

ANUARIO DE DERECHO PENAL

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 170 ptas. Extranjero, 275.

Precio del fascículo suelto: España, 80 ptas. Extranjero, 100 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-diciembre 1963.

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

CORRESPONDENCIA

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

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

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 XVII
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXIV**

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

Depósito Legal, M. 126.—1958

SECCION DOCTRINAL

El hurto famélico o necesario

P. JULIAN PEREDA

Profesor de la Universidad de Deusto

Hace treinta y seis años, cuando era aún discípulo de JIMÉNEZ DE ASÚA, escribí, como trabajo de clase, mi primer artículo en materia penal sobre el hurto famélico (1). Dada la importancia de la materia, su íntima relación con los principios más fundamentales del Derecho penal y el nuevo desarrollo y mayor destaque de ciertos principios sociales, me ha parecido oportuno y actualísimo ampliar mucho y precisar lo que entonces decíamos y que no dejó de impresionar en algunos sectores.

Me impulsa también el constante insistir de los Romanos Pontífices, que en sus profundos estudios alrededor del Derecho de propiedad, no han perdido ocasión de insinuar los principios y la razón potísima que fundamenta este derecho del hambriento.

En su alocución del 1.º de junio de 1941, en el quincuagésimo aniversario de la encíclica *Rerum Novarum*, decía Pío XII (2):

“Todo hombre, por ser viviente, tiene efectivamente el derecho natural fundamental de usar de los bienes materiales de la tierra, quedando, eso sí, a la voluntad humana y a las formas jurídicas de los pueblos el regular más particularmente la actuación práctica. Este derecho individual no puede suprimirse en modo alguno, ni aún por otros derechos ciertos y pacíficos sobre los bienes materiales. Sin duda el orden natural, que deriva de Dios, requiere también la propiedad privada y el libre comercio mutuo de bienes con cambios y donativos... Todavía todo esto queda subordinado al fin natural de los bienes materiales y no podría hacerse independiente del derecho primero y fundamental que a todos concede el uso, sino más bien ayudar a hacer posible la actuación en conformidad con su fin.”

Muy bien indicado que no puede haber derecho alguno sobre el derecho divino, ni sobre el fin que asigna a los bienes materiales con relación a las necesidades del hombre, como lo veremos ampliamente expuesto por nuestros clásicos.

En el mismo pensar insiste JUAN XXIII en la tan celebrada encíclica *Mater et Magistra*.

“Es cierto —dice— que el derecho de propiedad privada

(1) PEREDA, Julián, *El hurto famélico*, R. F., 70, 1928, p. 106-120.

(2) BAC, *Doctrina Pontificia. Documentos sociales*, Madrid, 1959, p. 956.
VILA CREUS, *Sociología Pontificia*, Barcelona, 1962, p. 211.

sobre los bienes se basa en el propio derecho natural, pero según el orden establecido por Dios, el derecho de propiedad privada no puede en manera alguna constituir un obstáculo para que sea satisfecha la indestructible exigencia de que los bienes creados por Dios para provecho de todos los hombres lleguen con equidad a todos de acuerdo con los principios de la justicia y de la caridad.”

Comenta RUIZ JIMÉNEZ la encíclica *Mater et Magistra* y dice, con referencia a nuestro punto de vista (3): “en todo caso, aun en los regímenes de propiedad dividida, subyace la comunidad natural de bienes, que se trasluce de modo apremiante con exigencias de estricta justicia, en la situación de extrema necesidad de algún hombre, porque entonces todas las cosas se hacen comunes.”

Por cierto que JIMÉNEZ DE ASÚA, en su verdadera y magnífica enciclopedia penal publicada en Buenos Aires, dice (4) que esta teoría de la comunidad de los bienes, tan pujante en nuestros clásicos, se halla hoy recluida en los conventos. Hay en ello no poco de verdad en cuanto a la materialidad de las palabras de la tal teoría, pero la razón que en ella late, queda firme y más fuerte, honda y mejor razonada que la que hoy nos dan los grandes penalistas, como lo iremos viendo; mas aun la misma forma de expresión la vemos hoy en el preclaro profesor de la Universidad Central de Madrid, MARIANO RUIZ JIMÉNEZ.

Qué pensaron nuestros clásicos

Entrando ya en el objeto de nuestro estudio directamente, o sea, en el parecer y examen de nuestros grandes clásicos, que en tantas materias, no sólo teológicas y morales, sino también jurídicas, han puesto como nadie los pilares básicos que resisten el embate de los siglos, diremos que esta materia del hurto famélico, o mejor del hurto necesario o justificado, pues lo amplían a las necesidades fundamentales del vivir, lo estudian en muy distintos sitios, aunque lo más general es en el tratado de *Eleemosyna*, o en el de *Restitutio* y en los de *Iustitia et jure* al considerar el hurto. No es frecuente que estudien específicamente el hurto famélico, máxime en su aspecto jurídico, como lo hacen LUGO, los SALMANTICENSIS, etc., pero todos desenvuelven con amplitud la materia. Hasta 17 columnas en folio de letra muy metida le dedica LUGO.

Aunque más se relaciona con la obligación de dar la limosna, me parece muy útil sin embargo, y tal vez necesario, ver las clases de bienes que establecen y los grados de necesidad de los indigentes para que urja en el rico la obligación de socorrerles, y el posible derecho del hambriento para apropiárselos, si no hay otro remedio.

(3) BAC, *Comentarios a la Mater et Magistra*, Madrid, 1962, p. 389.

(4) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 454.

Clases de bienes

Distinguen todos ellos entre bienes necesarios y bienes superfluos, y los necesarios los dividen en necesarios "*naturae*" y necesarios "*statui*".

Llaman necesarios "*naturae*" (5) a los que son imprescindibles para la vida propia y de los suyos, y necesarios "*statui*" a los precisos para mantener el rango o altura social en que viven. Todo lo demás será superfluo. No están obligados a dar limosna de los necesarios "*naturae*", ni podrá, por tanto, el necesitado apropiárselos, pues los dos se encontrarían en igual necesidad "*et melior est conditio possidentis*". ¿Se verá obligado a dar de lo necesario "*statui*"?

Parece clara la división y, sin embargo, es grande la diferencia al querer precisar el concepto de lo necesario "*statui*", o sea, a la altura social en que se vive. Incluyen, no pocos, en esto los convites y magnificencia moderada, la dote o herencia de los hijos, la reserva de lo posiblemente necesario para el mañana por enfermedades, calamidades, guerras... Lo extienden también, dice LUGO (6), a lo que se guarda para parientes algo necesitados, para fundaciones piadosas y muy particularmente para mejorar de situación, para subir en la escala social, etc., etc., de tal modo que, como dice CÓRDOBA, ¿quién puede decir que tiene bienes superfluos? ¿Quién, por tanto, tiene obligación de dar limosna? ¿De qué bienes podrá tomar lo necesario el menesteroso?

Cuándo son graves y urgentes la necesidades, no es lícito, dice BÁÑEZ (7), pensar en mejoras de estado y nunca si no se tienen razones fundadísimas. ¿Sería bueno que a un campesino se le ocurriera ahorrar y más ahorrar para llegar a ser conde!... CASTRO POLAO (8), creo que pone la nota de sensatez al decir: ¿pero acaso 50 áureos van a aumentar o disminuir el estado de que se goza? Sin duda que cinco, diez o veinte mil pesetas no deshacen un estado social determinado, y pocas veces será mayor la necesidad del socorro social.

Pero veamos las clases de necesidades que consideran y la consiguiente obligación de atenderlas y, por tanto, los derechos del necesitado.

(5) *Superfluum naturae dicitur omne id quod alicui superest, demptis necessariis ad vitam suam et suorum; superfluum statui... habita etiam ratione casuum, non omnium, qui contingere possunt, sed eorum qui probabiliter timeri vel expectari debent...*

AZPILCUETAE . MARTINI, *Enchiridion sive Manuale Confesariorum*, Lugduni, 1587, p. 674.

(6) LUGO, *De Justitia et Iure*, Venetiis, 1718, I, disp. 16, sec. 7, p. 303 ss.

(7) BÁÑEZ, D., *Secunda secundae Summae Theologiae*, Venetiis, 1586, p. 32, de elemosyna, p. 1146 ss.

"En los años de muy grandes hambres, tienen obligación los ricos a disminuir de su estado y estrecharse en el gasto quotidiano para socorrer a los pobres". VILLALOBOS, II., *Summa de la Theologia moral y canónica*, Salamanca, 1623, Trat. XXII de la limosna, p. 519.

(8) CASTRO POLAO, F., *Operis moralis pars septima, De Iustitia et Iure*, Venetiis, 1690, dis. I, p. 110.

Grados en la necesidad

La necesidad, dicen, puede ser *extrema*, *grave* y *común*. Extrema es, según SANTO TOMÁS, cuando es inminente el peligro de muerte y no hay más remedio para evitarla que apropiarse de lo ajeno. *Extrema est*, nos dice DIANA, cuando carece de aquello necesario para vivir, y no sólo se considera tal aquella en que, si no se le socorre, al instante o muy pronto morirá, sino que debe tomarse con mayor amplitud y será extrema también si su vida se va abreviando por la penuria de todo o va cayendo en grave y larga dolencia. Con menos amplitud, dice AZPILCUETA (10) que es extrema necesidad no sólo *cum jam animam agit*, cuando está en las últimas, sino también cuando aparecen síntomas de que se acerca el fin si no se le socorre. No hay que esperar, dice VITORIA, intercalando en el latín sus frases castellanas, a “que esté ya boqueando”, pues entonces, continúa atinadamente VILLALOBOS, de nada servirá el donativo.

Necesidad *grave*, afirma DIANA, es aquella en la que falta lo necesario para vivir según la condición y estado de la persona. Cuando uno no puede vivir decentemente según su estado, dice CÓRDOBA, y se ve rebajado a una vida miserable y vergonzosa entre los suyos. Hay mucha variedad en los autores al establecer casos de necesidad grave, pues los límites entre la gravísima y la grave son muy indefinidos y consideran unos como extrema necesidad lo que otros califican de grave. Dicen, por ejemplo, los SALMANTICENSIS (11) que

“padecen necesidad grave los que viéndose privados de lo necesario a su estado tienen peligro de perder el honor, de bajar de su escala social o de incurrir en alguna calamidad como de infamia, cautividad, cárcel u otro mal grave, o en el peligro de padecer alguna larga enfermedad, o gran hambre, desnudez o cosa semejante.”

Sin duda que muchos califican de extrema necesidad casos que aquí considera como de grave. Este confusionismo tiene sus consecuencias, como luego veremos.

Por fin, llaman necesidad *común* la propia de los menesterosos que mendigan de puerta en puerta y viven de la caridad general.

Derechos del menesteroso

¿Qué derecho tiene el indigente en los varios casos que pueden presentarse? ¿Puede a veces apropiarse de lo ajeno? ¿Cómo y cuándo?

Pueden responder y responden la caridad y la justicia. Digamos algo de la caridad para detenernos luego en la justicia.

(9) DIANA, A., *Resolutionum moralium, pars quinta*, Lugduni, 1641. Trat. 8 de eleemosyna, p. 195 ss.

(10) AZPILCUETA, op. cit., p. 675.

(11) COLLEGIUM SALMANTICENSIS, *Cursus Theologiae moralis*, Matriti, 1726., t. 3. Trac. XIII de restitutione, p. 332 ss.

“La mente del avaro, dice SAN AMBROSIO (12), siempre ve oro, siempre plata... con más delectación mira al oro que al mismo sol; su misma oración a Dios sólo pide oro. Me dirás: ¿qué hay de injusto, si no invadiendo lo ajeno guardo con toda diligencia lo propio? ¡Oh palabra imprudente! Lo propio, dices: pero ¿qué es lo propio?, cuando saliste del vientre de tu madre, ¿qué riquezas te acompañaban? ¿Quién más injusto y avaro que el que emplea no para su uso, sino para su abundancia y placer, el alimento de muchos? Tan crimen es quitar al que tiene como negar lo que te sobra a los indigentes. Sábete que invades los bienes de todos a los que puedes ayudar y no lo haces... De los hambrientos es el pan que tú guardas; de los desnudos el vestido que reservas y la absolución y redención de los miserables el dinero que tú sepultas en la tierra.”

Exclamaciones de este corte son frecuentísimas en los Santos Padres, pero prescindo de ello por referirse más bien a la limosna.

Empiezan a entrar en la justicia cuando se habla de la fuerza de la necesidad. Ya PLATÓN, en su tratado *de Legibus*, nos dice que la necesidad “*habet suas leges tam duras ut nec Deus queat eas violare*”, que tiene sus leyes la necesidad tan duras, tan apremiantes, que ni el mismo Dios puede violarlas. En el mismo sentido, pero con frase muy distinta, se ha dicho siempre que *necessitas caret lege*. Y comentándolo, dice la glosa del Decreto de Gratiano “*Necessitas non est subiecta humanae constitutioni; immo excusat quod contra eam fit*”. La necesidad no está sujeta a ninguna constitución humana; más aún, excusa de lo que contra ella se hace.

Entremos ya poco a poco en el aspecto jurídico, aunque mucha importancia tiene ya lo dicho por la glosa del Decreto.

En las Decretales de GREGORIO IX se dice (13):

“Si alguno por hambre extrema o desnudez hubiera hurtado alimentos, vestidos o ganado, haga penitencia durante tres semanas; si lo devolviere, no se le obliga al ayuno.”

Ahí está el documento eclesiástico jurídico más antiguo que fundamenta el hurto necesario. Ha originado innumerables comentarios, pues parece negar el verdadero derecho del indigente, ya que impone penitencia por la substracción. Hay en él alguna contradicción, que deriva, sobre todo, de la última línea, que dice: “si lo devolviere, no se le obligue al ayuno”.

La glosa añade: “*Nota quod necessitas omnis non excusat a furto et intelligunt quidem de modica necessitate, secus de magna*”. Se ve, pues, que admite la inmunidad absoluta si se trata de necesidad extrema.

La misma glosa, al comentar la palabra *poeniteat*, dice: “*ex eo enim quod poenitentia imponitur colligitur quod fuerit necessitas, si enim magna fuisset non imponeretur poenitentia, quia in necessitate, omnia sunt communia*”, por el mismo hecho de imponer penitencia

(12) AMBROSIIUS, *Sermone* 81, C.8.D.XLVII, *sicut hi*.

(13) C.18.X.7.3. *c. si quis*.

se deduce que era módica la necesidad, porque si hubiera sido grave no se impondría penitencia alguna, pues en la necesidad todos los bienes son comunes.

Comentando este canon de las Decretales, así habla COVARRUBIAS (14):

“Sólo tiene valor esa decisión para el caso en que la necesidad no es extrema, sino más suave, pues entonces peca al apropiarse algo ajeno y debe hacer penitencia, como lo dice la glosa. Pero ocurre preguntar, ¿por qué en el mismo capítulo se responde que si lo devolviere no se vea obligado a ayunar? Una de dos: o pecó al coger la cosa ajena, y entonces, aunque restituya, debe hacer penitencia por el pecado cometido, o no pecó, y en ese caso no tiene razón de ser la penitencia. A esta objeción se debe responder que la penitencia no es por el pecado cometido al apropiarse de lo ajeno, pues entonces debería ser más grave, sino por la mora en la restitución. De modo que el sentido de este capítulo es que el que se apropia cosa ajena, en caso de necesidad extrema, debe hacer penitencia por la tardanza en restituir, y claro que, si restituyera en seguida, quedará libre de la tal penitencia. También se podrá entender en este otro sentido; es decir, que al tomar cosa ajena en extrema necesidad, haga penitencia por tres semanas como por cierta supererogación; porque al fin y al cabo, tiene cierta apariencia de hurto, pero, sin embargo, si lo restituye, quede libre.”

Son muchas las interpretaciones dadas a este canon, estudiadas y sopesadas muy particularmente por GONZÁLEZ TÉLLEZ (15); pero muy dadas de lado, y aun el canon mismo, por LUGO, CASTRO POLAO y otros muchos, para quienes el canon “*non est ex pontificibus sed ex poenitentiali Theodori*”. Ciertamente es esto, también lo reconoce GONZÁLEZ TÉLLEZ; pero sin duda que adquiere no poca autoridad al llevarlo e incluirlo GREGORIO IX en el cuerpo legal.

Sin entrar en estas disquisiciones, sí podemos afirmar que todos los autores, sin excepción ninguna, admiten el pleno derecho del indigente a tomar lo ajeno en caso de extrema necesidad.

La razón fundamental la da SANTO TOMÁS y la van repitiendo y exponiendo, con más o menos perfiles, todos los demás.

“Respondo, dice SANTO TOMÁS, que el derecho humano no puede derogar al natural o divino. Según el orden natural instituido por la divina providencia, las cosas inferiores están ordenadas para que con ellas se atienda a la necesidad de los homi-

(14) COVARRUBIAS DIDACI, *Opera Omnia*, Genevae, 1762, p. 600. Véase también J. PEREDA, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959, p. 118 ss.

Lo había dicho también STO. TOMÁS. “*Ad primum ergo dicendum quod decretalis illa loquitur in casu in quo non est urgens necessitas*”.

TH. AQUINATIS, *Opera omnia*, Parisiis, 1895, V.III, q. 66, art. 7, p. 544.

(15) EMANUELES GONZÁLEZ TÉLLEZ, *Commentaria in librum V. Decr. Gregorii IX*, Venetiis, 1766, tit. 18, c. 3, p. 211.

bres. Por tanto, la división y apropiación que procede del derecho humano, no impide el que se deba atender con esas mismas cosas a la necesidad del hombre.”

Es la misma razón que da SÁNCHEZ en sus *Consilia Moralia* (16), y con él los demás, sin excepción:

“Pues como en principio, dice, fuesen las cosas comunes y por el derecho de gentes se las fueron apropiando, en una u otra forma, los particulares, de tal modo se hizo la apropiación, que pudieran volver a la comunidad, cuando, surgiendo una necesidad extrema, las cosas se debieran dar al menesteroso: esta condición se incluyó y hubo de incluirse sin remedio en la división de las cosas para que tal división fuese justa.” “Esta división sería inicua, afirman los SALMANTICENSIS (17), quizá con más nervio que SÁNCHEZ, si no se hubiera hecho con la tácita condición de que, en la extrema necesidad, volvieran las cosas a ser comunes, de tal manera que quedara a cualquiera íntegro el derecho de coger lo que le fuera en absoluto necesario. El derecho positivo no puede derogar al natural; luego teniendo todos por la misma ley natural derecho a usar de las cosas creadas por necesario a su conservación (pues para eso fueron creadas por Dios), la división de los bienes, concedida por el derecho de gentes, debió conservar íntegro e indemne aquel otro derecho”. “La división de las cosas, hecha según el derecho de gentes, no deroga el derecho natural según el cual se debe socorrer con las cosas al hombre en su extrema necesidad” repite GONZÁLEZ TÉLLEZ, y así todos los demás (18).

Fijémonos cómo es la misma razón que hoy dan los SS. PP. en sus Encíclicas y más profunda, sin duda, que la que desarrollan los penalistas. Estos afirman el pleno derecho del hambriento a apropiarse lo ajeno y lo fundamentan, en último término, en el conflicto de valores desiguales, en cuyo caso debe prevalecer el de más valor, o sea, el de la vida sobre la propiedad. Pero, podría preguntar el perjudicado: ¿por qué mis bienes han de sufrir menoscabo ante la apremiante necesidad de un tercero que no tiene nada que ver conmigo? ¿Qué me importa de ese conflicto de bienes siendo en personas distintas, sin más vínculo que el de la mera convivencia? Está muy bien que ceda mis derechos; pero ¿por qué debo ceder y sufrir la pérdida de lo mío?

(16) SÁNCHEZ T., *Opuscula Moralia*, Venetiis, 1738, C. I. c. V. dub. V., página 33.

(17) COLLEGI SALMANTICENSIS, op. cit., núm. 31.

(18) NAVARRA lo explica en esta forma. Supone un testamento, en el que se deja una gran posesión a Juan, con la obligación de atender a su hermano Pedro si cayera en la pobreza y dice: “como si Pedro, hermano de aquel rico se viera en la miseria, sin duda que de justicia debería darle su hermano lo necesario... con esta diferencia que en este caso lo debería por justicia conmutativa, pero en el nuestro que ahora estamos, por justicia distributiva”.

NAVARRA Petri, *De Restitutione*, Toleti, 1597, t. II, *De furante ob necessitatem*, p. 131 ss.

Mal se verán para responder con autoridad y eficacia los penalistas; en cambio, nuestros clásicos dan la razón contundente de que el derecho divino está sobre toda decisión humana y antes de toda división de los bienes entre los particulares, Dios otorgó al hombre el pleno derecho de usar de los bienes necesarios para su vida; coge por tanto, lo suyo cuando se encuentra en necesidad extrema.

Cómo lo fundamentan los clásicos

La razón general que dan los clásicos es la tan traída y llevada de que "*in extrema necessitate omnia bona sunt communia*", pero con qué agudeza y profundidad la estudian y cómo aquilatan los conceptos.

"*Omnia sunt communia*", dice LESSIO (19), no en cuanto que por la necesidad extrema se transfiera en seguida el dominio, sino que es común el derecho de uso, de tal modo, que no puede prohibírsele el dueño "*quia iure suo utitur*", el pobre y aún puede éste defenderse del propietario como de un injusto agresor, y si fuera necesario, "*servato iustae defensionis moderamine, impediens occidere*" aun matarlo, guardadas las condiciones de la legítima defensa. Lo mismo y a los mismos extremos llegan los *Salmanticenses* y nadie les critica ese parecer. Si en caso de necesidad extrema, dicen, quieres coger lo ajeno y el dueño te lo impide y quiere por la fuerza expulsarte, puedes lanzarte contra él, como contra un injusto agresor, y aun matarle "*illum occidere*", si por otro camino no encuentras solución. ¿Quién de los defensores modernos del necesitado se ha atrevido a lanzar tales afirmaciones?

No digo, afirma AZPILCUETA, que se haga señor de la cosa que necesita, sino que lícitamente la puede coger "*auctoritate propria*", por sí mismo y usarla según su necesidad. El derecho no consiente que puedan varios tener "*in solidum*" el dominio de la misma cosa. Aquella célebre ley... no supone que los cosas se hagan comunes por la necesidad del indigente "*sed esse communicandas*" sino que se deben repartir.

Lo estudia también agudamente VÁZQUEZ (21), el Agustín español, como le llaman los contemporáneos, y traducido libremente para que quede más clara la idea, pero exponiendo fidelísimamente su parecer, dice así:

"Decir que en el caso de necesidad extrema todos los bienes son comunes, no es afirmar que pierda el dueño el dominio adquirido por el "*ius gentium*", porque si en ese caso los bienes se

(19) LESSIUS, Leonardus, *De Justitia et jure, libri quatuor*, Editio quinta, Antuerpiae, 1621, l. 2, dub. 12, *de injuriis fortunarum*, p. 145 ss.

(20) MARTINI AZPILCUETA, Doctoris Navarri, *Opera in tres tomos digesta*, Lugduni, 1597, t. I, p. 304.

(21) VÁZQUEZ, Gabriëlis, *Opuscula Moralia*, Compluti, 1617, *De Eleemosyna*, fol. 1 ss.

hicieran comunes y quedaran como antes de la división, serían del indigente.

Me dirás que tan sólo se hacen comunes para el que padece esa necesidad, pues es el único al que dañaría la división establecida por el "*ius gentium*".

Si es así pregunto: ¿serán comunes tan sólo para el indigente o para el indigente y el dueño? Si para los dos, entonces serán del primer ocupante y al otro no le quedará derecho alguno en justicia; pero como ya los posee el dueño, de él serán. Si sólo son comunes para el indigente, perderá en el mismo instante todo dominio el dueño, aún antes de que se los apropie el necesitado; pero para que el indigente se haga señor de aquellas cosas que en justicia se le deben, debe cogerlas y con la aprehensión hacerlas suyas, pues el señor debe perder el dominio, en otro caso, si sigue señor de ellas sigue en pie el derecho de gentes. Por tanto, cuando se dice que son las cosas comunes en la necesidad extrema y que no le debe dañar el derecho de gentes, se entiende que queda la caridad como reina. Tan sólo, pues, son comunes para hacer desaparecer la miseria, no para que queden como antes del derecho de gentes."

