esa última consecuencia era preciso incurrir en una contradicción interna, como hizo Kohlrausch en 1910 al considerar inimaginable el libre albedrío y partir, no obstante de él, convertido en una «ficción necesaria para el Estado», con la finalidad de salvar la existencia del Derecho penal. Con ello los juristas llegaron, en opinión de Stratenwerth, al mismo punto en que se encontraba Du Bois-Reymond treinta años antes.

En cuanto al estado actual de la cuestión se aprecia, según Stratenwerth, el predominio de una suerte de agnosticismo, del que sería paradigmática la posición de Jescheck: en lugar de efectuar para determinar la culpabilidad un juicio acerca de la posibilidad individual de actuar de otro modo, inviable en la práctica forense, se propone un juicio en el que se cuestiona lo que hubiera podido hacer un hombre medio colocado en la situación del autor. De aquí al intento recientemente emprendido por Jakobs de solucionar el problema con los medios de la teoría de sistemas sólo habría, según Stratenwerth, un paso: el reproche de culpabilidad no se basaría en el pensamiento del libre albedrío, sino que habría de interpretarse meramente como el producto de una atribución. Ese reproche significaría entonces únicamente que para la estabilización del sistema social se considera necesario imputar los costes del conflicto al individuo que se comporta de forma desviada. La quintaesencia del Derecho penal se encontraría así, como señalara Kohlrausch, en el sacrificio del autor en aras del bienestar social.

La cuestión del libre albedrío ha quedado desplazada en los últimos tiempos a un segundo plano, según Stratenwerth, porque hoy no se trata tanto de justificar el reproche jurídico-penal de culpabilidad ni la idea de retribución, sino, más bien, de determinar el sentido que haya de tener la pena para quien la sufre. En este contexto también se somete a discusión la libertad individual, pero de un modo diferente a como se ha planteado la polémica entre determinismo e indeterminismo. Un repaso de la reciente historia del Derecho penal podría arrojar luz sobre el significado de este cambio de perspectiva.

La «Escuela moderna», de Franz von Liszt, sólo tenía un interés secundario por las reglas de la imputación jurídico-penal que según la concepción tradicional suponía el libre albedrío. Para ella el problema fundamental era el de decidir cómo habría de procederse contra los infractores del Derecho para evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. En esta línea, los reformadores propusieron entre otras cosas la supresión de las penas privativas de libertad de corta duración, la sustitución de la pena por medidas educativas respecto de niños y jóvenes y la «inocuidación» de los llamados delincuentes habituales incorregibles mediante su reclusión perpetua, concebida von Liszt como «servidumbre penal» con la más estricta coacción al trabajo y el mejor aprovechamiento posible de la fuerza laboral». Esta última propuesta hacía temer lo que podría suponer adaptar el Derecho penal a la idea de provecho social. La demostración práctica vino a suministrarla la introducción en noviembre de 1933 y en nombre del «espíritu del nuevo Estado» de una serie de disposiciones que coincidían sustancialmente con las propuestas de la «Escuela moderna». La reacción frente al Estado nacionalsocialista condujo a partir de 1945 a buscar la legitimación de la pena no sólo en el beneficio social, sino ante todo en la culpabilidad del autor. La restauración de la noción del libre albedrío no significó, en opinión de Stratenwerth, un simple retroceso a las posiciones del pasado: si el libre albedrío constituye una ficción se trata de una ficción necesaria para proteger al individuo *contra el Estado*. Este sería el significado último de la fórmula, acogida por la propia Constitución alemana, según la cual la pena no puede exceder de la medida de la culpabilidad del autor por

el hecho. Al mismo tiempo se asiste a una nueva orientación del Derecho penal que implica una actitud esencialmente distinta en relación con la cuestión del libre albedrío. La idea, latente en el pensamiento de la resocialización, de que una persona puede necesitar auxilio para no volver a entrar en conflicto con la ley penal supone de hecho un reconocimiento de la falta de libertad en su actuación. El libre albedrío ha dejado, pues, de constituir un presupuesto abstracto que justifique el ejercicio de la retribución, abandonando después al sujeto a su destino, para pasar a ser un fin al que se debe dirigir la intervención jurídico-penal para remover aquellos obstáculos que se opongan a la posibilidad del sujeto de actuar de conformidad con el Ordenamiento.