EGIDIO CONINCK (22) es el que lo trata con más amplitud y lujo de detalles, pues distingue hasta seis clases de bienes: los nacidos espontáneamente y que los puede coger cualquiera; los que no se pueden conseguir apropiarse sin gran trabajo y habilidad personal, como las fieras, los peces, los minerales profundos; los que son fruto de la habilidad y labor personal, como las ollas de alfarero; los campos, mares y ríos; lo que la tierra produce con la industria y trabajo del hombre. En caso de extrema necesidad se puede apropiarse de cualquier cosa, pero no porque todas se puedan decir igualmente comunes (y lo va estudiando en cada uno de los casos). Al afirmar, pues, que se vuelve al *ius naturae* no se debe entender que pierda el señor y dueño de las cosas su dominio y que lo adquiera el pobre, *sed solum significat divitem teneri rem pauperi dare*, sino sólo significa que el rico está obligado a dárselo al pobre. Creo que queda claro el sentido que dan al principio de la comunidad de los bienes nuestros clásicos del tiempo pasado.

Consecuencia clara de todo esto es que el necesitado, cuando se apropia de algo en caso de necesidad extrema no roba, no hurta, sino que ejercita un pleno derecho.

Entremos en el estudio detenido de este derecho y en las polémicas que engendra.

(22) CONINCK, EGIDIUS, *De moralitate, natura et effectibus actuum super naturalium, libri quator*, Lugduni, 1623, disp. 27, de *Eleemosyna*, p. 433 ss.

¿Es obligación de justicia o de caridad?

Si el necesitado tiene derecho de apropiarse de lo ajeno, sin duda que el dueño tendrá obligación de dárselo o de no impedirle el ejercicio de ese derecho. Pero esa obligación en el rico ¿es de justicia o de caridad?

Grande es la división de pareceres, y su estudio esclarecerá mucho más el fundamento de toda esta materia.

Afirman que es de justicia estricta la obligación para con el necesitado en caso de extrema necesidad, el CARDENAL CAYETANO, SARMIENTO, SPINO, ARAGÓN, NAVARRA, etc., etc., y contra ellos se levantan, en cerrado escuadrón, LESIO, SOTO, AZPILCUETA, SÁNCHEZ TOMÁS, CONINCK, DIANA, VÁZQUEZ, etc., etc. Oigamos la lucha y los fuertes argumentos que se lanzan, muy bien resumido y concretado todo, especialmente en los SALMANTICENSIS y en LUGO.

Es de justicia la obligación, dicen algunos de los primeros, porque peca contra la justicia el que impide el ejercicio de un derecho, y de la justicia del impedir se deduce la obligación en justicia de dar: con voz más unánime añaden que el juez puede obligar al rico a socorrer al menesteroso, lo cual es señal clara de que media obligación de justicia, y como argumento más contundente afirman todos ellos que puede el menesteroso coger por sí mismo lo que necesita en su extrema necesidad, *etiam inscio et invito domino*, aun sin saberlo el dueño y aun contra su voluntad; luego es claro que se le debe en justicia, pues si sólo se le debiera por otra virtud, v. gr., por el voto que hubiera hecho de dárselo, o por penitencia que se le haya impuesto o por caridad, nunca podría tomarlo el indigente por sí mismo, y mucho menos *invito domino*, contra la voluntad del señor.

Pero ¿cómo se puede llamar a esa obligación de los ricos de estricta justicia, dicen los del campo opuesto, cuando nos llevaría a absurdos que nadie puede admitir? Si fuera obligación de justicia, quedaría el dueño obligado a la restitución y a la reparación de todos los daños y perjuicios para con él y los suyos, por no haber socorrido al menesteroso, lo que claramente se debe rechazar y rechazamos sin poder dudar. Si en justicia se viera obligado (23) el propietario, ello supondría la previa pérdida del dominio en el dueño, en cuanto se vea uno en extrema necesidad, y no sólo de las cosas que se podrían decir comunes por el *ius gentium*, sino también de las propias según el *ius naturae*, v. g., de los frutos de su industria y de su trabajo y habilidad personal, y ¿quién se puede atrever a afirmar esto?

Como juez de paz quiere presentarse LUGO, e impuesto el silencio a unos y otros, expone su parecer diciendo que unos y otros tienen su algo de razón; pero que la exageran también unos y otros. Hay mucho de justicia, pero mucho más de caridad, y lo prueba con el siguiente razonamiento, muy a punto para dejar en plena luz el problema:

(23) SUÁREZ, F., *Operá omnia*, t. 12, p. 691.

“Opino, pues, dice LUGO, que la necesidad extrema da derecho al indigente para coger la cosa y con la aprehensión hacerla suya, adquiriendo derecho a ella o a su uso, según la necesidad; pero digo también que el propietario no tiene obligación de justicia, sino de *caridad* de dársela: mas nótese que después que el indigente, usando de su derecho, la coge y hace suya, el dueño queda obligado en *justicia* a no impedirle el uso de la cosa, ni a quitársela. La necesidad y la indigencia, continúa, no le hacen formalmente dueño de nada, sino sólo remota y condicionalmente, o sea, en el mismo sentido en que hace las cosas comunes... Por lo demás, antes de cogerlas el menesteroso, no pierde el dueño el dominio, sino tan solo tiene obligación de caridad y misericordia de dársela, no de justicia. Antes de ocupar Pedro (pone el autor este ejemplo) una cosa común, no tiene derecho alguno en justicia por la que otros se vean obligados a dársela, sino que tiene título para hacérsela propia por la ocupación.”

Lo mismo dicen los SALMANTICENSES con toda claridad:

“Como respecto a las cosas comunes no tiene dominio alguno el menesteroso antes de la aprehensión, pero puede cogerlas y hacerlas suyas; así también al no dárselas el propietario, no viola ningún derecho suyo. Pero si le impide el cogerlas, *agit contra ius quod habet apprehendendi*, obra contra su derecho...: en resumidas cuentas, que no dando las cosas necesarias, no obra contra justicia, pero sí va contra esa virtud impidiéndole el ejercicio de su derecho.”

Parece preocuparles un poco las diferentes clases de bienes que tan ampliamente enumera CONINCK, pues no todas se pueden decir comunes por la misma razón o del mismo modo, y así dice LUGO que en todo caso puede el indigente hacer suyo lo que necesita en su extrema necesidad, aunque el propietario tenga por derecho natural el dominio de la cosa que ha hecho o creado con su cultura, habilidad o trabajo; pues “Dios, como autor de la naturaleza, lo produce todo y lo crea *primo et per se* para uso común y sustentación de los hombres, y, por tanto, puede lícitamente apropiárselas el menesteroso; porque para uso de nuestra necesidad han sido principalmente destinadas por Dios, como el mismo CONINCK lo afirma.”

Le preocupa también a HURTADO DE MENDOZA, pues aunque afirma que es de justicia la obligación de asistir al indigente, dice con todo que “*quando proximus indiget nostra industria, non tenetur illam tunc ex iustitia praebere, quia ad eam nunquam ille habet ius iustitiae... tenetur ex caritate*”.

Con ese modo de hablar y opinar de LUGO, se ve lo fácilmente que puede responder, y de hecho responde, a los extremistas de uno y otro lado, barajando muy acertadamente la justicia y la caridad según la manera de hablar del adversario.

Quiero fijarme un momento en la razón que dan a los que ven obligación de justicia, porque se puede acudir al juez y puede éste

obligar al rico a socorrer al pobre. LUGO lo resuelve en pocas palabras concediendo el hecho, pero afirmando que "*etiam ad satisfaciendum aliis praeceptis gravibus aliarum virtutum*." puede darse y se da la intervención del juez; luego eso no prueba que sea obligación de justicia.

Creo interesante el párrafo en que lo comenta VILLALOBOS (24), en agradable castellano, pues toca algún punto jurídico que silencian los demás, o sea, la inexistencia de verdadera acción judicial.

"Adviértase acerca de esto, dice, que es muy probable que el pobre, en caso de extrema necesidad, tiene acción de pedir al rico la limosna ante la justicia, como tienen CAYETANO, SARMIENTO, ARAGÓN: el fundamento es porque, como todos dicen, en extrema necesidad todas las cosas son comunes, y así como puede uno pedir por justicia que le dexen caminar por el río y aprovecharse de las demás cosas comunes; lo mismo aquí que en caso de extrema necesidad no ay que acudir al derecho humano, sino al natural: entre los juristas es común que no tiene acción el pobre en este caso contra el rico. Así lo dice la glosa y otros que refiere Tiraquelo, lo cual también es probable. Mas en ambas opiniones es llano que pueden los hombres implorar el oficio del juez, el cual ha de obligar a los ricos para que los favorezcan" (25).

¿Hay que dar o basta con prestar?

Otra cuestión al parecer un poco batallona y en la realidad de la vida de poca trascendencia, se presenta al preguntarse los autores si bastará con el contrato de mutuo o habrá que dar simplemente y en absoluto; en otras palabras, si quedará alguna obligación de restituir al que se ha salvado de la necesidad con nuestra ayuda.

Lo niegan en absoluto BÁÑEZ, para quien la sentencia opuesta es faltísima, SOTO, MEDINA, SÁNCHEZ, VALENCIA, SUÁREZ, etc., y el argumento más fuerte que presentan es este, que, a la verdad, tiene difícil solución dando a los términos su amplitud lógica. Si en algún momento urge y tiene toda su razón de ser la limosna, es cuando se halla el prójimo, nuestro hermano, en extrema necesidad; pero la limosna con-

(24) HENRIQUE VILLALOBOS, *Summa de la Theologia moral y canónica*, Salamanca, 1623, t. I, Trac. XXII, de la limosna, p. 519.

(25) Lo dice también COVARRUBIAS con estas palabras "*Divites elemosynam pauperibus erogare cogendos etiam coactione iudicis exterioris et in foro judiciali. Etenim quoties quis tenetur elemosynam erogare, id contingit ex debito legali*". Por cierto que le han querido llevar algunos, como NAVARRA, por esta nera de hablar, al grupo de los que militan por la obligación *ex iustitia*: ciertamente no lo creo por toda su manera de expresarse y con toda decisión lo niega SÁNCHEZ; pues dice que tan sólo habla COVARRUBIAS de cierta justicia legal que no da acción al pobre contra el rico "*sed tantum posse implorare officium iudicis, ut cogat divites, ita quod haec actio iudicis, officio et non iure actionis sit*". COVARRUBIAS, op. cit., p. 350. SÁNCHEZ, op. cit., p. 36, núm. 59.

siste esencialmente en dar, luego la obligación que entonces tenemos es pura y simplemente de dar. Así han entendido siempre la limosna los Santos Padres; así la entiende el Santo Evangelio, así lo ha entendido siempre el mismo sentido común. ¿Cuándo se ha dicho, ni se ha podido entender, que da una limosna el que hace un contrato mutuo? Añaden a esto: ¿No decimos que el pobre coge lo suyo, aun pudiéndose defender del propietario que se lo impida, como de un injusto agresor? Si coge lo suyo, ¿de dónde puede provenir esa obligación de restituir?

Enfrente están COVARRUBIAS, AZPILCUETA, LUGO, LESIO, DIANA, etcétera. Dicen estos, con no poco sentido común: La caridad me obliga a satisfacer plenamente las necesidades del menesteroso; luego si puedo satisfacerlas, y las satisfago con simple mutuo, ¿por qué ha de haber una donación absoluta, si no es necesaria? Los bienes son comunes en la extrema necesidad de tal modo que pueda usar de ellos y hacerlos suyos en el grado necesario para salir de tan angustiosa situación; si basta para ello el mutuo, ¿por qué se ha de obligar a más?

Tales limitaciones y distingos ponen a su argumentación unos y otros, que hacen muy verídico este parecer de LUGO, "*In praxi*, dice, *parum remanere discrimen inter utramque sententiam*", poca diferencia hay entre unos y otros en la práctica; la lucha es puramente especulativa.

Bien lo expone VILLALOBOS, partidario, con BÁÑEZ, de la primera sentencia, cuando dice en romance, como llamaban los clásicos al expresarlo en castellano:

“Esto valga de los que son pobres absolutamente, porque ay géneros de pobres, unos que lo son absolutamente, porque no tienen aquí, ni en otra parte, no lo pueden ganar; que no tienen fuerzas ni saben oficio y a estos quando ay obligación de darles limosnas se les ha de dar dada. Otros pobres ay que no lo tienen de presente o no lo tienen en este lugar, más tendránlo otro día, como es el oficial que no lo tiene el día que no trabaja y tendrálo otro día o en aviendo donde trabajar; y estos, aunque en alguna manera son pobres, no son absolutamente pobres y se cumple con ellos bastantemente emprestándoles, que con esso se satisface su necesidad y no han menester más.”

Con razón dice, pues, el mismo VILLALOBOS que las dos sentencias u opiniones son probables, y aun añade: “que es más mansa la segunda y se puede seguir”, y COVARRUBIAS: no se me oculta que la opinión de ESCORO y de otros (la que exige dar) es más pía y más aprobada por la mayor parte de hombres doctísimos; pero por razones y autoridad de otros muchos, también se puede sostener la segunda.

En resumidas cuentas, todos convienen en esto:

a) Si es pobre el necesitado sólo circunstancialmente, teniendo bienes en otra parte, claro que entonces basta con el mutuo, como tam-

bién si sólo necesita el uso de la cosa, no puede apropiársela en absoluto, v. g., el que coge un caballo para huir.

b) Si es pobre en el momento presente de la necesidad extrema, pero tiene habilidad y trabaja en determinado oficio y ha de ganar lo suficiente, tampoco entonces hace falta plena donación ni puede, por tanto, en absoluto apropiárselo.

c) Puede ser pobre *re et spe*, es decir, pobre en realidad y sin esperanzas de mejorar en el futuro. Aún en este caso se admite una nueva distinción entre los de la segunda manera de opinar: o se da cosa de gran valor o en mucha cantidad y entonces cabe donación condicional, o cosas de poca monta y se deben dar en absoluto.

Como se ve, la diferencia es mínima e insignificante. Ciertamente VITORIA, BÁÑEZ y otros dicen que no le queda al pobre ninguna obligación, aun cuando llegue "*ad pinguiorem fortunam*", a posición más desahogada; pero no se olvide que los que hablan del mutuo no lo entienden, como dice LUGO, de un contrato de mutuo "*simpliciter mutuum et cum omni rigore*", sino de un mutuo imperfecto, mutuo en algún sentido de la palabra; hablan de alguna obligación muy condicional y que no presiona, ni fuerza, ni puede angustiar al menesteroso, o, como dice COVARRUBIAS, *ita fiat*, de tal manera sea "*ut vere pauperi, nullum afferat dispendium*".

Todavía en la práctica es más insignificante la cuestión y acredita ser pura lucha intelectual, en cuanto que raro será el caso que no se arregle de momento con pocos cientos de pesetas, lo que no puede ser menoscabo alguno para el rico, ni se pensará en contrato ni mutuo de ninguna otra clase en tan tristes circunstancias.

En cuanto a la primera dificultad, no poco sería, del concepto de la limosna, responde LUGO, que realmente no hay diferencia alguna, salvo la conceptual, entre la donación absoluta de la limosna y la que se funda en esperanza tan vaga e incierta de "*pinguioris fortunæ*"; y pone el ejemplo de un príncipe que da limosna con la condición de que se le devuelva si llegara a encontrarse él en la misma desgracia y estado miserable.

De qué clase de bienes y en qué grado de necesidad puede apropiárselos el menesteroso

Otra cuestión muy importante es la que relaciona el derecho del menesteroso según sus diversas clases de necesidad y también diversa clase de bienes del potentado. ¿Sólo tiene derecho el pobre en los casos de extrema necesidad y sólo puede apropiarse entonces lo necesario de los bienes superfluos *naturæ et statui*, o puede también tomar de los necesarios *statui*? ¿Sólo en la extrema necesidad o también en la grave?

Es mucha la diversidad en los autores y no poco difícil concretarlo en pocas palabras. Si nos ceñimos a nuestro asunto, hemos de decir

con LUGO que "*nos solum agimus hic de iure quod habet indigens ut sine furto accipiat*", que sólo vamos a tratar del derecho que tiene el pobre de apropiárselo por sí y ante sí sin hurto; es lo propio nuestro y simplifica el problema.

Pone LUGO dos principios generales como preámbulo:

a) no puede cogerlo el menesteroso por sí mismo, o quitárselo a quien se encuentra en la misma necesidad;

b) no puede tomarlo si antes no lo pide; pues mientras haya otro medio para salir de la extrema necesidad, ése debe emplearse.

Digamos antes algo de estos dos prenotandos

Es claro que no tiene derecho el menesteroso a tomarlo o quitárselo a quien se encuentra en la misma necesidad; pero ¿se podría condenar con la pena consiguiente a quien lo hiciera?

No lo tratan los clásicos; se contentan con afirmar la falta de derecho. Ahora diríamos y decimos que no habrá en ese supuesto causa de justificación o ejercicio de un verdadero derecho; pero si es verdaderamente extrema su necesidad afirmaríamos su falta de culpabilidad; sería un conflicto entre bienes iguales de diversos titulares; obraría el necesitado con causa de exculpabilidad o de inimputabilidad, según los casos; pero siempre resultaría impunable. Estamos, pues, con los clásicos, aunque damos un paso más adelante.

En cuanto al segundo prenotando, es muy frecuente en estos autores encontrar (y es nota simpática de profundo humanismo cristiano) la afirmación de que no tienen obligación de pedir cuando sea grande su vergüenza, por su estado social u otras circunstancias, o cuando crea fundadamente que el rico se lo ha de negar. Como excepción señalaremos a CONINCK (26), quien no poco duramente dice: "*non refert quod ipsum valde pudeat mendicare eo quod honestae sit familiae; quia hic pudor in tanta necessitate vincendus est, nec tanto faciens ut excuset*", no importa que le resulte muy humillante el mendigar por ser de honesta familia; porque en tan grande necesidad, tal pudor debe vencerse, ni en tanta consideración se le debe tener que pueda excusar.

El mismo LUGO dice que si lo coge sin pedirlo antes, no pecará gravemente; pues el propietario podrá sentirse razonablemente contrariado en cuanto al "modo" solamente, no en cuanto a la sustracción de la cosa.

Supuestas, pues, estas primeras indicaciones, suelen los autores establecer varios casos generales: más clara y ordenadamente que todos lo hace LUGO:

1.º) Todos acordes en que, en caso de extrema necesidad, puede coger el necesitado, sin responsabilidad penal ni moral alguna, lo que necesita de los bienes superfluos *ad naturam et statum* de cualquiera, porque, y es la frase de SÁNCHEZ, se dan entonces la "*omnimoda superfluitas et summa necessitas*" a un tiempo. Dicen más: puede un tercero cogerlo para el menesteroso, mientras él no pueda salvarle

(26) CONINCK, op. c.t., p. 435.

con lo suyo (27), y esto lo afirman explícitamente CONINCK, VÁZQUEZ, LESIO, AZPILCUETA, LUGO... llegando a decir Fco. DE VITORIA (28) "que se puede robar para ayudar a otros sin escándalo, dice S. TOMÁS; sin embargo, con escándalo pequeño, aunque mediara muerte de alguno, bien se podría robar para ellos". ¿Cómo entendería VITORIA lo de "escándalo pequeño", aun mediando alguna muerte?

2.º) En la necesidad extrema, ¿puede el necesitado apropiarse, no sólo de los bienes superfluos, pero aun de los necesarios *ad statum*, de los necesarios para conservar su estado social?

Pocos lo niegan. SÁNCHEZ cita a PEDRO TARANTASIA, ROSSEL, VIGUEIRO y a SAN ANTONIO; pero lo admiten, aunque con diferencias, la inmensa mayoría de los autores, y para SÁNCHEZ esta opinión es *omnino tenenda*, deben seguirla todos; así lo pide el orden moral, como dicen BÁÑEZ, ARAGÓN, LEDESMA, COVARRUBIAS, etc. Quizás la diversidad entre ciertos autores nace del diverso concepto de lo necesario *ad statum*; por eso algunos, con LUGO, distinguen entre lo necesario *simpliciter ad statum* y lo necesario *ad melius tuendum statum*. No ven obligación en lo primero BÁÑEZ, CONINCK, LORCA... pero sí en lo segundo; por tanto, no podría el menesteroso coger de lo necesario *simpliciter ad statum, invito domino*, de manera que por ello bajare de categoría el rico; pero sí de lo segundo.

Es interesante la justa silogístico-dialéctica que entablan entre sí los autores acerca de este punto. No se puede sentir nadie, nos dicen los de un bando, más obligado hacia el prójimo que hacia sí mismo, y ¿quién puede obligar a un rico a que agote su capital y baje de estado para tener algunos problemáticos años más de vida?, ¿quién le puede obligar a que acuda al único o casi único médico mundial o busque la más exquisita y carísima medicina? Nadie. Luego el menesteroso no puede alegar derecho alguno ante el peligro de su vida para que se usen con él tales dispendios, que pueden no usarse ni con el propietario; ni menos podría apropiárselos *invito domino*, si estuvieran a su alcance.

No prueba el argumento, responden los contrarios, porque el rico podrá ceder de su derecho, dice SUÁREZ, pero no puede suplantar el de un tercero. "Puedes tú lícitamente (el ejemplo es le LUGO) abandonar tu buey o tu asno caído en una fosa; pero no puedes hacer lo mismo, sin pecado, con el asno o el buey de tu prójimo, si puedes, sin

(27) Viene aquí a punto el caso de Bruno Torrenti, que, en Roma, el 20 de abril pasado, forzó la portezuela de un auto particular y llevó a una clínica a un herido que se desangraba en completo abandono. Le llamó la prensa el buen samaritano, que salvó así la vida de quien no tenía relación alguna con él. Le detuvieron; pero aunque no conozco el resultado final, doy por supuesto que quedó plenamente absuelto y aún enaltecido.

(28) *Possunt furari ad alios sublevandos sine scandalo, dicit D. Thomas; tamen, cum parvo scandalo, etiam si esset mors alicujus, bene liceret capere per illos.*

VITORIA, F., *Comentarios a la secunda secundae de Sto. Tomás*, Salamanca, 1934, q. 66, art. 3, p. 339, *Utrum liceat furari propter necessitatem.*

gran trabajo, librarlos. No arguyes, por tanto, con acierto cuando al no sentirte obligado contigo mismo, te crees también desobligado con el prójimo; porque en tu caso cedés tú de tu derecho y no te viene mal alguno contra tu voluntad; pero cuando es contra la voluntad del tercero, debes ayudarle si está en tu mano."

La nota de sentido común la establece el mismo LUGO cuando dice que no puede sentirse obligado el rico a socorrer al pobre con gran pérdida suya y recuerda los ejemplos antes traídos. No es, por tanto, absolutamente cierto, continúa, que en peligro de la vida del prójimo haya que socorrerle con todos los bienes no necesarios a nuestra vida.

Muchos argumentos trae CONTINCK para probar lo mismo, haciendo ver que más interesa al Estado y bien de la sociedad que haya familias con abundantes medios económicos, que no proteger por algún tiempo la vida del que dentro de poco ha de morir. Aquello es permanente y de gran trascendencia social.

No tiene la cuestión valor alguno práctico, según creo, y queda más bien en la pura región de las ideas, tan admirablemente estudiadas por nuestros clásicos. ¿Qué necesidad no se podrá remediar con algunos miles de pesetas que no alteren en lo más mínimo el estado social del donante?

3.º) ¿Sólo en la extrema necesidad, o también en la grave, puede el necesitado apropiarse lo ajeno?

Este punto es también estudiado por los clásicos con profundidad de pensamiento y no poca división de opiniones, a mi modo de ver, más aparente que real; pues depende del muy diverso concepto que tienen de lo que se ha de entender por necesidad grave. Empiezan algunos por distinguir entre necesidad *simpliciter gravis* o *gravis quasi extrema*, y a esta última aplican también todo lo dicho de la necesidad extrema.

Hoy apenas tendría aplicación entre nosotros esta doctrina; pues la necesidad grave, tal como ellos la describen, v. g., peligro de caer en gravísima enfermedad, o de perder la libertad, etc., es muy bastante para que el necesitado se apropie lo que necesita, según nuestro pensar del estado de necesidad. Con todo es muy interesante su estudio y esclarece mucho el pensamiento de nuestros autores en materia tan importante.

¿Puede, pues, el menesteroso coger lo que necesite, en caso de grave necesidad, o sea, no extrema?

Son no pocos los que niegan este derecho, v. g., VALENCIA, AZOR, CONCINA, el CARDENAL CAYETANO, TURRIANO, SALÓN, etc., y se fundan, entre otras razones, en que pudiendo ser muchos los que se encuentren en grave necesidad, y no teniendo el potentado obligación estricta de atender a todos, puede elegir los que él quiera, y, por tanto, ninguno puede adelantarse a tomarlo por sí mismo. Este argumento, que parece hacer no poca fuerza a VÁZQUEZ, no hace ninguna a LUGO ni a LESTO, por simple retorsión a la necesidad extrema y por otras razones positivas que se verán al exponer sus opiniones.

Otros, como CONCINA, creen que reconocer ese derecho en el indigente sería tanto como abrir la puerta al latrocinio general: "*benigni*

casuistae non pauci", dice con cierto despecho, "*nunc plus iusto fa-vent pauperum rapacitati*", no pocos benignos casuistas favorecen más de lo justo la rapacidad de los pobres.

La opinión afirmativa de este derecho es más numerosa; así lo creen AZPILCUETA, MANUEL SA, MEDINA, DIANA, LESIO, SUÁREZ, CO-NINK y, aunque con ciertas cortapisas, VÁZQUEZ y LESIO.

LUGO tiene su opinión intermedia y la creo profunda, bien funda-da en razones de mucho peso y que proyectan no poca luz en toda esta materia.

Entre los bienes creados por Dios para servicio del hombre, consi-dera primero los comunes a todos y a los que todos tienen pleno derecho, como son la vida, la salud, la libertad, los bienes necesarios para vivir, etc., y los no comunes a todos, aunque sean, en sí conside-rados, muy importantes, v. g., altura social, sabiduría, magistraturas, fama preclara, etc. Supuesta tal división, admite la doctrina afirmativa del derecho del pobre en la necesidad grave cuando se trata de bienes comunes a todos; la rechaza, o sea, niega el derecho del necesitado a apropiarse lo ajeno por sí mismo, cuando el litigio es acerca de los bienes no comunes, v. g., permanencia en tal estado social.

La razón que da es clara. Si decimos, afirma, que la división posi-tiva de los bienes debió hacerse respetando siempre el derecho primi-genio de todo hombre a valerse de ellos en caso de extrema necesi-dad, es indudable que no puede tomarse este derecho en sentido tan estricto que sólo cuando amenaza muerte inmediata pueda tener va-lidez: puede también, sin duda, aplicarse a los bienes superfluos de otro en caso de grave necesidad. ¿Quién podrá negar, dice, el derecho de cualquiera a coger un caballo de otro para huir y salvar su libertad en caso de peligro, aunque hubiera de morir el caballo y no pudiera compensar la pérdida? Sin duda, en esos bienes comunes a todos, queda el derecho natural en el necesitado, anterior y superior a todo de-recho de propiedad individual. En caso de bienes no comunes, no creo que pueda hacerse valer ese derecho, pues la desigualdad social es algo también querido por Dios y necesario en la vida comunitaria.

Pero le objetan los adversarios que, aun en estos casos, tiene el rico obligación de desprenderse de bienes superfluos para evitar la caída social de otro. Sin duda, responde LUGO; pero esa obligación no es de justicia, sino de caridad, y no da, por tanto, derecho al pobre a cogerlo por sí mismo.

Aunque ha estudiado antes este punto, vuelve sobre él, dada la im-portancia que tiene, y profundiza más y más (29).

(29) *Diversa est regula fundans obligationem dandi indigenti et regula dans ius indigenti ad accipiendum. Prima fundatur in caritate. Facultas accipiendi debet fundari in iure quod singulis natura ipsa concedit ad utendum rebus communibus... quare puto posse contingere... quod aliquis... possit sibi acci-pere quod dominus ex charitate dare non tenebatur... Nec mirum videri debet quod titulus ille qui sufficit ut indigens possit accipere, non sufficiat ut dominus etiam obligetur ad dandum; ratio est... quia necessitas illa solum auferit directe impedimentum et reducit rem ad statum illum ac si nullius*

“Dice que es diversa la regla que fundamenta la obligación de dar en el rico y la que da derecho al menesteroso para apropiarse por sí mismo los bienes que necesita. La primera se funda en la caridad (como lo ha probado antes), y la segunda debe cimentarse en el derecho que da a todos la misma naturaleza para usar de las cosas comunes. Por lo cual, puede suceder que tenga uno derecho a coger lo que el señor no tenga obligación, ni aun de caridad, de darle. *“Nec mirum videri debet”*, ni te debe extrañar que el título que justifica que lo pueda coger el menesteroso, no baste para obligar al propietario a darlo. La razón clara es porque la necesidad del pobre quita directamente el impedimento a la apropiación, transformando la cosa en *rem nullius*, de manera que puede apropiársela si quiere. Esto no basta para que el señor deba ya prescindir de ella o expropiársela por sí mismo, sino tan sólo hace que no pueda impedir que la ocupe el que tiene derecho a ello.”

Queda, pues, completamente claro, como consecuencia de todo lo dicho, que nuestros clásicos ven en el hurto, famélico o necesario, el ejercicio de un derecho pleno y absoluto; o sea, que se encuadra perfectamente en lo que hoy llaman causa de justificación. Nada de buscar explicaciones subjetivas que aminoren o anulen la culpabilidad del acto en sí considerado; nada de alusiones a excusas absolutorias o a circunstancias objetivas de exculpabilidad, sino afirmaciones absolutas de convivir dentro del más estricto orden jurídico. “La razón de no pecar el que se apodera de lo ajeno en la necesidad extrema, repite PEDRO DE ARAGÓN (30), es porque tan innato y natural le es al hombre el derecho a la conservación de su propia vida, que ante tal derecho, todos los demás caen, especialmente los positivos”, *ut ei cuncta alia cedant, maxime quae sunt de iure positivo*. “El fin de las cosas inferiores es servir a los hombres en la necesidad, dice LESIO, de modo que éstos puedan conservar y proteger la vida; por lo cual a todos concede este derecho la naturaleza, sin que haya podido abolirlo el derecho de gentes, porque éste supone, no destruye el natural, principalmente el que es tan necesario a la conservación de la vida”... y testimonios como éstos se encuentran a montones y muchos quedan ya expuestos en lo dicho hasta aquí.

GROCIO, PUFENDORF, CARPZOVIO, MATHAERUS

Hay que salir de nuestros clásicos y entrar, sobre todo, en los protestantes para encontrar disidentes, aunque de gran valía, en esta importante materia.

esset in bonis ut indigens possit eam legitime occupare si velit. Hoc autem non sufficit ut dominus debeat se expoliare, sed solum ne alium eam occupantem prohibeat uti iure suo.

Lugo, op. cit., p. 307. Aunque larga la cita he querido también ponerla en latín por creerla muy importante.

(30) ARAGÓN, PETRUS DE: *In secundam secundae D. Thomae, De Justitia*

Creo que el fundamento de la discordancia está en el diverso concepto del derecho natural, el racionalista de los GROCIO, PUFENDORF, etcétera, y el cristiano de los LUGO, SUÁREZ, etc.; éstos llegan a la causa última, a la voluntad de Dios que asigna el fin de los bienes creados, dirigidos todos al servicio del hombre, y aquellos se estancan en la razón humana y no encuentran fundamento bastante para el verdadero derecho del hombre contra la propiedad ya establecida.

PUFENDORF (31) nos dice que hay ciertamente alguna obligación en el rico de asistir al pobre en caso de extrema necesidad; pero que es una obligación imperfecta, "*ex imperfecta dumtaxat obligatione*", nacida únicamente "*ex virtute humanitatis*", aunque no haya dificultad mayor en admitir, continúa diciendo, que dicha obligación imperfecta puede transformarse en perfecta por medio de la ley civil.

¡Qué poca cosa y qué fría!... Se concibe que nos diga, a continuación, que nadie debe admirarse de que la apropiación de lo ajeno en casos de extrema necesidad haya sido considerada como verdadero hurto o rapiña...

Parece que el sentido común se le rebela y por eso llega a decir después "que yo no creería reo de tal crimen al que en caso de muy extrema necesidad de hambre o frío se apropiara de algo ajeno... pero aun entonces pone estas condiciones; que no se encuentre en tal estado por culpa propia (32); que haya suplicado antes a los ricos y poderosos su ayuda; que haya ofrecido precio o la prestación de sus servi-

et Jure, q. 66, art. 73.

(31) PUFENDORF, A., *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, Francofurti et Lipsiae, 1759, t. I, c. 6, *de iure et favore necessitatis*, par. V, p. 217.

(32) He aquí una condición que no la encuentro en ningún clásico y que tiene su razón de ser; pues puede deberse el estado actual del menesteroso, máxime en caso de hambre, a su holgazanería o abandono habitual. La pone también como condición precisa el P. MONTES (*Derecho Penal Español*, San Lorenzo de El Escorial, 1929, vol. II, p. 194) y hablan también de ella JIMÉNEZ DE ASÚA, (op. cit., p. 459) y Joaquín GARRIGUES, hoy gran autoridad en el Derecho mercantil, que hizo sus primeras armas en el Derecho penal, escribiendo su *Ensayo de crítica práctica sobre algunos puntos del Código penal*. (Madrid, 1920, c. 9, p. 54). Creo que la opinión de los clásicos, por su manera habitual de pensar, se inclinaría al parecer de GARRIGUES, quien sólo la aprecia como atenuante, si se debió el estado de necesidad a causas a él sólo imputables. ASÚA en cambio, cree que: "esta causa justificante no se invalida cuando la situación fue provocada culposamente por el mismo que luego resulta necesitado; esto es, que el hambriento que roba un panecillo, debe quedar impune, aunque la causa de su situación indigente haya sido su propia holgazanería o su prodigalidad". Ciertamente el ejemplo que pone de cosa tan mínima parece inclinar a su parecer; pero puede darse en casos muy mayores y no se vería tan clara la plena impunidad. No hay que fijarse en el ejemplo, sino en el fundamento de la afirmación. El Código, al regular el estado de necesidad en general se atiene al criterio de ASÚA, pues pone en el apartado 7 del art. 8, como segunda condición: "que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto"; por tanto, si lo es sólo culposamente, puede alegarse como causa de justificación.

PUFENDORF, con excesivo desenfado, afirma claramente la necesidad de que no haya sido por culpa suya, pues lo contrario sería "*ejusdem inutilia pecora ingratus alendi*" tener que alimentar sin agradecimiento alguno a ese ganado inútil.

cios, "*neque pretio, neque oblata sua opera*", y añade, por fin, que tenga intención de restituirlo en cuanto llegue a mejor fortuna.

Pero ¿qué hay en todo esto del verdadero derecho del pobre, tan exaltado por nuestros clásicos, tan admitido hoy por todos? Nada realmente. Repite lo de la obligación del rico, pero recalando siempre que es imperfecta, de donde deduce algún derecho del menesteroso, pero "*jus duntaxat imperfectum*", tan sólo para que se dirija *extra ordinem* al magistrado civil. ¿Figúrense si hay tiempo sobrado para que se muera de hambre!

GROCIO (33) conoce más a fondo a nuestros clásicos y casi se identifica con ellos. Cita a SANTO TOMÁS, a SOTO y frecuentemente a COVARRUBIAS. Admite la posible reviviscencia del derecho pristino del pobre, en cuanto hombre, en caso de necesidad extrema; pues sin duda, añade, hubo alguna especie de contrato al hacerse la apropiación de los bienes por los particulares; no contrato explícito y concreto, sino que *si primum interrogati fuissent* si hubieran sido preguntados, todos lo hubieran admitido: el contrato es, pues, implícito y virtual. Pone como condiciones que no se halle el propietario en situación semejante; que no haya sido por su culpa; que no falte la plena restitución y que se hayan antes tentado todos los medios posibles de súplicas, recursos a los magistrados y toda clase de ofrecimientos por parte del pobre.

Es curiosa, aunque no nueva, la objeción de PUFENDORF a este sentir de GROCIO, y como en ella se ve claro que no entendió el parecer de nuestros clásicos, voy a exponerla.

Dice que no concibe cómo se puede hablar de restitución si el necesitado ejercita un pleno derecho al coger lo ajeno; pues (y son sus palabras) "si tal restitución se hace, se ve claro que no expiró el derecho del propietario a la cosa *per alterius necessitatem*, por la necesidad del tercero, sino que espontáneamente debió él darla graciosamente o mediante precio u otra compensación".

Ya hemos estudiado este punto y ha quedado claro que no se afirma por los clásicos que desaparezca el derecho del propietario por la mera necesidad extrema del menesteroso, sino tan solo por la apropiación concreta de la cosa; pues toda obligación del rico se reduce a no impedir el ejercicio del derecho de apropiación del necesitado. También hemos visto las diversas opiniones en cuanto a la obligación de restituir.

Singular y contradictorio se nos presenta MATHÆUS (34). Estudia el caso del que hurta *ut expleat stomachum latrantem* para acallar los ladridos del estómago hambriento, pero no le gusta la solución de los que le absuelven. Creo, dice, que se debe distinguir entre delito y pena: delito se comete cuando *urgente necessitate* se hurta lo necesari-

(33) GROTII HUGONES, *De Jure Belli ac Pacis libri tres*, vol. I (sin lugar), 1719, t. 2, p. 201.

(34) MATHÆI, A., *De Criminibus Commentarius*, Antuerpiae, 1761, p. 48 y siguientes.

rio; pero la pena se debe mitigar y aun suprimir, *propter necessitatis vim delinquentis* por la fuerza de la necesidad, y trae como confirmación la sentencia aquella de CICERÓN (*de officiis* 3); cada uno debe sobrellevar su desgracia antes que quitar nada de las utilidades o ganancias de otro: *suum cuique incommodum ferendum sit, potius quam de alterius commodis quidquam subtraendum*, y añade por su cuenta: ¿quién podrá forzar al varón sabio y bueno a que se contamine a sabiendas con alguna torpeza?

Queda claro, por tanto, que ve torpeza moral; ve delito en el hecho en sí mismo considerado, aunque ve también razón para aminorar o suprimir la pena: o sea, no ve causa de justificación; no ve el ejercicio de un derecho, sino, a lo más, alguna causa de inimputabilidad, *propter necessitatis vim*, o de exculpabilidad o alguna excusa absoluta o simplemente atenuante.

No es muy feliz en los ejemplos que trae, pues en ellos se trata de extrema necesidad común a todos y en ese caso cierto es que no puede quitarse nada de lo necesario al que se encuentra en el mismo estado y que entonces debe intervenir enérgicamente la autoridad para evitar el caos general y el triunfo de la fuerza bruta.

Juega también su lanza el gran CARPZOVIO (35), de criterio muy parecido al de MATHÆAEUS, aunque con frecuentes citas de COVARRUBIAS, no bien asimiladas. Se funda en el artículo 166 de La Carolina, que deja a la decisión de los jueces al ladrón que, *durch rechte hungersnoth die er, sein weil oder kinder lenden*, roba algo de cosas de comer en caso de verdadera necesidad que le agobia a él o a su mujer o a sus hijos, de donde saca esta regla general, como él la llama:

“Cualquiera que impulsado por la necesidad del hambre comete algún hurto, no debe ser castigado con la pena ordinaria del ladrón.”

Da como razón que el hambre, como puñal agudísimo, se clava y acaba con la vida, y contra el enemigo y sus armas es lícito a todos defenderse. Juzga, pues, que se debe castigar el hurto famélico, aunque con pena extraordinaria. Añade que aunque la necesidad no fuera tan estricta, aun entonces, *furem a poena suspendi liberari posse*, se le puede librar de la horca (¡ahí es nada!), pero que se le debe someter a pena extraordinaria más grave, v. g., a la de azotes. Como compensación, añade, que si la necesidad es extrema, y el hurto de cosa de poco valor, podrá el juez a veces, como se deduce del mismo artículo 166, librarle de toda pena, y aun deberá hacerlo así cuando lleve ya varios días el reo en prisión y antes de verse la causa.

Repite con todo, al fin, que debe prevalecer el castigo, aunque leve, pues se trata de verdaderos hurtos, y añade que así lo ha practicado él en los casos que se le han presentado.

¿Qué diferencia tan grande entre nuestros clásicos apoyados en el verdadero derecho natural y los protestantes en el natural racio-

(35) CARPZOVIO, B., *Practicae novae imperialis saxoniac, rerum criminalium*. Francofurti, 1652, pars. II, p. 275 y ss.

nalista! ¡Qué mayor aprecio de la personalidad humana y de sus derechos naturales, anteriores a todo derecho positivo! ¡Qué mayor conocimiento del fin de los bienes, creados por Dios para el hombre y por el hombre!

Digamos, para terminar, algo de la legislación española:

El primer Código español, el de 1822, recoge el hurto famélico como atenuante en su artículo 75 (36). ¡Cómo se ve que no bebió en las fuentes claras de nuestra tradición! Lo silencian todos los demás, hasta el de la dictadura de 1928, que lo considera también como atenuante, en el número tercero del artículo 65. Nada dicen tampoco los Códigos posteriores.

¿Será, por tanto, para todos ellos punible el hurto famélico? Sin duda, que no. Los Códigos que reglamentan el estado de necesidad, podríamos creer que reglamentan también el hurto necesario, como en él incluido. Aunque presentaban cierta dificultad los del 48 y 70, fueron, sin embargo, no pocos, con OLIVER, BERNALDO DE QUIRÓS, el P. MONTES, ASÚA, etc., los que sostuvieron con razón la afirmativa, y creyeron, por tanto, al hurto famélico causa de justificación. En los Códigos posteriores, creo que no cabe duda razonable.

Quizás podría sostenerse lo contrario del Código del 28, pues, como acabamos de ver, le considera como atenuante en el artículo 65.

Es muy interesante, con relación a este punto, el estudio que hace JIMÉNEZ DE ASÚA del Código argentino, el cual como el de la dictadura del 28, admite ampliamente el estado de necesidad, y reglamenta, como atenuante, el hurto famélico. Cree el preclaro autor que son muy compatibles los dos artículos, y que el admitir "la miseria como motivo de atenuación no obliga a desechar aquella fórmula eximiente cuando nos hallamos en casos extremos de inanición".

La jurisprudencia ha tardado más en entrar por el recto camino. Allá por el 1826, cuando tan fácilmente se imponía la pena de muerte por los delitos de robo y hurto, fué un triunfo sonado de Salustiano Olózaga salvar de la horca a un pobre albañil, que para poner algo de sustancia en la sopa de pan que le daban de limosna hurtó dos libras de tocino...

En las causas del 8 de febrero de 1907 (37) y 7 de febrero de 1917,

(36) También como atenuante la consideraba TIRAQUELLUS (*De Poenis legum*, Venetiis, 1560, Causa 33, p. 186), pues dice: "aunque nunca sea permitido delinquir por la pobreza, peca más levemente el que delinque por ella en caso de hambre y necesidad y, por tanto, siempre debe ser también más levemente castigado". No se ve, con todo, claro que no admita la plena impunidad en caso de necesidad extrema; pues continúa diciendo: *si quis, necessitate compulsus, ea tamen "non extrema", quidquam furatur, licet non omnino excusetur, mitius tamen puniendus est* —y da la razón— *quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*.

(37) Por cierto, en la *Revista Jurídica Veracruzana*, en el número de agosto de 1961, en un artículo interesante del notable jurista CÉSAR CAMARGO MARÍN, nos habla del hurto famélico en la pág. 260 y relata su defensa nobilísima, pero frustrada, de un grupo de hombres hambrientos que salió al paso a unos panaderos que llevaban pan en unas caballerías y les quitaron algunos panes. Por la

en casos de extrema necesidad, se considera a los reos como verdaderos ladrones, aunque se atenúa la pena alegando el estado de arrebató y obcecación. La jurisprudencia posterior, v. g., la sentencia de 7 de junio de 1948 ya lo considera como causa de justificación.

¡Cuánto nos hubiera servido conocer mejor y seguir nuestra gloriosa tradición clásica!

edad del abogado y las circunstancias del caso, nos parece ser esta causa del 8 de febrero de 1907.

(38) El que quiera notas curiosas acerca de esta materia y lo relativo a la legislación, jurisprudencia y opiniones de autores, tanto españoles como extranjeros; puede ver en JIMÉNEZ DE ASÚA, *El hambre como estado de necesidad*, a lo que dedica 56 páginas en la obra y lugar citados.

Hacia una nueva sistematización de las figuras penales internacionales

DR. MANUEL MEDINA ORIEGA

Profesor encargado de Cátedra, de la Universidad de Madrid

Para los especialistas de las diferentes ramas del Derecho, el derecho internacional ha sido siempre una disciplina etérea que, junto con la Filosofía del derecho y el Derecho natural, descansaba en esferas inaccesibles a la realidad humana. Para el abogado, el juez o el administrador, el derecho internacional no tenía realidad, era una simple disciplina culturalista, no un estudio de derecho positivo. Pero últimamente se ha producido un cambio de mentalidad al respecto, en especial entre los penalistas. Poco después de la primera guerra mundial aparecen las obras de don Quintiliano SALDAÑA (1) y V. PELLA (2), teñidas de un cierto utopismo en cuanto a un futuro "derecho penal del porvenir". Sin embargo, sólo fue con la segunda guerra mundial cuando los especialistas de derecho penal han estudiado decididamente el llamado derecho internacional penal. En este momento, a la hora de abordar una reforma del Código penal, un estudio de derecho internacional no puede estar ausente. A partir de 1945 podemos hablar de un giro mental en los especialistas de derecho estatal, porque—simultáneamente—se ha producido un cambio profundo en el derecho internacional.

El derecho internacional clásico era por definición el derecho que regulaba las relaciones entre determinadas colectividades humanas, fundamentalmente entre los Estados. Con VITORIA se afirma esta concepción del derecho internacional. El profesor de Salamanca partirá de la definición que GAYO diera del derecho de gentes:

"quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit. id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium; quasi quo iure omnes gentes utuntur" (3).

sustituyendo algunos de sus términos para dar otra definición:

(1) *La justice pénale internationale, ec. des Cours* (de l'Académie de Droit International), 10 (1925-V), p. 277 y ss.

(2) *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*. Paris-Bucarest, 1925-1926.

(3) GAYO, *Digesto*, 1, 1, de iustitia et iure, 1, 9.

“Quod naturalis ratio inter omnes *gentes constituit vocatur ius gentium*” (4).

Es decir, donde GAYO había empleado la palabra *homines*, VITORIA emplea la palabra *gentes*. Mientras en Roma el derecho de gentes era un derecho humano general, un derecho aplicable a las relaciones interindividuales, a partir de VITORIA el derecho de gentes será por definición un derecho que rige entre grupos humanos, entre colectividades. La definición la precisará el español SUÁREZ (5) y la recogerá toda la tradición jurídica moderna. Así, en MONTESQUIEU:

“le droit des gens, qui est la loi politique des nations considérées dans le rapport qu’elles ont les unes avec les autres” (6).

y en Vattel:

“Le droit des gens est la science du Droit qui a lieu entre les Nations, ou Etats, & des obligations qui répondent à ce Droit” (7).

Para el derecho internacional clásico, la teoría de los sujetos se reduce casi exclusivamente a los Estados, más algunos sujetos cualificados, como la Iglesia Católica, la Orden de Malta, o incluso la Cruz Roja. El individuo no podía alcanzar la categoría de sujeto. Es sólo objeto de protección, un simple objeto del derecho internacional como las cosas, el territorio o el alta mar (8). En estas condiciones, el derecho internacional no podía tener relevancia para los tratadistas modernos de derecho penal. El derecho penal de hoy es, fundamentalmente, un derecho penal individualista. Históricamente, el derecho penal no ha estado libre del pecado colectivista; ha habido determinadas épocas de su historia en que se admitía la criminalidad colectiva y la responsabilidad penal colectiva (9), e incluso en la actualidad se ha planteado el problema de la responsabilidad penal de las personas morales (10). En todo caso, para el penalista actual, la responsabilidad colectiva presenta un carácter histórico o marginal. El derecho penal de nuestro tiempo es, ante todo, un derecho penal del individuo y, por tanto, sólo le interesará el derecho internacional en cuanto éste sea también individualista.

(4) *De Indis*, de tit. legit., 2.

(5) *De legibus*, II, 19, 5.

(6) *De l'esprit des lois*, X, 1.

(7) *Le droit des gens*, Prelim. 3.

(8) Así, todavía en la obra de DIENA (*Derecho internacional público*, trad. de la 4.^a ed. italiana, 3.^o tiraje, Barcelona, 1948) se encabeza uno de los párrafos con la expresión “Los individuos han de considerarse como objetos y no como sujetos del derecho internacional”.

(9) Vid. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. I (Parte general), 10.^a ed., Barcelona, 1951, ps. 58-59.

(10) DEL ROSAL, *Derecho penal español*, 3.^a ed., Madrid, 1960, p. 210 y ss.

Pues bien, en este momento, rebasada la segunda mitad del siglo xx, no podemos ya seguir afirmando que el derecho internacional es el derecho de las comunidades estatales. El derecho internacional sigue siendo fundamentalmente un derecho interestatal, pero también es algo más. Aparte de los Estados, se admite hoy que pueden ser sujetos del derecho internacional otras personas. Por un lado, las organizaciones internacionales, ya sean de carácter intergubernamental, ya sean de carácter privado (11). Por otro, los individuos pueden ser también sujetos del derecho internacional, tienen capacidad de actuación ante tribunales internacionales, pueden contratar bajo la protección del derecho internacional y pueden ser sancionados por órganos de la comunidad internacional. Desde el punto de vista subjetivo se ha producido una ampliación del concepto de derecho internacional, y VERDROSS prefiere definirlo no ya como el derecho interestatal, sino como el "derecho de la comunidad de Estados" (12). JESSUP recurre en su lugar a una nueva denominación, "derecho transnacional" para este nuevo contenido ampliado, recogiendo bajo esta nueva denominación a todo el derecho que trasciende de las fronteras nacionales (13). En la doctrina española actual, esta ampliación se encuentra perfectamente recogida por los profesores LUNA (14), MIAJA DE LA MUELA (15), AGUILAR NAVARRO (16), TRUYOL Y SERRA (17) y HERRERO RUBIO (18).