FORSTER, Marc: «Positionen der schweizerischen Lehre in der Diskussion um die Straftheorien. Versuch einer Integration» (Posiciones de la doctrina suiza en la discusión en torno a las teorías sobre la pena. Intento de una integración), pp. 242-263.

El autor inicia sus consideraciones señalando los diferentes planos en que se mueve la argumentación de las diversas teorías, lo que vendría a dificultar seriamente la comparación de unas con otras. En este contexto examina Forster el problema del libre albedrío. Dado que esta cuestión no puede ser resuelta inequívocamente ni a favor ni en contra de la libertad de obrar del individuo, sólo cabrían otras dos posibilidades: considerar inaceptable un Derecho penal indeterminista basado en la culpabilidad o entender como algo irrenunciable la idea de culpabilidad, pese a las dificultades existentes para su fundamentación. Para Forster, ello obliga en definitiva a tomar posición ante un problema valorativo; en el conflicto entre el interés social en afirmar el orden jurídico y el interés individual del autor del delito en que se respeten ciertas garantías es preciso decidir si se da primacía al primero, a causa de la inconsistencia empírica del principio de culpabilidad, o al segundo, tomando como base una libertad que no puede ser demostrada. Aquella divergencia de planos de argumentación se manifestaría con especial agudeza cuando se contraponen la perspectiva racional de las teorías relativas con el punto de vista trascendente de las teorías absolutas: así la cuestión de en qué modo puede legitimarse la institución de la pena mediante el juego de las ideas de justicia y de conformidad con los postulados del Estado de Derecho no podría situarse al mismo nivel que la búsqueda político-criminal de una configuración adecuada a fines preventivos del Derecho penal entendido como una amarga necesidad. Por ello no sería procedente oponer retribución y resocialización, por ejemplo, como posibles fines a cumplir por la pena.

Para lograr una integración de las distintas posiciones propone Forster diferenciar función, fin y concreta configuración de la pena. Si se quiere establecer en qué consiste la *función* del Derecho penal, sería necesario responder a la pregunta: ¿qué es fácticamente la pena? Desde esta perspectiva la pena puede constituir una instancia de control social institucionalizada y formalizada por el Estado, con independencia de cualquier finalidad preventiva, para desplazar el funcionamiento de otros controles socia-

les no formalizados (por ejemplo la venganza privada). Donde el Estado organiza tal instancia de control puede intentar conseguir con ello, sin embargo, determinados *fin*es político-criminales. La forma en que el Estado organiza el Derecho penal para alcanzar esos fines es una cuestión relativa a la *configuración* de la pena.

Con las posibilidades que esta diferenciación le ofrece, analiza Forster a continuación las relaciones que existen entre los variados puntos de vista expuestos por la más reciente doctrina suiza acerca de la pena e intenta aproximarlos entre sí, preocupándose más de señalar sus afinidades que de resaltar sus divergencias. En particular se hace referencia a la concepción preventiva de Noll, a la teoría de la sustitución de la venganza (*Racheersatztheorie*) de Trechsel y a las concepciones intermedias de Schultz y de Stratenwerth.

Von WERRA, Raphael: «Zu Begriff und Grundlagen der tatsächlichen Feststellung im Sinne von BStrP Art. 277 bis Abs. 1 Satz 2» (Acerca del concepto y los fundamentos de la fijación de los hechos probados en el sentido del artículo 277 bis, párrafo 1.º, inciso segundo de la Ley federal de Enjuiciamiento Criminal), pp. 264-279.

En este artículo se examinan el sentido e implicaciones de lo dispuesto en el artículo 277 bis, párrafo 1.º, inciso 2.º BStrP, que establece la vinculación del Tribunal de Casación a los hechos declarados probados por los tribunales cantonales, situación correspondiente a la establecida en los artículos 849, 1.º, y 884, 3.º, de nuestra L. E. Crim. Con tal propósito se profundiza en el concepto y contenido de la declaración de hechos probados y se analizan los fundamentos o fuentes de conocimiento de los que el juez de instancia puede extraer su convicción (propio conocimiento, valoración de la prueba y reglas de experiencia).

PETITPIERRE, Anne: «Portée et limite du droit pénal dans la protection de l'environnement» (Alcance y límites del Derecho penal en la protección del medio ambiente), pp. 280-296.