La introducción de la subjetividad del individuo en el derecho internacional supone una fisura en el concepto clásico del derecho internacional. Esta fisura se debió a una serie de acontecimientos, de fenómenos nuevos, que ofrecieron un carácter revolucionario. Precisamente la fisura se ha producido, en primer lugar, en el campo penal. El mismo DIENA, después de haber negado el carácter de sujeto al individuo, dedica una sección (dentro del capítulo sobre "Los objetos") a "los individuos y el derecho penal internacional", aunque este derecho penal internacional es para él sólo un derecho delimitador de competencias estatales, no un derecho penal sustantivo (19), es decir, es realmente un derecho penal internacional y no un derecho internacional penal. Aunque parezca un juego de palabras, conviene delimitar perfectamente estas dos nociones de derecho internacional penal y derecho penal internacional. El derecho penal internacional es el derecho

(11) Vid. ZEMANEK, *Das Vertragsrecht der internationalen Organisationen*, Viena, 1957.

(12) On the Concept of International Law, *American Journal of International Law*, 43 (1949), p. 435 y ss.

(13) *Transnational Law*, New Haven (Connecticut), 1956.

(14) Explicaciones de cátedra, cit. TRUYOL Y SERRA, *Fundamentos*, p. 13.

(15) *Introducción al derecho internacional público*, 2.^a ed., Madrid, 1955, página 18.

(16) *Derecho internacional público*, I, 1, p. 19.

(17) *Fundamentos de derecho internacional público*, 2.^a ed., Barcelona, 1955, página 13 y ss.

(18) *Derecho internacional público*, I, Valladolid, 1960, p. 124 y ss.

(19) *Op cit.*, p. 281 y ss.

delimitador de competencias internacionales en materia penal; se plantean en él los problemas de ejecución de sentencias penales extranjeras, de competencia de tribunales, de extradición de delincuentes, etc. En cambio, el derecho internacional penal es un derecho sustantivo, con normas internacionales en materia penal (20). Es este último el que nos interesa.

El derecho internacional penal es, ante todo, derecho internacional. Una vez que hemos visto que el criterio subjetivo ha quebrado en cuanto a la delimitación del concepto de derecho de gentes, tendríamos que refugiarnos en otro elemento definidor. Y este elemento definidor nos parece puede ser muy bien el criterio normativo. El derecho internacional es el contenido en normas internacionales. Es decir, en normas emanadas de fuentes supraestatales. Fundamentalmente, el tratado y la costumbre internacionales, la jurisprudencia internacional, la doctrina y los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas (21). Por tanto, *derecho internacional penal será el derecho penal material contenido en normas internacionales, siendo indiferente el que los destinatarios de esas normas sean Estados o individuos, que la efectividad de su aplicación se deje a los tribunales estatales, que la completación del tipo penal corresponda a los derechos nacionales.*

El tema de nuestro artículo es *las figuras penales internacionales*. La expresión es ambigua, y si la hemos empleado ha sido más por criterio de prudencia que por una estricta razón científica, por un cierto respeto ante la dogmática juridicopenal, que no nos resulta fácil de manejar. Entre internacionalistas se hablaría, sin embargo, con perfecta naturalidad de *delitos internacionales*, al menos de lo que los internacionalistas llaman delito internacional, sin demasiado respeto a una estricta técnica juridicopenal (22). A fin de cuentas, las palabras no tienen más valor que el que se les da, y la doctrina internacionalista le da un determinado valor a estas palabras que probablemente no coincide con el que le dan los especialistas de derecho penal. Así, el profesor italiano AGO consideraba que el delito es una noción que

(20) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, I, Madrid, 1955, ps. 20-21.

(21) El art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia enumera las siguientes fuentes:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

(22) Vid., por ejemplo, la crítica de JIMÉNEZ DE ASÚA a Kelsen en su *Tratado de derecho penal*, II, Buenos Aires, 1950, p. 1036.

pertenece a la teoría general del derecho (23) y que, por tanto, es utilizable por las diferentes ramas de la ciencia jurídica—una de ellas el derecho internacional. Para él, delito equivale a hecho ilícito. Este hecho ilícito puede llevar aparejadas dos consecuencias. O bien surge una obligación jurídica del autor de reparar los daños materiales y morales causados por el hecho, o bien el sujeto dañado tiene la facultad de infligir una sanción al infractor. El delito internacional estaría caracterizado entonces por dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, consistiría en una acción u omisión; desde el punto de vista subjetivo, sería necesario que fuera cometido por un sujeto de derecho. Concretamente, para ser delito internacional haría falta que hubiera sido cometido por un sujeto de derecho internacional, es decir—según él—, sólo podría ser cometido por un Estado. Llegado a este punto, hace equivaler la noción de delito internacional con otro concepto más empleado: el de responsabilidad de los Estados (24). La postura de Ago—expuesta con anterioridad a la segunda guerra mundial—no resulta, sin embargo, admisible a la vista de los acontecimientos más recientes en este terreno. Creemos, desde luego, que el delito es una noción que pertenece a la teoría general del derecho, pero ello no justifica que se dé a ese concepto un ámbito exagerado. El delito es, desde luego, un hecho ilícito. Pero no todo hecho ilícito es delito. Por un lado, está el ilícito civil, un ilícito que puede acarrear una serie de consecuencias jurídicas que pueden ir desde la nulidad del acto (art. 4.º de nuestro Código civil) a la reparación del daño causado (art. 1.092), pasando por la facultad resolutoria (art. 1.124), la ejecución por cuenta del infractor (art. 1.098) o la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101). El delito, como ilícito penal, ofrece caracteres propios. Por el hecho de que el delito sea una figura que pertenezca a la teoría general del derecho, lo que no podemos hacer es inventarnos una noción personal, sin tomar en la más mínima consideración la doctrina penal. Por otro lado, la concepción de Ago se basa en la negación del carácter de sujetos en el ordenamiento internacional a los individuos, lo que hoy ya no es exacto.

Dentro también de la teoría general del Derecho, Hans Kelsen ha pretendido dar una noción más exacta del delito. Delito sería “cualquier tipo de comportamiento que se hace condición de una sanción porque se considera no deseable” (25). Esta definición kelseniana del delito está bastante cerca de la posición de la moderna dogmática penal. Así, en MEZGER “delito en sentido amplio es la acción punible

(23) Sobre el delito como objeto de estudio en la teoría general del derecho, ver el excelente estudio de Manuel Cobo, *La reciente dogmática de los caracteres del delito* (Tesis), Madrid, 1960. Posteriormente, del mismo, “Desarrollo histórico-dogmático del concepto del delito”, en *Rev. de Derecho Judicial*, n. 8 (1961), ps. 50 ss.

(24) Le délit international, *Rec. des Cours*, 68 (1939-II), p. 419 y ss.

(25) *The Law of the United Nations*, Londres, 1951, p. 706. Vid. también su *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., corregida y aumentada, Viena, 1960, p. 116 y ss.

entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena" (26). También en el mismo sentido, y desde el plano puramente lógico, Manuel Cobo (27). En términos parecidos se expresa el profesor DEL ROSAL: "en definitiva, la doctrina de los caracteres del delito no es otra cosa sino el repertorio de los presupuestos de la punibilidad" (28). De este modo, la definición del delito se convierte en un estudio de los caracteres del delito. Está aquí la problemática central de la ciencia del Derecho penal y, en consecuencia, la teoría de los caracteres del delito ha sido tema obligado y al que tan buenas páginas ha dedicado recientemente Manuel Cobo.

Se han dado muchas definiciones de delito por los tratadistas de Derecho penal, casi tantas como autores. Estaría, por tanto, fuera de lugar adentrarnos en la discusión de este problema. Queremos hacer, no obstante, algunas observaciones que consideramos útiles para el estudio que en este momento abordamos.

Para un sector de la doctrina penal, la punibilidad es un elemento esencial del delito, el que éste sea "sancionado con una pena". Así, LISZT-SCHMID, ALLFELD, GERLAND, WACHENFELD, BELING y von HIPPEL (29), así como Helmuth MAYER (30). En nuestra patria, el profesor CUELLO CALÓN considera elemento esencial del delito el estar sancionado con una pena, estimando que sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito; define, en consecuencia al delito, en sentido sustancial, como "la acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena" (31). También el profesor DEL ROSAL considera elemento esencial en la definición del delito, *de acuerdo con el Derecho español*, la punibilidad, ya que sin ese elemento no sería posible distinguir la infracción penal de la civil (32). Otro sector doctrinal cree posible, por el contrario, llegar a la definición del delito sin tener que acudir a esta última nota de punibilidad por considerar que su definición supone una tautología, al introducir en la definición el propio término definido. Así, M. E. MEYER define al delito como un acontecimiento típico, antijurídico e imputable (33). WELZEL alude a tres elementos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (34). RODRÍGUEZ MUÑOZ cree también, con respecto a la legislación española, que no es necesario el requisito de la pena, siendo posible definir el delito como "conducta típicamente antijurídica y culpable" (35). Es decir, no encontramos en la doctrina penal acuerdo

(26) *Tratado de derecho penal* (trad. española de Rodríguez Muñoz), I, Madrid, 1955, p. 153.

(27) *Loc. cit.*

(28) *Op. cit.*, I, p. 192.

(29) Cit. MEZGER, *Op. cit.*, I, p. 156, nota 5.

(30) *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, p. 41 ss.

(31) *Loc. cit.*, nota 9, pág. 272.

(32) *Op. cit.*, nota 10, p. 207.

(33) *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Heidelberg, 1923, p. 13.

(34) *Das deutsche Strafrecht*, 1958, p. 45.

(35) Trad. de la obra de MEZGER, cit., p. 163.

sobre la definición del delito, y si los penalistas no han llegado a resultado seguro, parece imposible que los internacionalistas puedan llegar a una auténtica definición del delito internacional. Su definición no sería tarea fácil.

En general, los penalistas admiten la existencia de tres elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Y un cuarto elemento discutible: la punibilidad. Creemos que sobre estos cuatro elementos será posible montar una definición del *delito internacional* o, con menos pretensiones, de las *figuras penales internacionales*.

En primer lugar, para que se pueda hablar de *tipicidad* en Derecho internacional será necesario que existan unas normas internacionales que recojan determinadas conductas humanas. El concepto de norma internacional ha sido elaborado por la teoría internacionalista y tiene su más clara expresión positiva en el artículo 38 del Estatuto del T. I. J.: tratados, costumbre, principios generales de Derecho, jurisprudencia y doctrina. Esa norma internacional deberá tipificar una determinada conducta como *antijurídica*, y, por último, será necesaria la apreciación de *culpabilidad* en las personas que han participado en la realización del delito. No creemos posible la imposición de penas sin este elemento en la fase actual de la evolución mental de nuestra civilización. El problema grave está en el elemento "sanción penal". Creemos que para que exista delito debe haber una pena como consecuencia de la conducta antijurídica; pero esto no quiere decir que la sanción penal deba estar precisamente contenida en la norma internacional. De lo contrario, reduciríamos el delito internacional a muy poca cosa, ya que las normas internacionales se suelen limitar a tipificar de una manera muy general determinadas conductas como delictivas, sin detenerse a precisar la consecuencia penal de tales conductas antijurídicas.

Esto tiene su explicación. El Derecho internacional es un Derecho en grado de evolución muy retrasado con respecto al Derecho estatal. La falta de órganos suficientes en manos de la comunidad internacional hace muy difícil la ejecución de sus preceptos. El ordenamiento internacional se suele conformar entonces, a la vista de la ausencia de órganos propios de ejecución, con una remisión a los ordenamientos estatales. El Estado suele ser el principal ejecutor de las normas internacionales, realizando así una doble función, tal como ha sido explicada por Georges SCHELLE, con su teoría del desdoblamiento funcional (36). Ultimamente se han hecho algunos progresos en el terreno de la centralización del poder en manos de la propia comunidad internacional con la creación de una multitud de organizaciones generales, regionales y especializadas. Así, la ONU ha supuesto una centralización del poder militar en manos de la propia comunidad internacional, al dejar fuera de la ley el empleo de la fuerza armada

(36) *Cours de droit international public*, París, 1948. También: Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel, en *Festschrift Wehberg* (1956), página 324 y ss.

por los Estados (salvo en casos excepcionales). En el terreno penal, la constitución de los tribunales de Nüremberg y Extremo Oriente —prescindiendo de las críticas que formalmente quepa hacerles— supone también una centralización de poder en manos de la comunidad internacional, al encargarse unos órganos internacionales de aplicar normas internacionales e imponer penas a conductas antijurídicas. Pero lo normal sigue siendo que las normas internacionales sean normas incompletas, dejándose su complementación y ejecución a los Estados. KELSEY ha puesto de manifiesto el carácter primitivo de lorden internacional y la función del Estado como completador del Derecho internacional. El Derecho estatal completa al ordenamiento internacional (37).

Para la existencia de delito internacional no consideramos, pues, necesario que la norma internacional contenga la sanción penal a la conducta típicamente antijurídica. Basta que exista en ella este injusto típico internacional, aunque la conducta, para que podamos calificarla como delictiva, deba ser punible. ¿Cómo se garantiza la punibilidad? O bien por una norma internacional completa, que prevea también la imposición de la sanción, o bien por una norma estatal que complete el tipo penal internacional tras una recepción adecuada. Por ello, las normas penales internacionales suelen contener una referencia a la obligación de los Estados de hacer una recepción formal en su Derecho de la norma internacional. De este modo, la infracción al ordenamiento internacional se convierte en una infracción al ordenamiento nacional.

Desde esta perspectiva podríamos dar una definición de delito internacional que, en realidad, es más bien una noción. Delito internacional sería cualquier infracción del ordenamiento internacional que lleve aparejada una pena, ya se imponga ésta de acuerdo con normas nacionales o de acuerdo con normas internacionales. Es ésta una definición de internacionalistas, sin pretensiones de tecnicismo penal, por dos razones: primero, porque no lo conocemos lo bastante —como ya dijimos antes— como para emplearlo con entera seguridad; y segundo, porque una definición no-técnica es más útil para el Derecho internacional, en el que no sabríamos qué hacer con una definición técnica como, digamos, “injusto típico y culpable internacional, sancionado con una pena”.

Dando por buena esta definición algo etérea del delito internacional, podemos pasar a continuación a señalar algunos de sus caracteres. Ante todo, observemos que, por definición, es internacional; es decir, que la infracción de la norma se comete sea cualquiera el lugar en que se produzca la conducta; no hay limitación espacial para la apreciación del delito. El exterminio en masa de poblaciones será tan delictivo en Europa occidental como en el corazón de Africa o en la luna. *El delito internacional es delito cualquiera que sea el lugar en que se cometa.*

(37) *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 323 ss.

Por ser delito internacional, la facultad para perseguirlos estará, en primer lugar, en manos de la comunidad internacional. Si ésta crea unos órganos con competencia para la persecución de tales delitos, la actuación de esos órganos será válida al imponer sanciones penales, ya que actúan con una facultad propia, conferida por la comunidad internacional que los ha creado. Así, los tribunales de Nüremberg y Extremo Oriente actuaban con competencia propia, conferida por los Aliados, la gran mayoría de los Estados que integraban entonces la sociedad internacional. Cuando esos órganos no se crean (38), los Estados, actuando como órganos de la comunidad internacional, podrán proveer a la represión de esas conductas delictivas. Es más, existirá una obligación por su parte de perseguirlos. Desde el punto de vista del Derecho internacional (y prescindiendo de la infracción internacional que supone la violación del territorio argentino por los agentes de Israel), el proceso de Eichmann es correcto: un Estado ejerce funciones de la comunidad internacional en ausencia de órganos internacionales adecuados (39).

Por ser el orden internacional un orden primitivo, sus normas penales no son completas como las normas penales estatales, producto de una lenta elaboración tras un acabado estudio y aprobadas por unos órganos legislativos permanentes. Las normas penales internacionales, adoptadas a toda prisa en convenios internacionales esporádicos o depositadas en una jurisdicción escasa y dispar, no ofrecen esa perfección técnica. En consecuencia, no cabe exigirles que se ajusten a las mismas reglas de juego que las normas penales estatales. Concretamente, el principio de legalidad no podrá tener una aplicación a ultranza. En especial, cabrá la posibilidad de imponer penas no previstas, ya que las normas aprobadas hasta la fecha —como hemos dicho— no suelen contener penas. Para un penalista esto resulta anómalo. Para quien esté, sin embargo, al tanto de las repetidas violaciones al derecho de gentes a manos de desaprensivos e irresponsables, no resultará tanto. Los bienes jurídicos y objetos que protege el Derecho internacional, como la humanidad, la paz, las colectividades minoritarias, los bienes culturales, los heridos y prisioneros de guerra, merecen una protección eficaz. La exigencia estricta del principio de legalidad supondría tanto como una cédula de inmunidad para los delincuentes internacionales: preparadores de guerras, asesinos de colectividades, traficantes en drogas y armas, tratantes de mujeres y niños. El formalismo jurídico debe ser respetado en lo posible, pero nunca a costa de dejar en la impunidad a los mayores enemigos del género humano. La declaración de guerra

(38) Sobre la creación de una jurisdicción penal internacional, ponencias de Alfaro y Sandström ante la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión*, 1950-II, ps. 1 y ss. y 18 y ss. También P. M. CARJEU, *Projet d'une juridiction pénale internationale*, París, 1953.

(39) Helen SILVING, In Re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality, *American Journal*, 55 (1961), p. 207 y ss. El ANUARIO DE DERECHO PENAL ha publicado el texto de la ley israelí sobre castigo a los nazis y colaboración con los nazis, vol. 14 (1961), p. 82 y ss.

a Polonia originó muchas más víctimas que las que haya podido causar el "gángster" más peligroso de la buena época de Chicago, y no cabe consentir que al amparo de la imperfección forzada de las normas internacionales los criminales de mayor importancia se burlen de todas las reglas de convivencia y solidaridad humanas.

Pero esta imperfección del orden internacional no justifica tampoco la comisión a su nombre de atropellos legales. El delito internacional, para ser tal, debe contener un elemento de culpabilidad (40). No hay delito sin culpa. No cabrá imponer penas por una actuación no culposa. Nuestras convicciones se oponen a la imposición de sanciones objetivas, sin consideración al elemento intencional. Esta culpabilidad podrá revestir cualquiera de las formas establecidas por la doctrina penal: dolo, culpa, negligencia; cabrá sancionar tanto la comisión del delito como la tentativa, el delito frustrado o la inducción; podremos sancionar no sólo al autor, sino también al cómplice y al encubridor. Pero no será posible sancionar una conducta no querida o involuntaria, imponer castigos a personas sin responsabilidad subjetiva, o penar a personas morales. En este terreno el internacionalista no puede admitir un positivismo a ultranza, y tiene que recurrir a principios elementales de justicia que completen las lagunas existentes. En este aspecto, el progreso alcanzado por la ciencia penal occidental desde Beccaria podrá ser apreciado por los tribunales internacionales, entrando en funcionamiento un sistema de eximentes, atenuantes o agravantes que permita graduar la pena a imponer. Por ejemplo, la valoración de la obediencia debida presenta una serie de problemas que no cabe dejar de suscitar en el caso concreto de la aplicación de penas por un tribunal internacional. Hay que abrir paso a la equidad en ausencia de una reglamentación detallada como la que existe en los Derechos penales estatales.

* * *

Hemos dedicado demasiado tiempo a lo que podemos llamar teoría general del delito internacional. El objeto de este artículo no es, sin embargo, elaborar una teoría general, sino algo mucho más concreto. Se trata de estudiar un aspecto de la reforma penal española; debemos estudiar una posible reforma de los artículos de nuestro Código en relación con el Derecho de gentes. Conviene por ello que descendamos de la teoría a un estudio concreto de las figuras penales internacionales. Partiendo de nuestra definición de delito internacional, ¿qué normas de derecho de gentes recogen esas figuras delictivas? En el Derecho internacional actual cabe afirmar la existencia de una serie de delitos internacionales, que podemos clasificar en siete apartados:

(40) Vid. GLASER, *Introduction à l'étude du droit international pénal*. Bruselas-París, 1954, ps. 65-66. Id., *La culpabilité en droit international pénal* "Rec. des Cours", 99 (1960-I), p. 467 y ss.

1. Crímenes contra la paz.
2. Crímenes de guerra.
3. Crímenes contra la humanidad.
4. Genocidio.
5. Piratería.
6. Ofensas a Jefes de Estado extranjeros y sus representantes, y violación de inmunidades diplomáticas.
7. Delitos formalmente internacionales.

1. De las figuras que hemos enumerado, el supuesto de mayor gravedad es el *crimen contra la paz*. El derecho internacional de nuestro tiempo pretende colocar la guerra fuera de la ley. Primero fue el Pacto Briand-Kellogg, por el que las potencias firmantes renunciaban a la guerra como instrumento de política nacional (41). Ese Pacto fue firmado por la mayor parte de los Estados entonces existentes, entre ellos, las tres potencias del Eje: 63 naciones en total. El 8 de agosto de 1945, el Reino Unido, la URSS, los Estados Unidos y Francia firman en Londres un Acuerdo para el establecimiento de un tribunal militar internacional, al que se adhirieron diecinueve países más. En su artículo 6.º a), se definen los crímenes contra la paz: "planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes" (42). Sobre esta base jurídica y sobre otros textos (como las Convenciones de La Haya de 1899, el Tratado de Versalles y los Tratados de Locarno) el Tribunal de Nüremberg condenó a diversas penas a una serie de personalidades nazis (43).

En el nuevo orden jurídico instaurado en San Francisco, la guerra sigue quedando fuera de la ley, salvo en algunos casos excepcionales. En especial, ver al respecto el artículo 2.º, 4, de la Carta de las Naciones Unidas. En el seno de la ONU, la Comisión de Derecho internacional ha pretendido efectuar una precisión de este tipo de delito. En el Proyecto de Código de ofensas contra la paz y seguridad de la humanidad, redactado por la Comisión en 1954, el artículo 2.º, párrafos 1 a 9, se ocupa de estos crímenes (44).

(41) El art. 6.º de la Constitución española de 1931 recoge la fórmula del Pacto Briand-Kellogg.

(42) Utilizamos la traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA, de su *Tratado*, vol II, página 1010 y ss.

(43) La bibliografía sobre el proceso de Nüremberg es enorme en este momento. A manera de guía, citamos las obras siguientes: DONNEDIER DE VABRES, *Le procès de Nüremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, "Rec. des Cours", 70 (1947-I), p. 481 y ss.; GRAVEN, *Les crimes contre l'Humanité*, "Rec. des Cours" 76 (1950-I), p. 433 y ss.; JESCHEK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Eine Studie zu den Nüremberg Prozessen*, Bern, 1952.

(44) *Yearbook of the International Law Commission* (1954-II), ps. 151-152.

2. El segundo grupo de delitos internacionales está constituido por los *crímenes de guerra*. El crimen de guerra consiste fundamentalmente en una violación de las leyes de la guerra. El derecho de gentes ha presentado siempre una doble faz: el derecho de la paz y el derecho de la guerra. Desde GROCO, el derecho de gentes ha sido derecho de paz y derecho de guerra (“De iure belli ac pacis”). “Inter armis silent leges”; callan las leyes ordinarias, pero pasan a ocupar su lugar unas nuevas leyes, el “ius in bello”. El derecho de la guerra es bastante amplio, constituyendo el sector en que la codificación se ha verificado mejor y con mayor rapidez (45). En especial cabe destacar las cuatro convenciones firmadas en Ginebra en 1949, de protección a las víctimas de la guerra, y el Convenio sobre protección de bienes culturales en tiempo de guerra, de 1953 (46).

El Estatuto de Londres tipifica, a efectos penales, las infracciones al derecho de la guerra, denominándolas crímenes de guerra, que define del siguiente modo: “violaciones de las leyes y de las costumbres de guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas, asesinatos, maltratos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos y malos tratos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares” (art. 6, b). El Tribunal de Nüremberg aplicó este texto, fundándose, además, en una serie de artículos de la Convención de La Haya de 1907 (arts. 46, 50, 52 y 56) y de la de Ginebra de 1929 (artículos 2, 3, 4, 46 y 51). Con posterioridad a Nüremberg, el esfuerzo codificador en el derecho de la guerra llevó a la firma de los Convenios de Ginebra sobre la protección de víctimas de guerra. Los artículos 49-54 de la Convención relativa a la mejora de la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, artículos 50-53 de la Convención de náufragos y heridos en el mar, artículos 129-132 de la Convención de prisioneros de guerra, y los artículos 146-149 de la Convención para la protección de personas civiles, así como el artículo 28 de la Convención sobre protección de bienes culturales, contienen normas penales para el caso de infracción al derecho de la guerra (47). El artículo II-12 del Proyecto de la Comisión de Dere-

(45) En España se han celebrado recientemente, durante los días 4, 5 y 6 de mayo, unas Jornadas de derecho penal militar y derecho de la guerra, en Valladolid. Citamos en especial las ponencias presentadas por los profesores FERRERO RUBIO (*El derecho clásico de la guerra*) y PASTOR RODRÍGUEZ (*El derecho de la guerra actual*), así como las que sobre guerra terrestre, marítima y aérea presentaron respectivamente los señores DE NO, AZCÁRRAGA y TAPIA SALINAS.

(46) Vid. la comunicación presentada a las Jornadas de Valladolid por el doctor PRIETO ALVAREZ-VALDÉS.

(47) Remitimos a nuestro trabajo: *La recepción en el derecho español de las sanciones por infracción al derecho de la guerra*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 14 (1961), p. 69 y ss.

cho internacional menciona entre las ofensas contra la paz y seguridad: de la humanidad "los actos que violen las leyes y costumbres de la guerra" (48).

3. El Estatuto de Londres daba el nombre de crímenes contra la humanidad a los "asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados" (artículo 6, c). El Tribunal de Núremberg apreció la existencia de este crimen en una serie de atentados a la dignidad e integridad personal por parte de los dirigentes alemanes: asesinatos de los miembros de la oposición, terror policíaco, persecución del pueblo judío.. DROST (49) advierte en la definición de Núremberg dos clases de delitos. Primero, los actos inhumanos cometidos contra la población civil antes o después de la guerra. El segundo grupo está constituido por las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, y encajan perfectamente en la figura más concreta del genocidio. El Proyecto de Código de ofensas contra la paz y seguridad de la humanidad engloba estos supuestos en una sola figura: actos inhumanos, como el asesinato, exterminio o esclavitud, deportación o persecución cometidos contra cualesquiera población civil por motivos sociales, políticos y raciales, religiosos o culturales por las autoridades de un Estado o por individuos particulares que actúen por instigación o con la tolerancia de dichas autoridades (50).

4. El *genocidio* es también una nueva figura delictiva. La expresión fue acuñada por LEMKIN (51), y hace referencia a la perpetración de una serie de actos relacionados con un único propósito: la destrucción de un grupo humano. El gran delito de genocidio de nuestro tiempo ha sido cometido por la Alemania nazi, con el exterminio de seis millones de judíos (52); pero con anterioridad a la guerra se

(48) Sobre los crímenes de guerra en general. SÁNCHEZ-APELLÁNIZ, *Notas para una teoría del crimen de guerra*, "Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional", II (1952), p. 275 y ss.; TRUYOL Y SERRA, *Crímenes de guerra y derecho natural*, "Rev. Española de Derecho Internacional", I (1948), p. 45 y ss.

(49) *The Crime of State. II. Genocide*, Leiden, 1959, p. 185.

(50) DEL ROSAL, *Acercas de los crímenes contra la humanidad*, 1950.

(51) *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, 1944. La casi unanimidad de la doctrina emplea esta expresión. El Prof. ORÍEGO COSTALES mostró, sin embargo, su preferencia por la expresión "genicidio" en una conferencia que bajo este título dió en la Universidad de La Laguna el 21 de enero de 1953.

(52) De los 9 millones de judíos que había en Europa en 1939, 5.700.000 habían desaparecido al terminar la Segunda Guerra Mundial. En los países ocupados por las tropas de Hitler, el porcentaje de exterminio resulta impresionante. Así, en Holanda, el 60 por 100; en Austria, el 66 por 100; en Grecia, el 80 por 100; en Alemania, el 81 por 100; en Checoslovaquia, el 82,5 por 100; en Po-

había sentido también la necesidad de proteger a determinados grupos de población con las normas sobre protección de minorías contenidas en los tratados de paz que pusieron término a la primera guerra mundial. El genocidio, como ha indicado DROST (53), es un tipo especial de delitos contra la humanidad; pero que, a efectos de conceptualización, es más fácilmente definible que los restantes crímenes contra la humanidad, ya que es muy concreto y delimitado. El genocidio, dentro de los crímenes contra la humanidad, ofrecía un interés especial, y por ello se planteó en las Naciones Unidas la oportunidad de redactar una Convención sobre la materia, que aprobó la Asamblea General por unanimidad el 9 de diciembre de 1948 (54), habiendo entrado en vigor relativamente pronto. Sin embargo, las reservas hechas a la Convención por determinados países han provocado delicados problemas de aplicación, motivando una solicitud de dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia (55).

El artículo II de la Convención da una definición enumerativa del genocidio: "Cualquiera de los actos siguientes cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) matar a los miembros del grupo;
- b) causar graves daños físicos o mentales a los miembros del grupo;
- c) someter al grupo deliberadamente a condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física total o parcial;
- d) imponer medidas dirigidas a evitar los nacimientos dentro del grupo;
- e) transferir por la fuerza niños del grupo a otro grupo" (56).

5. Con la *piratería* nos alejamos del derecho de Nürémberg. De-sde los tiempos más remotos el pirata ha sido considerado como el "hostis humani generis", el enemigo por excelencia del género huma-

lonia, el 85 por 100; en Letonia, el 89,5 por 100, y en Lituania, el 90 por 100. En determinadas ciudades con importantes núcleos de población judía, las cifras son escalofriantes. Así, en Kielce, de 17.840 judíos, quedaron sólo 243; en Kutno, de 6.440 quedaron 50; en Varsovia, de 352.559 quedaron 6.000; en Leipzig, de 11.564 sólo había 15 en 1945). Prácticamente no había judíos de menos de diez años en Europa; había desaparecido una generación (Tomado del Curso de Graven citado).

(53) *Op. cit.*, p. 196.

(54) Resol. 260/III/A. Recogida en el *Rec. des traités* de las Naciones Unidas, vol. 78, p. 277 y ss.

(55) Díez DE VELASCO, *El Sexto Dictamen del T. I. J.: Las reservas a la Convención sobre el genocidio*. "Rev. Española de Derecho Internacional", 4 (1951), p. 1029 y ss.

(56) En general, sobre el genocidio, MIAJA DE LA MUELA, *El genocidio, delito internacional*, "Rev. Esp. Derecho Internacional", 4 (1951), p. 363 y ss.

no, porque trastorna el orden espacial establecido en el mar (56 bis). Así, para el juez STORY, la piratería constituía un delito contra el derecho de gentes:

“The common law, too, recognizes and punishes piracy as an offence, not against its own municipal code, but as an offence against the universal law of society, a pirate being deemed an enemy of the human race... The general practice of all nations in punishing all persons, whether natives or foreigners, who have committed this offence against any person whatsoever, with whom they are in amity, is a conclusive proof that the offence is supposed to depend, not upon the particular provisions of any municipal code, but upon the law of nations, both for its definition and punishment” (57).

Con la firma de la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar, de 29 de abril de 1958, se ha pretendido convertir en normas escritas las obligaciones consuetudinarias en materia de piratería. Su artículo 15 dice así:

“Constituyen actos de piratería los enumerados a continuación:

1. Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depreciación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido:

a) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos:

b) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

2. Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata.

3. Toda acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionalmente a cometer los actos definidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo” (58).

Pero, al no haberse obtenido número suficiente de ratificaciones, y no entrar en vigor la Convención, el régimen de derecho positivo de la

(56 bis) Carl SCHMITT, *Der nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Colonia, 1950.

(57) U. S. v. Smith (1820), cit. en BISHOP, *International Law. Cases and Materials*, Boston-Toronto, 1963, p. 206.

(58) Utilizamos la traducción que aparece en AZCÁRRAGA, *La Conferencia de Ginebra sobre el derecho del mar*, separata del Anuario de la Asociación española de Derecho marítimo, Madrid, 1958.

piratería sigue siendo consuetudinario. En todo caso, la Convención de Ginebra nos servirá como texto interpretativo de los confusos preceptos consuetudinarios, y el actual Derecho internacional de la piratería ha de partir de ella mientras no exista una norma en contrario.

Las consecuencias tradicionales de la piratería de Derecho internacional eran la perseguibilidad por cualquier Estado del buque pirata y la posibilidad de imposición de sanciones, también por cualquier Estado (principio de competencia universal). Bajo los preceptos de la Convención de Ginebra estas consecuencias se reiteran y delimitan. En todo caso, la piratería de Derecho internacional es hoy una institución bastante precisa, no cabiendo ampliar fuera de esos límites el concepto de piratería internacional. Otra cosa es la piratería de derecho interno, tipificada y sancionada en las leyes estatales, pero que no puede tener otras consecuencias que la persecución y sanción por el derecho estatal, sin obligar a los demás Estados a perseguir ese segundo tipo de piratería (59).

6. Frente a las figuras delictivas que hemos enumerado hasta aquí y que ofrecen un neto carácter internacional, los tipos delictivos que enumeraremos a continuación ofrecen una menor internacionalidad por diferentes motivos. O bien, tratándose de la protección de relaciones internacionales, las normas penales internacionales no existen o son deficientes. O bien, porque la causa de su tipificación internacional es la generalidad y no el que atenten los actos dañosos al orden internacional.

Con respecto al primer grupo de delitos, los que atentan al orden internacional, pero que no han sido recogidos en auténticas fuentes de derecho internacional, no podemos hablar de verdadero delito internacional. Nos estamos refiriendo a los ataques contra jefes de Estado extranjeros, representantes diplomáticos y otras autoridades extranjeras. El derecho diplomático forma parte esencial del derecho internacional. Pero la protección de la representación diplomática no se ha verificado a través de vía penal internacional, sino a través de la responsabilidad del Estado. La mayor parte de las legislaciones estatales recoge como figuras delictivas de derecho interno estos ataques a los jefes de Estado extranjeros y representaciones diplomáticas (60). Pero no son delitos internacionales, careciendo, por tanto, de las características específicas de los delitos internacionales, es decir, la perseguibilidad por cualquier Estado sin consideración al lugar de su comisión o nacionalidad del delincuente.

7. Desde un punto de vista material tampoco serían delitos internacionales aquellos que, aunque recogidos en normas internacionales, no atentan a las relaciones internacionales como tales, sino que

(59) JIMÉNEZ DE ASÚA trata de la distinción entre piratería de derecho interno y piratería de derecho internacional en *op. cit.*, II, p. 754 y ss.

(60) QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, I, p. 283 y ss.

se recogen en textos internacionales por su carácter de *generalidad*, y debido a que la única forma de ponerles remedio es la persecución internacional de las figuras delictivas. Formalmente son, sin embargo, auténticos delitos internacionales, en cuanto han sido recogidos en normas internacionales.

A este grupo pertenecen, en primer lugar, las normas penales de protección a los derechos de la persona. Históricamente, la protección internacional a los derechos inherentes a la persona humana se inició con relación a la esclavitud. La declaración del Congreso de Viena de 8 de febrero de 1815 prohíbe el tráfico de esclavos negros. El Tratado firmado el 20 de diciembre de 1841 entre las cinco grandes potencias europeas sobre represión del comercio de esclavos, supone el primer paso efectivo en este terreno, al asimilar la trata de esclavos a la piratería, instituyendo los derechos de detención y visita, con confiscación de naves en algunas zonas marítimas de África. Este tratado será ampliado por el Acta del Congo de 1885 y el Acta General de Bruselas de 2 de julio de 1890. La Convención anti-esclavista de 25 de septiembre de 1926 impone a los Estados la represión de la trata de esclavos y la colaboración mutua en este campo. La Convención de 1956 obliga a los Estados firmantes a imponer sanciones penales sobre la utilización de su bandera para el transporte de esclavos por barco o avión. La Convención sobre la Alta Mar autoriza el apresamiento por cualquier Estado de los buques dedicados al comercio de esclavos. Cabe citar, por último, la Convención sobre abolición del trabajo forzado, de 25 de junio de 1956.

La aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1948, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre permitiría la elevación a principio general de la protección de los derechos del hombre. Pero falta a esta Declaración el carácter de positivación que se necesitaría para exigir su cumplimiento efectivo, ya que no constituye una convención internacional. Le faltan a la Declaración cláusulas penales frente a sus posibles infracciones, y ni siquiera se impone a los Estados la obligación de recoger en sus legislaciones internas una protección penal para esos derechos. No obstante, teniendo en cuenta el imperfecto estado de elaboración del derecho internacional, una infracción a sus preceptos podría servir de base a una represión penal por un tribunal internacional, de modo parecido a cómo se produjo la actuación del Tribunal de Nüremberg. Los tribunales estatales sólo podrían actuar—claro está—sobre la base de las normas vigentes en cada país en materia penal. En cambio, el Convenio firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por las 15 naciones del Consejo de Europa, la llamada Declaración europea de derechos del hombre, sí constituye un texto de derecho positivo internacional, un auténtico tratado multilateral. Con la creación de la Comisión y el Tribunal europeo de derechos del hombre, se dota a estos derechos individuales de garantías procesales. Pero no existen tampoco normas penales internacionales, aunque suponen una limi-

tación para el legislador estatal a la hora de regular los tipos penales (61).

La protección internacional de mujeres y niños se viene verificando desde comienzos de siglo. El Convenio de París de 4 de mayo de 1910 impone a los Estados la obligación de sancionar penalmente la trata de blancas. La Convención de Ginebra de 30 de septiembre de 1922 obliga a los Estados firmantes a configurar en sus derechos estatales los delitos de trata de mujeres y niños y a prestarse ayuda mutua en la represión de estos delitos. El Convenio de Ginebra de 11 de octubre de 1933 amplía las reglas a la trata de mujeres mayores de edad, aun cuando sea con su consentimiento.

Otros delitos se refieren a la circulación y tráfico de publicaciones obscenas (Convenios de 4 de mayo de 1910 y 12 de septiembre de 1923), al tráfico de estupefacientes (Convenios de 23 de febrero de 1912, 19 de febrero de 1925, 13 de julio de 1931 y 26 de julio de 1936), a la protección de cables submarinos (Convenio de 14 de marzo de 1884), falsificación de moneda (Convenio de 20 de abril de 1929) y terrorismo (Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1937).

El valor jurídico-positivo de todos estos textos internacionales es vario. La mayor parte de ellos ha obtenido el número de ratificaciones necesario y han entrado en vigor. Otros (como la Convención sobre la Alta Mar, de 1958), no han tenido esa suerte, y no han pasado a constituir derecho positivo internacional. En principio, la obligatoriedad de cada uno de esos textos no cabe extenderla sino a los países que los han firmado y ratificado. Sin embargo, la simple aprobación por alguna organización internacional general, como la ONU, de esos textos, puede dar lugar a una ampliación de su ámbito de validez espacial, si no como derecho escrito, al menos como derecho consuetudinario general. Pero no es éste el momento de profundizar en este terreno, que constituye uno de los temas más delicados del derecho internacional público. A la hora de abordar una reforma del Código penal español, nos interesa, en primer lugar, conseguir que España cumpla con sus compromisos internacionales, los compromisos expresamente contraídos al firmar y ratificar acuerdos y convenciones internacionales. Pero, "de lege ferenda", a la hora de reestructurar nuestro derecho penal, nada impide que tratemos de incorporar a él los principios penales recogidos en tratados internacionales no ratificados por España, las normas de derecho consuetudinario, e incluso textos que carezcan de valor positivo en absoluto, como las declaraciones de organizaciones internacionales o la jurisprudencia de determinados tribunales, como los de Núremberg y del Extremo Oriente. Los proyectos de convención de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas pueden también ser útiles a la hora de reconstruir en nuestro Código los delitos contra el derecho de gentes.

(61) José Luis PARDOS, *Derechos del hombre en el Consejo de Europa* (con prólogo de don Antonio de LUNA), Murcia, 1960. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, I, ps. 348-49.

¿Hasta qué punto nuestro Código está necesitado de una reforma en cuanto a los preceptos dedicados al derecho de gentes? El Código de 1944 encabeza el Capítulo III del Título I del Libro II con la rúbrica "Delitos contra el derecho de gentes". En su articulado se recogen, además, una serie de figuras acordes con los preceptos internacionales que hemos citado. Fuera del Código penal, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante y el Código de Justicia Militar recogen preceptos de relevancia internacional. Veamos las figuras más importantes del Código penal:

El enunciado del Capítulo III del Título I es engañoso. Ese capítulo encierra sólo dos artículos referentes a los ataques contra un Jefe de Estado extranjero o su representación diplomática. La expresión "Delitos contra el derecho de gentes" la creemos totalmente acertada. No el contenido. Como hemos visto, los delitos contra el derecho de gentes son mucho más amplios que los supuestos que recogen los artículos 136 y 137. Ello justifica por lo pronto una ampliación, asignándole a este tipo de delitos todo un título del Libro II. Más exactamente, la forma lógica de iniciarse el Libro II habría de ser, precisamente, con los delitos contra el derecho de gentes, seguidos de los delitos contra la seguridad exterior y contra la seguridad interior del Estado.

Con respecto al resto de los artículos relevantes para el derecho internacional, conviene trazar una distinción entre las figuras que englobamos en los apartados 1 a 6, que constituyen los auténticos delitos contra el derecho de gentes en sentido material, de los supuestos del apartado 7. Estos últimos sólo formalmente son delitos contra el derecho de gentes. Por tanto, en un Código que clasifica a los delitos *materialmente* (delitos contra el derecho internacional, delitos contra el Estado, delitos contra la propiedad, delitos contra la integridad personal, delitos contra la honestidad) no sería posible su incorporación a los delitos contra el derecho de gentes, sino que habrían de ser mantenidos en los títulos correspondientes a los atentados contra el bien jurídico particular a que afectan, tal como, en efecto, se viene haciendo hasta ahora en el Código. Al respecto cabe señalar que la extensión que les da el Código parece suficiente, aunque esas normas podrían ser completadas a la vista de las normas de derecho internacional hoy vigentes.

Con respecto a la esclavitud, el anacronismo de esta figura resultaría evidente en España. No tendría sentido práctico el que nuestro legislador añadiera un nuevo capítulo el Título VIII ("De los delitos contra las personas") que, tras el homicidio, el infanticidio, el aborto y las lesiones, se encabezara "De la esclavitud", sobre todo teniendo en cuenta que los supuestos que pudieran darse encajan perfectamente en los artículos 480 y siguientes, relativos a las "detenciones ilegales". En cambio, el trabajo forzado podría ser incluido expresamente en la sección 2.ª del Capítulo II del Título II ("De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos de la persona reconocidos por las leyes"), aunque mientras no se verifique esa incorpo-

ración la figura puede ser identificada con varios supuestos de esa misma sección: imposición de algún castigo equivalente a pena personal (art. 178), establecimiento de una penalidad distinta a la establecida por la ley (art. 181), el funcionario de prisiones que impusiere a los presos o sentenciados privaciones indebidas (art.187-5.º).

Protección penal a mujeres y menores se da en los artículos relativos a los delitos contra la honestidad (Título IX), en los artículos 484-486 (Sustracción de menores) (62), entre los delitos de escándalo público, especialmente los artículos 431-2.º y 4.º. En cuanto a las publicaciones obscenas, el artículo 433 ("los que expusieren o proclamaran por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad doctrinas contrarias a la moral pública), y entre las faltas de imprenta (artículo 566-4.º). El artículo 344 sanciona el tráfico de estupefacientes: el Capítulo XII del Título II recoge los delitos de terrorismo, aparte de la legislación especial que aplica la jurisdicción militar. El Capítulo II del Título III, encabezado con la rúbrica "De la falsificación de moneda metálica y billetes de banco", es aplicable no sólo a la falsificación de monedas y billetes españoles, sino también a la de moneda extranjera, ya que el artículo 284 equipara las monedas nacionales y extranjeras a efectos penales. La destrucción de cables submarinos no está prevista especialmente, pero encaja en los supuestos del Capítulo VIII del Título XIII, relativo a los daños -(art. 557 ss.) y en el artículo 554 (destrucción de hilos y postes telegráficos); tampoco parece necesaria una tipificación especial, ya que no es un delito de comisión diaria.

En resumidas cuentas, estas figuras delictivas formalmente internacionales se encuentran recogidas de un modo más o menos completo en los diferentes títulos del Libro II. Mientras la parte especial de nuestro Código penal se inspire en el criterio de clasificación por el bien jurídico violado (63), no consideramos posible agruparlas en un apartado especial, debiendo seguir repartidas en las diferentes secciones del Libro II. En todo caso, a la vista de una reforma, habrá que tener en cuenta las normas internacionales que les afectan, en especial las contenidas en los convenios y tratados internacionales ratificados por España.

En cuanto a las restantes figuras delictivas, las que hemos considerado como materialmente de derecho internacional, merecen un estudio más detallado. En el Código existen unos cuantos preceptos di-

(62) La doctrina española se ha ocupado últimamente de esta figura delictiva. Así, Manuel COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores (Objeto y sujeto de la sustracción)*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 14 (1961), ps. 207 y ss. y 433 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, *La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 14 (1961), página 5 y ss.

(63) Frente a este criterio de clasificación el Pr. f. ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la parte especial del derecho penal*, La Laguna, 1959, ps. 13-14 y 70 y ss. En el mismo sentido, Manuel COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas...* citado, p. 210.

seminados, sin conexión entre sí, y que cabría agrupar en un nuevo título, que podría llamarse perfectamente "De los delitos contra el derecho de gentes".

1. Con respecto al *crimen contra la paz*, en la actual redacción del Código hay una serie de preceptos que formulan aspectos parciales de su contenido; así, el artículo 120 (inducción a una potencia extranjera a declarar la guerra a España), 121-3.º (acumular medios para hacer la guerra a España), 127 y 129 (provocar o dar motivo a una declaración de guerra contra España), 128 (comprometer la neutralidad del Estado), 130 (violación de tregua o armisticio) y 133 (levantar tropas para el servicio de una potencia extranjera). En especial, resulta interesante el artículo 131 (el funcionario público que, abusando de su cargo, comprometiera la dignidad o los intereses de la nación española de un modo que no esté comprendido en este capítulo), que da una base para exigir responsabilidades a los gobernantes y altos cargos de la administración para el caso de incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, lo que supone, desde luego, un perjuicio para la dignidad y los intereses de la nación. Sobre todo, para el supuesto de prohibición de declarar o provocar la guerra. El mismo encabezamiento del Título II ("Delitos que comprometen la paz y la independencia del Estado") es significativo a este respecto, y nos proporciona un precioso antecedente para la introducción de modificaciones en este sentido.

2. *Crímenes de guerra*.—En varios lugares del Código se recogen tipos delictivos de crimen de guerra. Así, en el artículo 127, "El que con actos ilegales o que no estén competentemente autorizados... expusiere a los españoles a experimentar vejaciones o represalias", englobar en general todos los supuestos de infracción de las normas del derecho de la guerra, que pueden traer como consecuencia represalias contra los españoles; el artículo 130 (violación de tregua o armisticio entre las fuerzas beligerantes); artículo 133, 2.º (destinar buques al corso). El artículo 324 (uso indebido de uniformes, insignias o condecoraciones) es también extensible a la infracción de determinadas normas de derecho de la guerra, como las relativas a la utilización de insignias de la Cruz Roja. Los artículos 547 y siguientes ("Del incendio y otros estragos") contienen los supuestos materiales que constituyen una parte muy importante de los crímenes de guerra: incendio de archivos y museos, trenes de viajeros, buques, almacenes de materiales inflamables o explosivos, teatros, iglesias o edificios destinados a reuniones (art. 547), incendio de edificio, alquería, choza, albergue o buque en puerto (art. 548), incendio de mieses, pastos, montes o plantíos (art. 551), y, sobre todo, el artículo 554: causar estragos por medio de destrucción de aeronave, inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o máquina de vapor, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de

señales, etc. Pero esta enumeración material debemos reconocer que carece de relevancia a nuestros efectos, pues al crimen de guerra serán aplicables normalmente las leyes militares, es decir —fundamentalmente—, el Código de Justicia Militar y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (64).

3. Con respecto a los *crímenes contra la humanidad*, la protección penal la proporciona, ante todo, el Título II, Capítulo II, sección 2.^a (“Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.”); también los artículos dedicados a los delitos contra la salud pública (Título II, Capítulo II), los Capítulos I y IV del Título VIII (homicidio y lesiones) y los preceptos relativos a detenciones ilegales (Título XII).

4. El *genocidio*, lógicamente, es desconocido para nuestro Código, como nueva figura sólo creada a la terminación de la guerra. Tampoco existe ningún precedente para esta figura delictiva en el Código.