Entre las numerosas disposiciones penales del Derecho suizo que tienen de forma directa o indirecta a proteger el medio ambiente la autora de este trabajo selecciona aquellas que tutelan el entorno o ciertos elementos del mismo por su valor intrínseco y no simplemente como medio para defender los bienes o la salud de las personas. Una vez examinados el alcande de tales preceptos se analizan algunos problemas particulares de su aplicación: las dificultades existentes para la definición exacta del concepto de ataque al medio ambiente y la tendencia a la introducción de tipos de peligro; los obstáculos probatorios que se oponen a la determinación de los sujetos responsables de la infracción, especialmente cuando se trata de actos colectivos de degradación del entorno; y el eventual influjo que pueden ejercer las autorizaciones administrativas como causa de justificación de las actividades productoras de polución. Finalmente, se enumeran algunos de los motivos que permiten explicar la escasa eficacia de la represión penal en esta materia.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXVIII

AÑO 1985

Páginas

TOMO XXXVIII - FASCICULO I - ENERO-ABRIL

SECCION DOCTRINAL

| | |
|--|----|
| <i>Don José Antón Oneca, Magistrado del Tribunal Supremo, por Fernando Díaz Palos</i> | 5 |
| <i>Injerencia y artículo 489 bis, 3.º CP., por Susana Huerta Tocildo</i> | 37 |
| <i>El uso ilícito del transporte, por el Prof. Dr. Enrique Mapelli</i> | 60 |

CRONICAS EXTRANJERAS

| | |
|---|----|
| <i>La Ley Penal Militar Alemana de 1974, Comentarios y notas, por Eduardo Calderón Susin</i> | 87 |
|---|----|

SECCION LEGISLATIVA

| | |
|---|-----|
| Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar | 111 |
| Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal en correlación con el Código Penal Militar | 181 |
| Proposición de Ley Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto de Modificación del Artículo 204 bis del Código Penal | 185 |

CIRCULARES Y CONSULTAS

| | |
|--|-----|
| Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado. | 189 |
|--|-----|

SECCION DE JURISPRUDENCIA

| | |
|---|-----|
| Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig | 193 |
| Jurisprudencia penal, por Luis Felipe Ruiz Antón | 207 |
| La doctrina del Tribunal Supremo sobre la falta de ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social retenidas por el empresario, ¿es apropiación indebida?, por Luis María Delgado López | 229 |

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

| | |
|----------------------------|-----|
| Revista de libros | 243 |
| Revista de revistas | 254 |

INDICE

Páginas

SECCION DOCTRINAL

| | |
|--|----|
| <i>Don José Antón Oneca, Magistrado del Tribunal Supremo, por Fernando Díaz Palos</i> | 5 |
| <i>Injerencia y artículo 489 bis, 3.º CP., por Susana Huerta Tocildo</i> | 37 |
| <i>El uso ilícito del transporte, por el Prof. Dr. Enrique Mapelli</i> | 60 |

CRONICAS EXTRANJERAS

| | |
|---|----|
| <i>La Ley Penal Militar Alemana de 1974, Comentarios y notas, por Eduardo Calderón Susin</i> | 87 |
|---|----|

SECCION LEGISLATIVA

| | |
|---|-----|
| Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar | 111 |
| Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal en correlación con el Código Penal Militar | 181 |
| Proposición de Ley Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto de Modificación del Artículo 204 bis del Código Penal | 185 |

CIRCULARES Y CONSULTAS

| | |
|--|-----|
| Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado. | 189 |
|--|-----|

SECCION DE JURISPRUDENCIA

| | |
|---|-----|
| Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig | 193 |
| Jurisprudencia penal, por Luis Felipe Ruiz Antón | 207 |
| La doctrina del Tribunal Supremo sobre la falta de ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social retenidas por el empresario, ¿es apropiación indebida?, por Luis María Delgado López | 229 |

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

| | |
|----------------------------|-----|
| Revista de libros | 243 |
| Revista de revistas | 254 |

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

1. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. Antonio HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. Juan DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

AVISO IMPORTANTE

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, fascículo II del año 1958, fascículo I del año 1957, fascículo III del año 1961, fascículos I y II del año 1964, fascículo III del año 1965 y fascículo II del año 1966.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 429 25 51, Madrid-28014.

**NUEVO TELEFONO DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

TEL. 429 25 51

Suscripción anual: España, 3.700 pesetas

Extranjero, 4.100 pesetas

Número suelto: España, 1.500 pesetas

Extranjero, 1.900 pesetas