5. El Capítulo IV del Título I está dedicado a la *piratería*. En los dos artículos que se le dedican (138 y 139) se mezclan las figuras de la *piratería de derecho interno* y la *piratería internacional*. La *piratería de derecho interno* podría ir a otro lugar del Código; para el profesor ORTEGO SOSTALES se trata de un delito contra la vida y el patrimonio (65). La *piratería de derecho internacional* ofrece, sin embargo, caracteres complejos. La definición del artículo 15 de la Convención sobre Alta Mar de 1958, tendrá forzosamente que servir de punto de partida a una nueva regulación de esta figura dentro de los delitos contra el derecho de gentes, cualquiera que sea la ubicación de la *piratería de derecho interno*, figura, desde luego, distinta y para cuya regulación el Estado no está sometido a normas internacionales.

6. Los *atentados contra Jefes de Estados extranjeros y violación de su inmunidad o la de sus representantes diplomáticos* (arts. 136 y 137), decíamos que no cabía considerarlos como delitos internacionales. Sin embargo, a efectos de sistematización convendría su encuadramiento en un título dedicado a los delitos contra el derecho de gentes. La regulación de las concretas infracciones al régimen de inmunidades diplomáticas dependerá del resultado de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la reciente Conferencia de Viena.

(64) Vid. nuestro trabajo citado en la nota 47, y el de PASTOR RIDRUEJO, *Los delitos contra el derecho de gentes en el Código de Justicia Militar*, Revista española de Derecho militar, núm. 10 (1960), p. 9 y ss.

(65) *Op. cit.*, p. 76.

CONCLUSIONES

Cuando se trata de llevar a cabo una reforma penal en España, en el momento actual, no podemos prescindir de las conquistas del Derecho internacional. El Derecho internacional de la Segunda Postguerra cuenta en este momento con un rico contenido de figuras penales. Por otro lado, España no puede dejar de cumplir los compromisos internacionales por ella asumidos. Estos nos obligan a una recepción en nuestro Derecho positivo interno de las normas de Derecho internacional positivo vigentes, y hace muy conveniente aprovechar los resultados del movimiento precodificador llevado a cabo en el seno de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas.

1-4. En el nuevo Código penal, los "delitos contra el derecho de gentes" merecen un título especial. Nos referimos a las conductas que constituyen auténticamente una infracción al Derecho internacional público. Destacan en primer lugar las cuatro figuras delictivas resultantes de la Carta y el Tribunal de Nüremberg: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Los crímenes de guerra tienen su lugar adecuado en el Código de Justicia Militar y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, en las condiciones que ya hemos apuntado en otro trabajo anterior (66). Para la fijación de los crímenes contra la paz y contra la humanidad resultará extraordinariamente útil la labor de la Comisión de Derecho internacional, que ha formulado los Principios de Nüremberg y ha preparado un Proyecto de Código de ofensas contra la paz y seguridad de la humanidad (67). Para la regulación del genocidio habremos de partir de la Convención de 1948 (68).

5. La piratería de Derecho internacional debe ser otra de las figuras incorporadas a ese título de delitos contra el derecho de gentes, ajustándose al artículo 15 de la Convención sobre Alta Mar. No cabe decir lo mismo de la piratería de derecho interno, que, además de tener que figurar en otro lugar del Código —si subsiste (69)—, no podría inspirarse en los mismos criterios que la piratería de Derecho internacional.

6. La protección penal a Jefes de Estado extranjeros y representantes diplomáticos, aunque no haya sido configurada formalmente

(66) Citado nota 47.

(67) *Yearbook of the International Law Commission*, 1950-II, p. 374 y ss., y 1954-II, p. 151 y s.

(68) *Rec. des Traités*, vol. 78, p. 277 y ss.

(69) El Prof. ORTEGO COSTALES considera anacrónica la piratería, en *op cit.*, página 76. Pero pensamos se refiere sólo a la piratería de derecho interno. El incidente del "Santa María" ha puesto de actualidad la piratería de derecho internacional, dando lugar a interesantes controversias doctrinales. Así, en España, las declaraciones de los profesores LUNA y YANGÜAS MESSÍA a los diarios "Ya" y "ABC", respectivamente, y las conferencias de los profesores AGUILAR NAVARRO, en el Colegio de Abogados de Madrid, y GARCÍA ARIAS.

Vid también, FENWICK, "Piracy" in the Caribbean, "American Journal", 55 (1961), p. 426.

como delito internacional, encuentra un lugar adecuado en ese mismo título de los delitos contra el derecho de gentes, por razones prácticas y por tradición legislativa. Repetimos la necesidad de tomar en consideración los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional que han desembocado en la reciente Conferencia de Viena.

7. Por último, las figuras que hemos calificado de "formalmente internacionales" (trata de mujeres y niños, falsificación de moneda, circulación y tráfico de publicaciones obscenas, etc.), deben seguir distribuidas en las diferentes secciones de la parte especial, en el lugar correspondiente al bien jurídico protegido. Pero en cada uno de los delitos será necesario estudiar la posible adhesión de España a alguna de las Convenciones internacionales existentes, y puede resultar conveniente el partir de acuerdos internacionales —aun los no firmados por España— e incluso de simples proyectos de convención, para seguir sobre la línea de progreso del Derecho internacional y lograr una armonización al máximo de nuestra legislación con la de otros países.

Al volver atrás sobre lo que hemos dicho, nos damos perfecta cuenta de que en realidad sólo hemos llevado a cabo un trabajo burdo. Desde el Derecho internacional resulta imposible profundizar más allá de un cierto límite cuando se entra en contacto con el Derecho estatal. En realidad, el Derecho internacional sólo puede dar al penalista unos tipos delictivos muy generales, correspondiendo a éste un trabajo mucho más delicado: la fijación precisa de tipos penales, de formas de culpabilidad y participación, de escalas de sanciones, etc. Esperamos de todos modos que este poco que hemos hecho pueda ofrecer alguna
Verano de 1961.

La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963 (*)

MANUEL COBO
Profesor Adjunto de Derecho Penal
de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Planteamiento y finalidad del tema.*—II. *Revisión del ámbito de aplicación del artículo 428 del Código Penal de 1944:* 1. Criterios de interpretación y principios informativos.—2. Sujetos.—3. Situación fáctica de los sujetos pasivos.—4. Función de la sorpresa.—III. *Examen de las soluciones propuestas:* 1. Observaciones previas. Función de la Ley de Bases de 1961.—2. Distintas soluciones. Estudio crítico: a) Legítima defensa del número 4 del artículo 8. b) Trastorno mental transitorio del número 1 del artículo 8. c) Atenuante quinta del artículo 9. d) Atenuante sexta del artículo 9. e) Atenuante octava del artículo 9. f) Otras pretendidas soluciones.—3. Consideraciones finales.

I

PLANTEAMIENTO Y FINALIDAD DEL TEMA

El contenido del artículo 428, como fue descrito por el Código de 1944, es ignorado totalmente por el texto penal de 1963: ha desaparecido íntegramente. En todo momento debe contarse con este hecho: queda prohibido, radicalmente, hacer uso de él. Quizá parezca superflua la presente consideración. Sin embargo, es necesaria desde el momento que no se pretende aludir al simple suceso de la supresión, sino principalmente a los cambios que esta supone. Interesa más bien subrayar no tanto la desaparición material del precepto, como la *nueva* forma de resolver las hipótesis que comprendía el artículo 428. El intérprete deberá contemplarlas, a partir de ahora, de manera muy distinta, como es natural. La supresión será entendida no sólo como desaparición del catálogo de figuras del libro II del Código penal, sino fundamentalmente como abandono del anterior esquema interpretativo. Nace, por tanto, la obligación de encontrar el criterio informador de la actitud legislativa, que necesaria-

(*) El presente estudio ha sido expresamente redactado para el volumen en homenaje al Rvdo. Padre Julián Pereda, S. J., que se publicará en su día. Se ha elegido este tema debido a la especial atención que ha dedicado al "uxoricidio" el tantos años profesor de Derecho penal de Deusto.

mente implicará la adopción de un nuevo esquema con virtualidad, no para el inexistente artículo, pero sí para la solución de los reales y concretos supuestos que con él se regulaban.

Este trabajo pretendé desempeñar una doble función: *teórica*, en la medida que se relaciona con temas que tienen eficacia para distintos extremos (por ejemplo, delitos contra las personas, adulterio, eximentes, atenuantes, etc.); *práctica* —y ésta muy específica y primordialmente—, desde el momento que se persigue realizar un estudio de las soluciones que pueden resolver los casos concretos que hoy se encuentran huérfanos de especial regulación. Esta última queda destacada por dos órdenes de consideraciones:

a) Una genérica: afirmando el valor del estudio genuinamente dogmático, no se olvida, sino que antes se toma muy en cuenta, que aquí desempeña una función instrumental, tendente a conseguir “resultados prácticos, soluciones justas” (1). La última meta de la ciencia del Derecho “es el caso individual y su decisión...; su objetivo propio es la práctica jurídica; se trata de una ciencia práctica en la medida que se pone al servicio de fines prácticos” (2). Debe, pues, coadyuvar principalmente a preparar la decisión judicial, a “proveer de normas al juez” (3), para conseguir que aquélla sea más justa.

b) Otra específica, que proviene de la expuesta en a), reflejada en el particular contenido de este tema. Así se acentuó por Jiménez de Asúa la incoincidencia de la justicia del caso concreto “con la justicia de la serie que la Ley representa” (4), en inmediata referencia con los problemas que ofrecía el artículo 523 del Código de 1928. Todavía más en la situación actual: desaparecida una especial regulación legal, se le presenta al juzgador, con carácter de urgencia, la cuestión de qué normas puede y debe aplicar a los casos que aquélla

(1) J. OSSORIO MORALES, *El Derecho y la vida* (Discurso de apertura de Curso de la Universidad de Granada), Granada, 1960-61, p. 4. Sobre el problema general desarrollado en la anterior obra, J. DEL ROSAL, *Esquema de un Anteproyecto de Código penal español* (Discurso en la R. A. de J. y L.), Madrid, 1964, p. 46, nota 58, y la bibliografía allí citada.

(2) H. COING, *Gründzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950, en traducción española de J. M. MAURI, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, p. 266. De interés, RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 2.^a ed. México, 1961, p. 660 y ss. A juicio de A. D'Ors, el derecho puede definirse en los siguientes términos: “derecho es aquello que aprueban los jueces”. Es, por tanto, una “realidad judicial. Se produce como individualización de unos criterios que llamamos *normas* mediante su aplicación a casos concretos que se presentan a los jueces”. Se trata, en consecuencia, de la concepción “judicialista” del derecho (Alvaro D'Ors, *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1963, ps. 14, 16 y 148, entre otras).

(3) En expresión de EITHELICH, *Die juristische Logik*, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, T. 115, p. 259 (Coing, *ob. cit.*, p. 266 recoge la anterior opinión). Vid. el sistema que preside la contribución de GERHARD O. W. METZLER, *El Derecho penal. Sus conceptos en la vida real* (trad. esp. de Suárez del Campo), Buenos Aires, 1963, *passim*, dirigido especialmente a la decisión judicial.

(4) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Prólogo* a la obra de J. PÉCO, *El uxoricidio por adulterio*, Buenos Aires, 1929, p. XV.

comprendía. Aquí radica, justamente, el sentido último de esta contribución.

El sistema general que se ha seguido puede resumirse muy brevemente:

El primer paso ha sido precisar, en lo posible, los contornos del suprimido artículo 428, para de esa forma conocer el suelo real y fáctico en que se sustentaba. Se trata, por tanto, de un proceso de delimitación de los distintos supuestos que se han visto afectados, esto es, de las concretas hipótesis que regulaba. Su justificación es obvia.

En segundo lugar, se realiza un examen de las soluciones apuntadas por la Ley de Bases de 1961, y simultáneamente de las propuestas por la doctrina, que ya se había adelantado, con buen criterio, al cambio legislativo.

Al mismo tiempo, se *seleccionan* las distintas respuestas que pudieran emplearse ante las preguntas que cabe hacer a la vista de la actual situación legal.

II

REVISIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 428 DEL CÓDIGO PENAL DE 1944 (*)

1. *Criterios de interpretación y principios informativos. Crisis del precepto.*

Los diferentes autores (5) que se ocuparon del tema han partido de (o conseguido) un criterio general, o varios, con el que interpretar el

(*) El artículo 428 del Código penal de 1944 decía textualmente: "El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.—Si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena.—Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna.—El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas."

(5) Vid., de entre la abundante literatura española al respecto: GALO SÁNCHEZ, *Datos jurídicos acerca de la venganza del honor*, en Rev. Filología Española, 1917, ps. 292 y ss. Q. SALDAÑA, *Siete ensayos sobre sociología sexual*. Madrid, 1927, ps. 153 y ss. F. CASTEJÓN, *Derecho penal*, 1.^a ed. Madrid, 1931, páginas 142-143. Del mismo, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, 1946, p. 85. J. BASTERO, *La legítima defensa del honor*, Zaragoza, 1943, ps. 86 y ss. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, Caracas, 1945, ps. 547 y ss. Del mismo, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, 2.^a ed., Buenos Aires, 1961, ps. 145 y 139. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, 1946, ps. 261 y ss. Del mismo, *La Criminología en la literatura universal* (Ensayo de propedéutica biológico-criminal sobre fuentes literarias), Barcelona, 1951, ps. 91 y ss. Del mismo, *El uxoricidio como parricidio privilegiado*, en ADPCP, 1955, ps. 495 y ss. Del mismo, *Compendio de Derecho penal*, vol. II, Madrid, 1958, ps. 226-228. Del mismo, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1962, ps. 380 y ss. ANTON ONECA, *Derecho*

artículo 428, y desde él llevar a cabo sus reflexiones, frecuentemente críticas, sobre los distintos aspectos que el texto legal ofrecía. Los principios informativos que tradicionalmente ha subrayado la doctrina, en líneas generales, son los siguientes:

El artículo 428, se ha dicho reiteradamente, significaba una clara y evidente protección del honor, de la honra, en detrimento del bien vida humana, o en su caso, integridad física. Era, pues, consagración de una especie de derecho de vida y muerte, de venganza, en todo momento injusta. Se trataba, finalmente, de un entendimiento puramente *objetivo*, y así configurado no existe inconveniente en suscribir los variados y gráficos epítetos con que ha sido adjetivado por la doctrina científica.

Para otros, la razón de tan amplio privilegio provenía más de instancias *subjetivas*, que de consideraciones objetivas. Se fundaba entonces en causas psicológicas, que, verificándose en el sujeto activo, le colocaban en tal estado emocional, que no podían por menos que tener relevancia jurídica. Sin embargo, ello no es obstáculo para que, igualmente, fuera criticado con idéntica crudeza.

De esta forma se han acentuado las versiones objetiva o subjetiva, y con frecuencia se llegaba a concebir el 428 un tanto unilateralmente. El desdichado precepto, en su génesis, pretendió armonizar ambos criterios, y así lo cree Pacheco, quien estimándolo merecedor de "toda aprobación", afirmaba que "la ley de la defensa se aplica aquí *hasta cierto punto*; pues el marido que de esa suerte se conduce, no hay duda de que defiende su honor. La excepción de los *estímulos poderosos que arrastran irresistiblemente*, tiene aquí un caso que tampoco se puede dudar, pues que es imposible encontrar ni señalar otro mayor estímulo que el que precipita a un acto semejante". Y todavía más aleccionador es el siguiente pasaje: "para la inteligencia de este precepto es necesario atender a dos circunstancias: Primera, que la muerte o la lesión causada ha de ser en el acto de la sorpresa ejercida, no después, no dejando pasar algún tiempo. *El movimiento de honor que sirve de razón a la excusa, se hace digno de consideración y de respeto cuando arrastra, cuando decide obrar en el momento propio*. Si pasa tal ocasión, si ha lugar a otras consideraciones que las de aquella *primitiva cólera*, la ley no puede ya cerrar sobre ellas los

penal (P. Gen.), Madrid, 1940, p. 318. P. JULIÁN PEREDA, *El uxoricidio*, sep. de ADPCP, 1951. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho penal* (P. Esp.), Madrid, 1949, ps. 257-258. MIGUEL E. DE CARMONA, *El Adulterio en Derecho Civil, Canónico, Social, Penal y Procesal*, Barcelona-Madrid, s. t., ps. 282-284. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. IV, Madrid, 1956, ps. 367 y ss. CASTÁN VÁZQUEZ, *La protección al honor en el derecho español*, sep. de Rev. Gral. de Legis. y Jurisp., Madrid, 1958. E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, (P. Esp.), 11 ed., Barcelona, 1961, ps. 500 y ss. D. MOSQUETE, *La impunidad del uxoricidio legal*, en Rev. Esc. de Est. Peniten., 1961, ps. 2698 y ss. SÁINZ CANTERO, *El uxoricidio por causa de honor y la reforma del Código penal*, sep. del Colegio de Abogados de Granada, 1962. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión del Código penal y otras leyes penales*, Barcelona, 1963, ps. 186 y ss.

ojos, ni disimularla hasta el punto que aquí la disimula. Quedaremos entonces en los casos generales de la criminalidad y de sus circunstancias ordinarias. Entonces no es ya aquí, sino en el artículo 9.º del Código, donde se ha de buscar la atenuación de la pena" (6).

Pacheco, dentro de la legalidad entonces vigente, interpretó el texto legal, contemplando sus dos versiones, objetiva y subjetiva, pero sin pretender crear antagonismos entre ellas. Sin duda, parte del *honor* en su exégesis; pero éste, por sí solo, no era suficiente para explicar la existencia del 428, y el privilegio que encerraba. Justamente la acentuación, o mejor, radicalización del primero, originó que algunos supuestos se convirtieran en trágicas caricaturas, y que a un cierto nivel cultural fuera calificado el precepto en cuestión de "ancestral". Un caso concreto puede aclarar el razonamiento: en un adulterio, puede suceder que el honor, en la medida que supone un juicio valorativo de instancia social, no se menoscabe, si aquél se mantiene en la más estricta intimidad de los adúlteros. El marido sorprende en los términos del 428 a ambos y les produce la muerte. Ocurre entonces que al realizar esta acción es, precisamente, cuando tendrá resonancia ante terceros, y también cuando podrá ponerse en tela de juicio la honorabilidad del marido, o, por el contrario, aplaudir su actitud; pero no antes, ya que era desconocida la denominada "afrenta".

De aquí que, en consecuencia, tuviera un sentido la *sorpres*a, pues, en definitiva, describía una situación más apropiada para valoraciones del aspecto subjetivo, y que la propia redacción del precepto ofreciera fundamento para sostener, con buenos argumentos, que el criterio informador del 428, conforme se expresó un sector de opinión, debía construirse con una base psicológica y emocional (7). Resultaba así exacta la afirmación de Pacheco de que pasado ese momento ya no sería aplicable el 428, sino que las razones de atenuación habría que buscarlas en el artículo 9.º del Código de 1848, a la sazón vigente. Así iniciada la interpretación, situaba en el ámbito subjetivo, no sólo

(6) J. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, Madrid, 1849, p. 72. De "tan extraordinario impulso" hablaba Vizmanos (Tomás M.^o DE VIZMANOS, *Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1848, p. 346).

(7) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito cit.*, p. 548. *Tratado cit.*, tomo IV, p. 145. De interés, sobre dicho extremo, Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, t. III, Buenos Aires, 1955, ps. 59-84. Para ANTRÓN ONECA, "el artículo 428 previene un supuesto de emoción violenta, de arrebato u obcecación" (*ob. cit.*, p. 318). CUELLO CALÓN afirma que es "una verdadera causa de exclusión de la culpabilidad", y que se funda "en la estimación del estado de profunda perturbación de la conciencia, del arrebato incontenible, ...este es su verdadero y único fundamento" (*ob. cit.*, ps. 500 y 504, nota 1). RODRÍGUEZ MUÑOZ alude al "impetu de justo dolor" y al "efecto exculpatorio del justo dolor" para explicar el privilegio (*Nota a la trad. esp. del Tratado de Derecho penal*, de E. Mezger, t. I, nueva ed. rev., Madrid, 1955, p. 162). De interés PECO, *ob. cit.*, ps. 161-165. También la extensa y casuística exposición de V. MELLISSI, *Del amor al delito (Delinquentes por erotomanía psicosexual)* traducción española, t. II, Madrid, s. f., ps. 3-95.

con fundamento en la voluntad del legislador, sino también en la *voluntas legis*, desde el momento que si bien no se había descrito ni exigido expresamente un especial estado de ánimo, se relatava una situación objetiva (sorpresa en adulterio, o su equivalente conducta en el penúltimo párrafo), que necesariamente le suponía (8).

Ahora bien, no quiere decirse con lo anterior que el honor careciera de toda virtualidad interpretativa, sino que solamente con su concurso no podía explicarse satisfactoriamente el 428. Ni siquiera aceptando su desdoblamiento en honor *subjetivo* (sentimiento de la propia estimación) y *objetivo* (reconocimiento de aquélla por los demás, buena reputación) (9) podía ofrecerse un criterio unitario y excluyente en la interpretación: el primero sólo se ve afectado por actos del propio sujeto (10); el segundo puede no contradecirse, conforme hemos visto. Por lo demás, a pesar de que el honor así entendido dotaría de mayor facilidad de movimientos en la exégesis de esta especial figura, su bondad dogmática es negada—especialmente en su dimensión subjetiva—, por recientes contribuciones sobre el tema, también para el derecho español (11).

El honor, sin embargo, operando sobre el sujeto activo, le colocabá, a la vista de la situación descrita por el 428, en una alteración psicológica que podía explicar, con más o menos justicia, el privilegio que implicaba. El deseo de conservarlo era tan fuerte—deseo que se originaba por la vigencia de unos determinados esquemas sociales y culturales—, que inevitablemente producía una “violentísima emoción” (12).

(8) En contra, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 392. No se trata, pues, de que el 428 exclusivamente consagraba un “derecho a matar”, como afirma RODRÍGUEZ DEVESA, en *Derecho penal español* (P. Esp.), II, Valladolid, 1964, p. 47, nota 16 bis.

(9) La distinción es aceptada en la doctrina española, entre otros, por SÁINZ CANTERO, *El contenido sustancial del delito de injurias*, en ADPCP, 1957, ps. 90 y ss. CASTÁN VÁZQUEZ, *art. cit.*, p. 5, especialmente referido al tema en cuestión. Vid. para la versión objetiva y subjetiva del honor en el Derecho romano, M. BARBERO, *Los delitos contra el honor en Roma*, sep. de la Rev. Jurídica Veracruzana, Xalapa, México, 1962, p. 15.

(10) Es “común opinión de que el honor interno no puede ser menoscabado más que por acciones del mismo interesado”, (RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal cit.*, p. 179 y la bibliografía allí citada).

(11) En contra de la distinción se muestran, recientemente, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, ps. 998-999. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal cit.*, páginas 178-179.

(12) Así, expresamente, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, t. IV, p. 145. A juicio de FERRER SAMA es “uno de los casos de más fuerte privilegio penal reconocido por el derecho positivo en razón al reconocimiento del valor del móvil y del estado anímico del sujeto”, aunque, en definitiva, “la única fundamentación posible de esta norma no es otra sino el reconocimiento por parte de la ley de una idea que estimamos desviada de las sanas concepciones éticas, cual es la de la aceptación de un derecho de venganza... viniendo así a presentarse la exigente o cuasi exigente como caso de consagración legal del principio de la no exigibilidad” (*ob. cit.*, ps. 367 y 369). SÁINZ CANTERO afirma por su parte lo siguiente: “nosotros, en monografía aún inédita, explicamos la razón del

No obstante, inmediatamente surgirá la objeción de que pudiera suceder que el padre o el marido permanezcan interiormente impasibles, y consiguientemente carecería de la nota de generalidad para explicar satisfactoriamente todos los supuestos, en la forma que Quintano Ripollés en reiteradas ocasiones y con agudeza ha planteado (13). Abundando en ese pensamiento afirma que "el marido vengador puede ejercitar igualmente su acto en el más ciego de los arrebatos pasionales o en la más frígida tranquilidad de ánimo, episodio irrelevante para nuestro legislador" (14). Y si este último caso tenía acogida en el 428, ¿no parecería todavía más injusto el anterior artículo? A su juicio, la "torpe pero clara contextura" del precepto, obliga a reconocer que también gozaba del amplio beneficio que llevaba consigo. Sin embargo, pudiera pensarse que más que "torpe", la fórmula legal española quizá fué ingenua en su redacción y, en verdad, fiel reflejo del espíritu que animaba su época. En ese sentido, entendió que *siempre* que se producía un hecho como el previsto por el 428, *siempre* éste ocasionaba una fuerte conmoción emocional y psicológica, y de ahí la razón de ser de un artículo destinado a privilegiar actuaciones de esa índole, con carácter general, y sin tener en cuenta el juego de posibles atenuantes o eximentes, ni el caso concreto en particular. La posición de nuestra legislación podía formularse mediante la siguiente regla general: no es imaginable que ante situación semejante se permanezca impasible.

De esa forma es acertada la intuición de Quintano Ripollés cuando alude a una "presunción de *impetu* de defensa del honor" (15), que más que presunción era expresión de la estimativa de valores que socialmente regían, y de una imagen del hombre, enclavada en el momento histórico, cultural y social en que se genera el precepto, o cuando menos de un desecho del legislador de que así se *debiera ser*, o mejor, se pudiera y *debiera* reaccionar.

Además de la anterior función desempeñada por el honor, como determinante de una especial situación anímica, fué tenido *también* en cuenta por el legislador no en forma tan sobresaliente, sino más bien limitada e indirecta. El último párrafo del 428 se refería a que "el beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas". Fué calificado como "plausible" por Groizard y "escrito con

privilegio en base al principio de *no exigibilidad* que tiene innegable presencia en nuestro Código penal, distinguiendo en el artículo en cuestión un supuesto de no exigibilidad de otra conducta (cuando no resulta muerte o lesiones graves), y otro de menor exigibilidad (en el caso de muerte o lesiones graves)". (*El uxoricidio cit.*, ps. 3-4). Vid. también, del mismo autor, *Las causas de inculpabilidad en el Código penal. (El principio de no exigibilidad)*, sep. de Rev. General de Legis. y Jurisp., Madrid, 1963, aunque ya no se trata específicamente.

(13) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, ps. 392 y ss. *El uxoricidio cit.*, página 500. *La criminología cit.*, p. 93. *Comentarios cit.*, p. 262. *Compendio cit.*, página 226.

(14) QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 506.

(15) QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 500.

suma razón" por Pacheco: pero, sin embargo, este último, con su fina intuición, ya apuntaba que "no nos disimulamos por cierto que la aplicación de este principio podrá traer dificultades y disputas... y los tribunales lo aplicarán resolviendo aquéllas", etc. (16). La previsión de Pacheco era exacta, no por la frecuencia con que se presentaran ante los tribunales casos relacionados con este apartado, sino porque "tampoco en la redacción del texto se ha conseguido la claridad deseable" (17). La dificultad más insalvable nacía, concretamente, de la alusión a la "prostitución", que llenaba de perplejidad al intérprete (18). Constituye, al menos con una visión superficial, un grave contrasentido. La crítica de Quintano Ripollés era perfectamente comprensible pues casaba muy mal el empleo del término prostitución con nociones como adulterio, yacimiento, corrupción, etc.

Con fundamento en ella, sin duda, resultaría absurdo e injusto que el marido que ha consentido el adulterio, pero no la prostitución de su mujer, o el padre que ha aceptado las relaciones de su hija con su corruptor, sin que pueda hablarse de prostitución, pudieran beneficiarse del privilegio. Es decir: el eje sobre el que se movía la crítica era el de la diferenciación entre prostitución y la conducta que debían encontrarse realizando los sujetos pasivos (yacimiento), esto es, que no todo yacimiento supone necesariamente la prostitución de la mujer casada o de la hija menor de veintitrés años.

¿Por qué entonces el legislador empleó esa fórmula que, en definitiva, significaba ya una ampliación del privilegio en aquellos casos en que se consintiera, simplemente, el adulterio o la relación sexual de las hijas? ¿Qué ha querido decirse con tan "sorprendente" apartado? ¿Por qué no excluyó del privilegio a quien consintiere, sin más, el yacimiento de su mujer o su hija?

El legislador español ha sido en muchas y diferentes ocasiones censurado por la doctrina, y con frecuencia acertadamente. Otras, sin embargo, con menos fortuna, pues nuestro viejo texto legal ha ido más lejos de lo que en principio pudiera pensarse. Generalmente, ha existido un *por qué* más profundo de lo que parece, que le ha movido a adoptar esta o aquella actitud.

Resultaba sorprendente el último párrafo del 428; pero lo era más todavía se tratara de un simple error, sin el menor fundamento, que le pusiera en abierta contradicción con el resto del artículo. Aún más

(16) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870. concordado y comentado*, t. IV, Salamanca, 1891, p. 598. PACHECO, *ob. cit.*, p. 73. Para VIZMANOS, el "párrafo final es tan justo en su principio, como acertado el acuerdo de escribirlo en este sitio" (*ob. cit.*, p. 347).

(17) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 397.

(18) En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 397-398. También RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, cuando afirman "que debía desaparecer la especial referencia a la prostitución en el caso del consentimiento, al objeto de incluir otra serie de supuestos en los que el marido o padre consiente el adulterio o las relaciones ilícitas de su mujer e hija, sin que pueda de ningún modo ser considerada la conducta de éstas como incluida en el concepto de prostitución" (*ob. cit.*, p. 258).

extraña parece la actitud laudatoria de Pacheco, Vizmanos y Groizard, que anduvieron sobrados de ingenio para advertir las inconsecuencias, en este caso evidentes, que pudieran derivarse. Era interesante, al objeto de conseguir una correcta delimitación del precepto, sugerir al menos una solución, una salida, que no quebrantara su armonía ni lo que en sí significaba en su totalidad. Dos interpretaciones podían ofrecerse:

a) La primera, que con la expresión "promover la prostitución", se comprendía ya el simple consentimiento en el yacimiento de la mujer, o de la hija. Se pensaría que quien consiente en el adulterio o en la corrupción de su hija, las está promoviendo a que se prostituyan. No obstante, siempre subsistirá el inconveniente radicado en el carácter económico, lucrativo y público, que informa la prostitución y que puede no perseguirse con el mero consentir las relaciones sexuales, y de esa suerte afirmar que podía darse que se consintiese tan sólo en yacer, sin que entren en juego otras consideraciones, que incluso pudiera no desearlas el sujeto activo.

b) Quizá sea acertada, sin embargo, la segunda actitud que pudiera seguirse. Precisamente ella proviene del entendimiento que hacemos de los principios generales que informaban al 428. La cláusula final del artículo, y la expresa indicación a la prostitución, debe ponerse en contacto con la función desempeñada por el honor. Así, pues, tenía un *por que* la alusión a la prostitución, y no debía ni podía ponerse en relación este último párrafo con el adulterio, ni con el yacimiento, pues se contemplaban y perseguían finalidades distintas.

Cuando se decía que no se beneficiaban del 428 quienes hubieren promovido, favorecido o consentido la prostitución de sus mujeres e hijas, se afirmaba que no gozarán de la privilegiada situación quienes se encuentren deshonorados, es decir, carezcan de honor en este sentido, por haber permitido y propugnado, dentro del esquema valorativo, implícito en éste, tan censurable dedicación.

No debe olvidarse que la prostitución—incluso se llama mujer pública a la que a ella se dedica—, supone una publicidad del deshonor, un juicio desvalorativo más fuerte socialmente, y también más cierto y seguro, que el simple consentir, que en más de una ocasión se resolverá en la intimidad de los sujetos, y contemplado desde fuera, siempre estará expuesto a conjeturas. El marido o padre que permite la prostitución de su mujer o hijas, no sólo consiente el adulterio y la corrupción, sino algo más: expone públicamente su falta de escrúpulos y muestra, de igual forma, su total ausencia de honor. A juicio del legislador español, era perfectamente verificable la siguiente proposición: si el sujeto activo se comportaba de esa forma, carecía, con toda seguridad, de honor. No tenía, pues, honor que salvaguardar. En consecuencia, no podía acogerse al 428 con el benévolo tratamiento que implicaba. Ahora bien, a efectos del 428, sólo se perdía, en forma que no dejaba lugar a dudas, cuando se estaba a presencia de su último párrafo. Por tanto, los que lo pierdan de esa concreta manera.

no podrán beneficiarse del privilegio: el honor es posible lesionarlo, e incluso perderlo, de muchos modos: pero *sólo* producirá efectos relevantes, dentro del citado artículo, cuando se dispare por facilitar, promover o consentir la prostitución de la mujer e hijas.

El honor, por consiguiente, funciona, en ese sentido, de forma indirecta y discriminatoria, en la medida que concreta quiénes podían acogerse o no al privilegio. No quiere decirse, sin embargo, que se presentara como exclusivo principio informativo, pues siempre se conectará a la alteración psicológica e irá paralela a ella: quien carecía de honor, por cumplimentar cuanto decía el párrafo último del 428, con toda seguridad podrá contemplar impasiblemente la situación en que se encuentran los sujetos pasivos. El máximo extremo del deshonor, dentro de la lógica del precepto, lo constituye la descripción de su último párrafo. Es más, podría afirmarse lo siguiente: el marido o padres que consienten el yacimiento de su mujer o hijas, todavía pueden tener honor; consentir en el yacimiento no significa consentir en el yacimiento con deshonor (prostitución de la mujer o hija). ¿Y qué *shock* emocional tendrá quien de esta última forma se ha comportado?

Sin embargo, la introducción del citado artículo en la reforma de 1944 obedeció posiblemente a un grave error de perspectiva histórica, que ha sido censurado inteligentemente por la doctrina española (19), sin que sea objeto de este trabajo detenerse más sobre ello. Su crisis actual, que finaliza con la total supresión, significa, en inmediata relación con los principios que la informan, lo siguiente:

a) Una visión del hombre de nuestro tiempo que no coincide con la utilizada por el antiguo legislador, y en la que se destaca, fundamentalmente, su consideración como persona responsable (20), en-

(19) Así E. DE CARMONA, *ob. cit.*, p. 283. FERRER SAMA, *ob. cit.*, p. 369. SÁINZ CANTERO, *El uxoricidio cit.*, ps. 2 y ss. J. PEREDA, *art. cit.*, 26-29 (de la sep.). Un resumen de la tesis de algunos autores en el discurso del señor Puigdollers recogido por el *Boletín Oficial de las Cortes españolas*, núm. 721, sesión de 20-XII-1961, ps. 15241-15250. En general, salvo excepciones, la doctrina española se ha mostrado contraria al precepto. Vid. la nota 5 de este trabajo. La supresión ha sido acogida favorablemente: vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *La reforma del Código penal*, en ADPCP, 1961, ps. 458-459. F. BUENO ARCÚS, *La ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 para la revisión y reforma del Código penal y otras leyes penales*, en Rev. est. peniten. 1961, p. 3384. Recientemente, del mismo, *La reforma del Código penal español en 1963*, en Rev. est. peniten. 1963, p. 544. RUIZ VADILLO, *Contribución al estudio de la reforma penal*, en Rev. de Derecho judicial, núm. 9, 1962, ps. 105-106. DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, ps. 199-200. RODRÍGUEZ DEVESEA, *Derecho penal cit.*, p. 47, nota 16 bis. DEL ROSAL, COBO MOURULLO y CASTRO, *Código penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, 1964, ps. 519-520. Debe reseñarse, no obstante, que en el discurso antes citado se manifiesta que se presentaron enmiendas en favor del mantenimiento del 428 por los señores Díaz Llanos y De Miguel Hernández; es más, se dice que "la Ponencia, por su parte, tomó en consideración estas dos enmiendas, singularmente la del señor Díaz-Llanos, y propuso el mantenimiento de este artículo 428, matizando más el último párrafo" (p. 15247).

(20) Vid., de interés V. CAVALLO, *Libertá e responsabilitá*, Napoli, 1934, página 2. Viktor E. FRANKL, *Psicoanálisis y existencialismo*, trad. esp., México,

contrándose muy lejana de una contemplación retórica del mismo, sobrecargada de componentes irracionales, y, en un cierto modo, inmersa en un mundo de mitos.

b) Una muy diferente estructuración social, que niega el valor de "moral social relativa" al llamado sentimiento del honor que, como mostrara Menéndez y Pelayo, incluso se afirmaba en contra de la moral cristiana (21).

c) Una mayor acentuación del respecto a la dignidad e intangibilidad de la persona humana (22), sin que sufra el menor detrimento su protección jurídica por consideraciones provenientes de instancia social, o por bienes tan situacionales y problemáticos como el honor o la honra.

d) Un entendimiento de la justicia, más real e individualizado, siempre dirigido a la diversidad y espontaneidad con que se presenta el caso particular, que hace saltar los esquemas generales, y con mayor razón, presunciones legislativas. Consecuentemente, la posibilidad de una más fina y especializada valoración judicial, subrayada ya por Quintano Ripollés en esta misma cuestión (23).

Las anteriores consideraciones, sentidas antes por la doctrina que por el legislador, llevaron a aquella a desencadenar un fuerte ataque, mostrando, una y otra vez, los inconvenientes de mantener el 428. Dicha censura, en alguna ocasión, no tuvo inconveniente en radicalizar argumentos puramente formales, o en descender a un singular casuismo, para dejar abierta una brecha en la fórmula legislativa, por la que penetrara la idea de que se prestaba a las mayores y más flagrantes injusticias, por si ya no fuera injusta desde su inicio. Por tales razones, quizá justificadamente, se han llevado a situaciones límites los principios que podían informar el 428; se ha creado cierta

1950, p. 40 y ss. H. H. JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, ps. 20-21. G. STRATENWERT, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957, ps. 13-14. G. GONNELLA, *La persona nella filosofia del diritto* (ristampa), Milano, 1959, p. 144. Vid. el estudio de W. WEISCHDEL, *Das Wesen der Verantwortung*, 2.^a ed., Frankfurt a. M., 1958, esp., ps. 105-110.

(21) CASTÁN VÁZQUEZ, *art. cit.*, ps. 12-13. Lo que no significa desconocer, como afirma el autor citad., que "el concepto del honor responde a un noble sentimiento humano, el de la dignidad personal, y conduce a buenas acciones y a bellas empresas" (p. 13). De interés las críticas al uxoricidio *honoris causa* de Diego VICENTE TEJERA, *El adulterio*, La Habana, 1928, ps. 185-200, fundadas precisamente en un entendimiento equivocado y radical del honor, como fundamento de dicha figura.

(22) Vid. la presentación de J. RUIZ-JIMÉNEZ a la *Encíclica "Pacem in terris"*, de S. S. Juan XXIII, Madrid, 1963, ps. 18-19 entre otras. Especialmente la parte primera, del "orden entre los seres humanos", apartado titulado: "todo ser humano es persona, sujeto de derechos y de deberes" (p. 61). De interés los *Comentarios civiles a la encíclica "Pacem in terris"*, Madrid, 1963. En inmediata referencia con nuestro estudio, J. PEREDA, *art. cit.*, ps. 10-26.

(23) QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 500. Expresamente se dice por el P. PEREDA: "nuestra conclusión final sería que el artículo del uxoricidio podía eliminarse del Código, dando mayor arbitrio al juez para penar los casos de esta naturaleza" (*art. cit.*, p. 31).

confusión, cuando precisamente el problema era suficientemente claro en ese terreno; se ha pretendido extender desmesuradamente su campo de aplicación, para de esa forma aludir a su injusticia e improcedencia: en suma, se ha desvirtuado lo que el 428 significaba en su más rigurosa y estricta acepción.

Resumiendo las distintas consideraciones antes expuestas, tenemos, que el criterio interpretativo e informador del 428, era un criterio *mixto*, en el que si bien se tenía en cuenta el honor en las formas indicadas, se centraba en última instancia, y como consecuencia de un examen más profundo, en las *alteraciones y anomalías perturbadoras del ánimo del sujeto activo*, con lo que será fundamentalmente *subjetivo*.

Conseguido el citado criterio deberá revisarse igualmente el ámbito del 428, con base en un examen de los componentes de la redacción legal.

2. Sujetos.

Desde el punto de vista de los sujetos su contorno queda delimitado con precisión objetiva. Su diferenciación, en este sentido, es clara: serán *sujetos activos* el marido y los padres. El primero, constituye una cualificación normativa que se determinará de acuerdo con el ordenamiento civil y canónico, y que persiste, "con tal de que no hubiera sido previa y válidamente anulado", el matrimonio (24). Los segundos, suponen una cualidad natural, un vínculo sanguíneo, y será suficiente con que éste se dé para que se pueda ser sujeto activo y por lo mismo no podrá incluirse el parentesco adoptivo que parece estar en contra de la interpretación restrictiva del 428, como lo entendió la jurisprudencia, y en desacuerdo con los principios que le informaban. Sin embargo, se ha afirmado que su inclusión no es "imposible" (25). Por último, el plural empleado (los padres) da a entender que también podía extenderse a la *madre* (26).

Con el mismo esquema puede resolverse la determinación de los *sujetos pasivos*. Para la mujer es válido lo expuesto en referencia con

(24) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 396. Vid. el casuismo que plantea dicho autor en la pág. 397 y en *El uxoricidio cit.*, ps. 508-509. También lo expone sobre la citada cuestión en DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, *Derecho penal español* (P. Esp.), t. I, Madrid, 1962, ps. 165-168.

(25) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 397.

(26) En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 397. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, p. 504. Interesante al respecto, la opinión de VIZMANOS: "sentimos decir que contra nuestro voto e insistencia razonada se ha incluido en el que comentamos la de colocar a los padres respecto de las hijas menores de veintitrés años, mientras vivieran dentro de la casa paterna, en el mismo caso que al marido para concederles la exención de pena o idéntica minoración de ésta. Excusamos alegar ante el público las razones que expusimos para apoyar nuestra opinión al tiempo de discutirse este artículo: demasiado al alcance se encuentra para los hombres entendidos, que es a quienes compete decidir entre el voto de la mayoría de la Comisión y el que no logró obtenerla" (*ob. cit.*, p. 347).

el sujeto activo marido. Relacionado el 428 con el 449, el otro sujeto pasivo deberá ser necesariamente *varón* distinto al marido, y también deberán ser varones los "corruptores" a que alude el último párrafo del primer artículo, por obvias razones de semejanza, y consecuentemente con el entendimiento general del 428. Dado que es un vínculo natural, sanguíneo, será irrelevante se trata de hijas legítimas o no, pues basta con que sean hijas, para poder ser sujetos pasivos (27), con la condición de no tener todavía veintitrés años y vivir en la casa paterna.

3. Situación fáctica de los sujetos pasivos

Con el presente título se precisa la situación *en* la que por exigencias del 428 debían encontrarse los sujetos pasivos. En atención a que el párrafo primero hablaba del adulterio, y en el penúltimo se empleaba expresión diferente, es preferible utilizar el término "situación fáctica", al objeto de lograr unidad terminológica. Antes de nada debe advertirse que se trataba de una situación de hecho, desde el momento que los sujetos pasivos debían estarla verificando, para que pudiera aludirse al 428.

La cuestión principal que se plantea es lo que deba entenderse por *adulterio*. Problema que necesariamente habrá que resolver, y que no deja de presentar dificultades. Debe consignarse, que nuestro examen se centra exclusivamente en la *conducta* de adulterio.

En el plano estrictamente formal el presente extremo queda resuelto con el párrafo segundo del artículo 449 del Código penal que describe la conducta del adulterio concretándola al verbo *yacer* (28). Pero una precisión real del término ya no es problema tan simple, pues siempre se preguntará: ¿qué se entiende por *yacer*?, es decir, ¿cuándo se verifica efectivamente la conducta típica? Se trata, en última instancia, de encontrar los límites de ésta, y por tanto, en los que podía situarse el 428, y de aquí la importancia para nuestro estudio que pretende acotar su ámbito de aplicación. No puede aceptarse en este examen una simple respuesta formal, sino que al contrario se exige una formulación concreta y real, referida a la conducta de los sujetos pasivos del 428.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que *yacer* equivale a "tener acceso carnal", a "conjunción sexual", a "cópula", a "relaciones ilícitas", a "cohabitar", etc. (29). Dentro de esa misma

(27) "Solución más correcta", a juicio de QUINTANO RIVOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 509. El mismo autor en *Tratado cit.*, p. 397 afirma que comprende "probablemente a los legítimos e ilegítimos", en referencia con el sujeto activo padres.

(28) Dice: "cometen adulterio la mujer casada que *yace* con varón que no sea su marido, y el que *yace* con ella, etc."

(29) Vid., por ejemplo, SS. 28-V-1954, 30-VI-1955, 8-IV-1953, 14-IV-1958, 27-X-1959, etc. Para la jurisprudencia anterior a 1954, vid. un resumen en F. DE CARMONA, *ob cit.*, ps. 315-369.

línea la doctrina científica se ha pronunciado con distintos matices. Para Groizard se "requiere el acto carnal" (30). Autores más modernos plantean la cuestión bien en el 449 o en el 429 (violación), donde también se emplea el verbo yacer, llevando a cabo un entendimiento de éste amplio o restrictivo. Rodríguez Muñoz-Rodríguez Devesa, afirman que "por yacer se entiende la cópula o conjunción carnal en un sentido *amplio*, es decir, para la consumación basta la *conjunctio membrorum* no siendo necesaria ni la *inmissio seminis*, ni que la *inmissio penis* sea completa" (31). Una posición amplia es sostenida expresamente por Ferrer Sama, comprensiva tanto del acto contra natura como del acto de libidine, pues, "no se opone a esta doctrina el empleo del verbo yacer por parte del Código ya que el mismo, gramaticalmente no implica sino tener trato carnal con alguna persona (Diccionario de la Lengua), y desde el punto de vista jurídico lo razonable es incluir en el adulterio a tales actos" (32). A juicio de Quintano Ripollés, de manera *restrictiva*, el término es equivalente "en lo jurídico, a introducción del miembro viril en el órgano genital femenino, sin exigencia de eyaculación" (33), y concretamente, al estudiar el adulterio, dice "la clara exigencia de yacimiento excluye otras situaciones de infidelidad que no sean la de cópula carnal, incluso las de contra natura" (34).

Como puede observarse la doctrina española, a pesar de contar con una expresa descripción normativa, ha sostenido dos posiciones: una, rígida y estricta, que centra la conducta en la mera cópula carnal; otra, amplia y elástica, que comprende actos sexualmente equivalentes a la primera, incluso los denominados contra natura (35). La

(30) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. V., Salamanca, 1893, p. 24. PACHECO, *ob. cit.*, ps. 113-114. VIZMANOS, *ob. cit.*, p. 368.

(31) RODRÍGUEZ MUÑOZ-RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.* (en col. con Jaso Roldán), p. 262 (violación), y la misma posición en la p. 275 (adulterio). Posteriormente RODRÍGUEZ DEVESA dice que, "yacer es tener acceso carnal" y que "el acceso carnal no requiere la eyaculación" (*Derecho penal cit.*, p. 157)..

(32) FERRER SAMA, *Adulterio*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, t. II, Barcelona, 1950, p. 426. CUELLO CALÓN, tras exigir para que exista delito un "acto de yacimiento, de unión carnal", dice en nota que "en contra de esta opinión tradicional se ha sostenido en Italia que todo género de unión carnal, incluso la realizada contra natura y la perversa, integran este delito, criterio que estimo certero y justo, pues en tales casos la repugnante obscenidad del acto lesiona más gravemente aún el deber de fidelidad y el orden jurídico matrimonial" (*ob. cit.*, p. 577, nota 2). Vid. también la exposición de E. DE CARMONA, *ob. cit.*, páginas 267-269.

(33) QUINTANO RIVOLLÉS, *Comentarios cit.*, p. 270.

(34) QUINTANO RIVOLLÉS, *Compendio cit.*, p. 273.

(35) Vid., por ejemplo, en la doctrina alemana, K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts* (Besond. Teil), t. I, 2.^a ed. Leipzig, 1902, p. 221-222. ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8.^a ed., Leipzig-Erlangen, 1922, p. 412. MEZGER, *Strafrecht* (Studienbuch) (Besond. Teil), 4.^a ed. München-Berlin, 1954, p. 276. KOLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 42 ed. Berlin, 1959, p. 412. JAGUSCH, *Strafgesetzbuch* (Leipziger-Kommentar), t. II, 8.^a ed., Berlin, 1958, p. 75. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 9.^a ed., München-Berlin, 1959, p. 690. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (Eine syste-

restrictiva obedece a una comprensión estática y simplista del adulterio, y consecuentemente de la conducta que éste supone. Su génesis hemos de verla en un residuo de la concepción que fundaba esta figura delictiva, sustancialmente, en la *turbatio sanguinis* (36). En este sentido, es justificada la afirmación de Quintano Ripollés de que “es fácil descubrir que la finalidad que el legislador persigue no es tanto moralizadora como conservadora de un estado de legitimidad, quizá *más filial que conyugal*” (37).

Sin embargo, una interpretación objetiva de la ley que tenga en cuenta la evolución del pensamiento penal en referencia con el adulterio, obliga a plantear la cuestión de forma dilemática: o se radia el adulterio del elenco de figuras delictivas del libro II del Código penal, o se acepta que por yacer debe entenderse algo más que lo expuesto por la tesis restrictiva. El intérprete, ante un derecho positivo que descarta expresamente la primera, deberá encontrar salida a la segunda, con base en las razones siguientes:

a) Consideraciones ético-sociales y de justicia abonan por la interpretación amplia, en la medida que cabe aducir, como hace la doctrina, a una serie de actos que, sin ser propiamente “introducción del miembro viril en el órgano genital femenino” (Quintano Ripollés), son, sin duda, igual o más graves desde la desvaloración que significa el adulterio, y que denotan, cuando menos, un mismo componente erótico (coito vulvar, oral, anal, etc.) (38).

b) Con fundamento en lo expuesto sobre el bien jurídico protegido en el adulterio, en la forma desarrollada en otro lugar (39), su comprensión tolera perfectamente la pretendida amplitud, y a nadie se le ocurre dudar que en tales casos no se quebranta de la misma

matische Darstellung), 7.^a ed., Berlín, 1960, p. 362. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* (Besond. Teil), 2.^a ed., Karlsruhe, 1956, ps. 360-361. DREHER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch*, 2.^a ed., München-Berlin, 1956, p. 234. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., Tübingen, 1931, p. 389 y la bibliografía por ellos citada. Es doctrina dominante la exigencia de cópula normal, única que puede constituir adulterio. Los actos contra natura, mejor que adulterio, son injurias al marido.

La doctrina italiana se encuentra dividida, en la forma apuntada en el texto, vid., por ejemplo, F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho criminal, dictado en la R. U. de Pisa* (P. esp.), vol. III, trad. esp. dirigida por S. SOLER, Buenos Aires, 1946, pags. 269 y siguientes. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* (P. esp.) T. I. Milano, 1960, pág. 330. PISAPIA, *Delitti contra la famiglia*, Torino, 1953, pág. 514 y ss. VANNINI, *Manuale di diritto penale* (P. esp.), nueva ed. Milano, 1951, pág. 250. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, nueva ed. Torino, 1951, p. 680-681. MAGGIORE, *Derecho penal* (P. esp.), vol. IV, trad. esp. de ORTEGA, Bogotá, 1955, p. 190-192, y la bibliografía por ellos citada.

(36) Vid. M. COBO, *El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código penal)*, en ADPCP, 1963, ps. 516 y ss.

(37) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios cit.*, p. 302.

(38) Vid., por ejemplo, en MANZINI, quien expone los mismos supuestos cuando desarrolla la noción de “congiungimento carnale” con validez para la violación y el adulterio (*ob. cit.*, p. 268).

(39) Vid. nota 36 de este trabajo.

forma, e incluso más acremente, que en aquellos otros de la interpretación restrictiva.

c) Se propugna, pues, por un entendimiento *amplio*, hasta cierto punto, referido a la cópula carnal, que, sin embargo, descarta la tesis radicalmente extensiva que comprende las relaciones sexuales con personas del mismo sexo, que de ninguna forma pueden constituir adulterio, ni yacimiento, en el ámbito legal, a la vista de la clara y terminante redacción del artículo 449, y a pesar de lo expuesto en *a*) y *b*) y de que, conforme dijera Pisapia, debieran ser objeto de reflexión con vistas a una incriminación autónoma (40).

De acuerdo con lo expuesto, pudiera reforzarse la tesis de quienes así conciben el verbo yacer: éste no sólo debiera comprender la introducción del miembro viril en el órgano femenino, sino también otros actos que *objetiva* y subjetivamente son equivalentes. Equivalencia, además, que no es ambigua e incierta, como cree Contieri (41), conforme exponemos a continuación.

Ahora bien: hablar de "equivalencia" crea la obligación de ofrecer el criterio en virtud del cual puede ser determinada, es decir, desde el que podemos enjuiciar un comportamiento como implícito en el verbo yacer. Criterio que fundamentalmente será *objetivo* de acuerdo con la situación descrita por el 428 que se proyecta sobre un tercero (sujeto activo, marido o padres), al que se le presentará, antes de nada, como es natural, el aspecto externo de la conducta (42).

La primera consideración que debe hacerse es la proveniente de la naturaleza del acto y de la relación que implica, cual es la sexual. Por esto se exige, en la tesis restringida, el concurso de los órganos de mayor intensidad sexual, como son los genitales. Sin embargo, no se agotará en su normal conjunción el verbo yacer, y de ahí la amplitud con que éste es concebido, y también la necesidad de emplear un criterio de equivalencia. Dentro de este mismo pensamiento es correcta la afirmación de Manzini, cuando dice que "el delito subsiste tanto en caso de coito vaginal, cuanto en aquellos supuestos de coito anal y

(40) PISAPIA, *ob. cit.*, ps. 520-521. Vid. A. SABATER, *Gamberros, homosexuales, vagos y maleantes*, Barcelona, 1962, ps. 206-213, con algunos datos. De interés R. PELLEGRINI, *Sexuología*, 2.^a ed., trad. esp. de PIGA S. MORATE, Madrid, 1956, p. 716 y s.: "la homosexualidad se haya mucho más difundida entre las mujeres que entre los hombres", p. 716. En contra, KINSEY y colaboradores, *Conducta sexual de la mujer*, trad. esp. de ECHAGÜE, Buenos Aires, 1954, p. 455. De interés, R. KLIMMER, *Die Homosexualität als biologisch-soziologische Zeitfrage*, Hamburg, 1958, ps. 139 y s. M. BOKAPARTE, *La sexualidad de la mujer*, trad. esp. de DUBCOVSKY y FRIEDENTHAL, Buenos Aires, 1961, páginas 11 y s.

(41) E. CONTIERI, *La congiunzione carnale violenta*, Milano, 1959, p. 40 y 38.

(42) Por esta razón QUINTANO RIPOLLÉS, a pesar de sostener la tesis restrictiva, también admite, en inmediata referencia con el 428, "que la especialidad surja tan sólo cuando la agresión tenga lugar en el preciso momento del comercio carnal o circunstancias que inequívocamente lo equivalgan". (*Tratado cit.*, p. 395.)

oral" (43). La equivalencia, pues, habrá de entenderse como equivalencia *funcional*, desde el momento que será la función que en concreto desempeñe un órgano como sustitutivo del genital, la que ofrecerá el fundamento para la formulación. Es decir: será suficiente con que uno de los órganos sexuales (del varón o de la mujer) concurre al acto y otra parte del cuerpo funcione como equivalente de uno de los anteriores para que estemos a presencia de yacimiento. Caen por fuera de éste todos aquellos actos, con más o menos significación erótica, en los que no entran en juego los órganos genitales de la mujer o el varón, o uno de ellos y el que desempeña función equivalente.

Precisado lo anterior, queda por reseñar un dato más que completará el cuadro de equivalencia, y que se refiere a la relación, material y concreta, que exige el verbo yacer, esto es, cómo ha de ser ese concurso, ese contacto que *siempre* e inevitablemente deberá producirse dada la especial naturaleza de la conducta. La palabra *conjunción*, usada por la doctrina dominante, es suficientemente expresiva para describir la unión entre los genitales, o entre uno de ellos y la parte del cuerpo del otro que funcione como equivalente. Están, por tanto, en lo cierto aquellos autores que no creen sea menester la total introducción, ni *emissio* o *inmissio seminis*.

Con dicha tesis, los contornos de la conducta quedan ciertamente ampliados, y no desmesuradamente, para comprender aquellas acciones que, incriminándose el adulterio, no tendría razón ni sentido fueran excluidas de su concepto.

Resuelta la cuestión en el párrafo primero del 428, se tiene que el párrafo tercero hablaba de "análogas circunstancias", que era no sólo expresión de la situación fáctica "análoga", en la que debería encontrarse la hija y su "corruptor", sino que tenía eficacia para todo el cuadro de circunstancias descritas en el párrafo primero. La situación, por tanto, en que deberán encontrarse los sujetos pasivos (hija y corruptor), será idéntica, o mejor dicho, será "yaciendo", en la forma indicada para el adulterio.

4. Función de la "sorpresa".

La sorpresa en adulterio equivale a la sorpresa en yacimiento, entendido éste en la forma desarrollada anteriormente. Se trata, como decíamos, de la descripción objetiva de una situación fáctica, de la comprobación de un hecho, por un ajeno a la relación material existente entre los sujetos pasivos. No obstante, esa situación, o mejor, su direc-

(43) MANZINI, *ob. cit.*, p. 268 (en referencia concreta con la violación a la que remite en la página 680 al versar sobre el adulterio). En la doctrina italiana la tesis amplia ha tenido predicamento: así, entre otros, la sostienen PISAPIA, *ob. cit.*, p. 516 (todavía mucho más ampliamente que la desarrollada en el texto); MAGGIORE, *ob. cit.*, p. 191-192; también ANTOLISEI, *ob. cit.*, p. 321 se muestra partidario de la postura extensiva; incluso existe una línea jurisprudencial que también la mantiene.

ta contemplación por el sujeto activo, abre un amplio campo para poder llevar a cabo valoraciones subjetivas referidas a éste.

Fué entendida, sin embargo, en forma que ciertamente ampliaba los contornos del 428: el gerundio empleado ("sorprendiendo"), se afirmó, indicaba que "sorprender se refiere en activo a los adúlteros y no en forma reflexiva al agente" (44), o sea, que no es el sujeto activo quien *se* sorprende, sino *quien* sorprende a los sujetos pasivos. Con base en ello, se admitió "la *premeditación* no ya en el plano de hipótesis académicas, sino en el de la realidad judicial!" (45), y la alevosía, pues "matar *sorprendiendo* es una de las notas más genuinas de la alevosía o del asesinato" (46), lo que en forma alguna podía compartirse, por la interpretación que suponía de la "sorpresa".

No obstante, referida aquélla a la conducta del sujeto activo, significaba una situación *en* la que ésta debía verificarse. La acción de matar, causar lesiones graves, o producir lesiones de otra clase, debería realizarse forzosamente en el *acto*, es decir, en el acto de yacer. Más concretamente: en el momento de ser sorprendidos yaciendo. Si la conducta la realizaba el marido o padre, pasado ese determinado tiempo, no podría aplicarse el 428, merced a esa limitación cronológica inexorablemente exigida, y constantemente requerida por nuestra jurisprudencia. (47).

La función que desempeñaba era, pues, doble: de un lado, se prestaba a un juego que ampliaba, censurablemente, el ámbito del 428: de otro, le restringía a unos instantes haciendo de ello incluídible requisito para su aplicación. La doctrina española, en reiteradas ocasiones, puso de manifiesto las disparatadas e injustas consecuencias que se derivaban de lo anterior, y estimamos innecesario insistir en ellas. No obstante, a efectos de nuestro trabajo, adquiere cierta importancia, en la medida que la sorpresa proporciona un inestimable instrumento para discriminar los supuestos que se ven afectados o no por la supresión del 428. En la forma en que ha sido expuesta, funciona, por tanto, como criterio delimitador, que dejará al margen casos

(44) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 394, y la interesante sentencia de 4-6-1959. Un comentario a la misma en MOSQUETE, *art. cit.*, ps. 2705-2707. También en DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, ps. 189-190.

(45) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 401, en referencia con la sentencia antes citada.

(46) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 400.

(47) En contra CUELLO CALÓN, abundando en la tesis de Groizard, cuando afirma que "basta que los adúlteros se encuentren en situación y condiciones de las que directamente se infiera que con aquel propósito se han reunido, para que los fines de la ley se llenen, siquiera la sorpresa tenga lugar antes o después de la realización de su deseo" (*ob. cit.*, p. 502). Tan amplia tesis no es admitida por nuestra jurisprudencia, todavía más si se tiene en cuenta lo expuesto en el anterior título. CUELLO CALÓN recoge en la p. 503 notas 3 y 4, sentencias que sostiene la tesis restrictiva, con buen criterio. Vid. también en favor de la tesis jurisprudencial, entre otros, RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, p. 258. DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 189. En el mismo sentido que CUELLO CALÓN se muestra FERRER SAMA, *Comentarios cit.*, p. 371.

que nunca serían propios del 428, y que incluso cuando éste tenía vigencia se solucionaban empleando normas generales. De aquí que, en consecuencia, no tengan acceso al presente estudio, referido, exclusivamente, a los que genuinamente comprendía el 428.

III

EXAMEN DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

1. *Observaciones previas. Función de la Ley de Bases de 1961.*

Una vez realizada la anterior incursión sobre los distintos temas que ofrecía el artículo 428, o al menos los que pueden tener mayor influencia en el planteamiento de este análisis, deben llevarse a cabo algunas observaciones de interés.

En todo momento se ha pretendido encontrar *criterios* de interpretación, principios informativos, y ha quedado a un lado qué clase de institución jurídicopenal era, en definitiva, el 428 (causa de justificación, de inimputabilidad, de inculpabilidad, excusa o semiexcusa absolutoria, parricidio privilegiado, etc.) (48), en la forma planteada por la literatura anterior a su supresión. Cuando se encontraba vigente tenía razón de ser la citada problemática, que ahora pierde su importancia, pues la institución, regulada específicamente, ha desaparecido. Interesa, por tanto, más que estudiar la naturaleza jurídica de un precepto inexistente, observar los criterios y principios que le daban sentido, para diagnosticar el cambio producido y ofrecer solución a las distintas cuestiones que efectivamente plantea: esto, sin duda, es de primera importancia: es más, condicionará evidentemente el resultado del presente examen.

Se han expuesto, anteriormente, las diferentes razones que fundamentan la crisis del 428, entre otras más o menos específicas que cabe pensar. En el plano de los principios no existirá grave inconveniente en aceptarlas, siquiera sea en forma de hipótesis. Pero más precisamente, ¿qué significación debe darse al cambio legislativo verificado por el texto de 1963?, ¿qué se ha pretendido con el mismo?

El legislador, decidido a reformar, podía haber seguido dos caminos que ya le habían sido indicados por la doctrina: o crear, en lugar del 428, una figura de homicidio (parricidio) emocional o pasional, como sucede en otras legislaciones, y en su día se propuso (49), o suprimirlo, como se ha hecho, de acuerdo con otras sugerencias doctrinales (50). La primera actitud fué criticada por Castejón, en el

(48) Vid. la bibliografía cit. en la nota 5 de este trabajo.

(49) Así, ya se expresó Jiménez de Asúa en el *Prólogo cit.*, p. XV, afirmando textualmente: "Yo propongo que la inmediata abrogación de preceptos expresos sobre uxoricidio por adulterio, vaya acompañada de la vigencia de un artículo en que se considere con ademán benigno todo homicidio emocional. Sólo pido atenuante muy eficaz, más no me atrevería a escribir en las leyes una excusa explícita para los casos de emoción violenta hija de justo dolor".

(50) Así, FERRER SAMA: "dicha atenuación podría siempre tener lugar

sentido de "que cuando al borrarla (se refiere al Código penal de 1932) se ha intentado copiarla del extranjero, como forma atenuada de responsabilidad, se ha hablado del homicidio emocional, despreciando una tradición jurídica, una consagración legislativa y una doctrina jurisprudencial seculares" (51).

Con independencia de que la creación de una figura específica, con expresas exigencias subjetivas, hubiera comportado ventajas e inconvenientes, lo cierto es que se ha preferido suprimirlo y sobre esta posición debe reflexionarse.

El texto revisado de 1963 se limita, simplemente, a la supresión, y ni siquiera en su exposición de motivos la justifica o razona. Ofrece, pues, suficiente margen para que pueda discurrir la libre opinión del juzgador o del intérprete.

Cosa distinta sucedió con la Ley de Bases de 1961 (52), que expresamente razonaba su decisión. El pasaje que por ahora interesa subrayar, al objeto de precisar la tesis de nuestro legislador, es el siguiente: "se suprimirá el artículo 428, ya que la finalidad que se propone en este precepto se logra a través del juego de los principios generales", de determinadas eximentes y atenuantes. Una interpretación literal y simple conducirá a un evidente contrasentido: si se mantiene la finalidad del 428 con base a disposiciones de la Parte general, en realidad, continúa subsistiendo cuanto el 428 significaba, o por lo menos, los principios que le informaban y, en definitiva, poco se habría conseguido. Así entendida, parece significar cosa bien sencilla: se suprime el 428 por *superfluo*, puesto que aplicando normas generales se hace innecesaria la especial regulación que suponía. Una visión ingenua y estrictamente formalista que crea que "su finalidad" era aplicar pena de destierro en unos casos, y en otros ninguna, inevitablemente afirmará que con el cambio *no* se consigue dicha finalidad, o todavía más precisamente, que *nunca* podrá conseguirse, en atención a la propia naturaleza de las atenuantes y eximentes.

Sin embargo, la fórmula empleada por la Ley de Bases debió ser comprendida de manera distinta y no sólo con fundamento en su simple redacción, sino también de acuerdo con lo expuesto acerca del 428 del Código de 1944. Así, puede decirse:

a) El 428 no se suprime por ser *superfluo* y encontrarse sufi-

por vía de aplicación de circunstancias genéricas previstas por el artículo 9^o (*Comentarios cit.*, p. 370). QUINTANO RIBOLLÉS, *Comentarios cit.*, p. 262. *Compendio cit.*, p. 226. *Tratado cit.*, p. 404 ("suprimir radicalmente el precepto"). *El uxoricidio cit.*, p. 510. También MOSQUERER: "hay que suprimir del Código penal el artículo 428" (*art. cit.*, p. 2707).

(51) F. CASTEJÓN, *Génesis, cit.*, p. 85.

(52) La base octava decía: "se suprimirá el artículo 428, ya que la finalidad que se propone en este precepto se logra a través del juego de los principios generales de las eximentes primera y cuarta del artículo octavo o de las atenuantes quinta, sexta y octava del artículo noveno". Vid. sobre ella, SÁINZ CANTERO, *El uxoricidio cit.*, ps. 5-11.

cientemente reguladas sus hipótesis en otros artículos del Código. Se destierra del texto de 1963, en líneas generales, porque el artículo, o la interpretación que del mismo se hacía, creaba una serie de injustas consecuencias. La doctrina española se encargó de manifestarlo y la Ley de Bases no ha podido por menos que atenderla. Tan evidente y genérica afirmación no debe olvidarse en una crítica científica.

b) El 428, conforme con cuanto se expuso, privilegiaba de por sí determinados supuestos, independientemente de que se dieran o no los requisitos previstos para las eximentes o atenuantes. Constituía, en definitiva, un privilegio autónomo, que no necesitaba para serlo la menor alusión al libro I del Código. En resumen, el 428 operaba con un radio de acción que no coincidía con el comprendido por atenuantes o eximentes puestas en relación con los tipos específicos que en su caso fueran procedentes. De otra forma, no hubiera tenido el menor sentido su instauración, y esta tuvo razón, dentro de la lógica interna del Código, debido a que *ni* su ámbito de aplicación era equivalente al que se podía lograr sin su mantenimiento, *ni* el privilegio que se conseguía sin él tampoco, aunque en algunos casos pudiera coincidir. Únicamente en el caso de coincidencia absoluta, en ambos aspectos, podía haberse estimado por el legislador como superfluo. Este, sin embargo, no ha pensado así, como tampoco quienes en las distintas instancias oficiales se opusieron a la desaparición (53).

c) Las anteriores consideraciones colocan el problema en sus justos límites, y entonces, cabe preguntarse, ¿qué sentido tiene la expresión usada por la Ley de Bases?, ¿por qué esa oficiosidad al aludir a que se conseguirá la finalidad que el 428 se proponía?

La única salida que puede pensarse, salvo la de censurar la Ley de Bases como radicalmente absurda, quizá se encuentre en su propia naturaleza: ni un solo instante debe perderse de vista que es una *Ley de Bases*, y que antes fué *Proyecto* de Ley de Bases (54). Tanto su estructura externa, como su función, son perfectamente diferenciables de las propias y específicas del Código. Sería erróneo, en consecuencia, emplear el mismo esquema para interpretar un artículo del Código penal que para una de las bases, que deben ser observadas desde perspectiva distinta. Quizá así se explique la actitud de la Ley comentada y su "superflua motivación", o si se quiere justificación.

La Ley de Bases, y antes el Proyecto, razonaron cautelosamente su decisión, tajante e indeclinable, de suprimir el 428, sugiriendo que, en fin de cuentas, con determinados preceptos de la Parte general,

(53) Vid., por ejemplo, el *Boletín Oficial de las Cortes cit.*, p. 15247; de cuya lectura se deduce, claramente, que la oposición para que se aprobara la base comentada no radicó, en forma alguna, en "lo inexacto de la fundamentación" (como afirma RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal cit.*, p. 47, nota 16 bis), de la misma, sino más bien porque, en realidad, se entendió, por los que se oponían, que debía mantenerse, sin más, el 428 con el privilegio que significaba.

(54) En nuestro caso el Proyecto y la Ley conservan la misma redacción.

las cosas quedaban, poco más o menos, como hasta ahora. La fórmula empleada tuvo sentido a la vista de la discusión habida en torno a la base que exigió una "extensión desmedida, pero justificable", en la defensa del dictamen en las Cortes (55). La Ley de Bases desempeñó, por tanto, una función de cobertura y protección del inequívoco deseo que la informaba: suprimir, de una vez, el 428. Conseguido esto, el legislador ha guardado el más discreto silencio, no sólo en su articulado, sino también en la exposición de motivos, siempre tan usada para razonar los cambios legislativos. La Ley de Bases ha tenido, en definitiva, un valor instrumental, como corresponde a su naturaleza, que desde luego no puede negarse. No es correcto darle más alcance: quizá haya sido superflua la motivación, desde un punto de vista: pero quizá también haya sido necesaria, desde otro.

2. *Distintas soluciones. Estudio crítico.*

Reducida a sus estrictos límites la función desempeñada por la Ley de Bases, se observa que en ella se aludía al empleo, en sustitución del 428, de determinadas eximentes y atenuantes de los artículos 8.º y 9.º, respectivamente, del Código penal. También, en orden a la solución propuesta por la base, debe tenerse presente, conforme venimos exponiendo, su escasa fuerza vinculante para el intérprete. Este se encuentra ante el hecho de la desaparición en el texto de 1963, y con lo que ella significa, y con ese esquema deberá resolver los distintos problemas que ciertamente se presentan.

En principio, dada la actitud seguida por la doctrina científica —sectores de opinión reflejados en la Ley de Bases—, deberá recurrirse a preceptos del libro I del Código. Dos consecuencias, por tanto, se extraen: una, que la decisión judicial desempeñará una fundamental y difícil selección desde el momento que desaparece una regulación especial, y son normas de tipo general las que serán tenidas en cuenta; otra, que solamente éstas podrán aplicarse siempre y cuando realmente se den los requisitos por ellas exigidos. No existe, por consiguiente, posibilidad de ofrecer una solución unitaria: es caso por caso cuando podrá afirmarse qué precepto será aplicable. En este sentido, la supresión del artículo 428 debe entenderse, sin duda, como la concesión de un mayor relieve a la decisión judicial y a la concreta valoración que realiza.

Dentro de la anterior consideración, las distintas soluciones deben girar, en atención a su carácter fragmentario, sobre el eje de sí y hasta qué punto pueden darse real y efectivamente, esto es, de si podrán reunir los requisitos de los preceptos de la Parte general las variadas hipótesis que son imaginables *dentro* de los límites impuestos por el inexistente 428. Es necesario, pues, llevar a cabo un examen de cada una de las soluciones propuestas, lo que no es obstáculo para que en algunas ocasiones sean entre sí complementarias.

(55) *Boletín Oficial de las Cortes cit.*, p. 15249.

a) *Legítima defensa del número 4.º del artículo 8.º*

Sin duda es lo que se presta a mayor discusión y también la que ofrece más arduos problemas. Sobre este punto la opinión de los autores se ha mostrado dicorde, sin que en realidad hayan cedido gran cosa. La verdad es que han sido consecuentes en su forma de enjuiciar el 428 —salvo alguna excepción—, y de ahí nace justamente la disparidad de criterios.

Antes de nada debe observarse que los partidarios de admitir la legítima defensa la entienden como legítima defensa del *honor*, que algunos adjetivan de *conyugal* o *sexual*, y otros hablan de *honra*. pura y simplemente. Que, en general, puede ser defendido legítimamente parece aceptarse (56), incluso por quienes a continuación descartan la legítima defensa para justificar a los antiguos sujetos activos del 428. El problema se ha centrado en si pueden darse las circunstancias previstas por el número 4.º del artículo 8.º del Código penal.

En referencia con la *agresión ilegítima*, se dice por Sainz Cantero que “si el adulterio no atenta contra ningún bien de que sea titular el marido, ¿dónde está la agresión ilegítima a un derecho del marido?; ¿cómo obrará éste “en defensa de sus derechos” si se ataca un interés del que no es titular? La falta de este primer requisito ya hace imposible invocar la legítima defensa del honor” (57). Por el contrario, a juicio de Castán Vázquez, “obra realmente en defensa de su honor quien castiga a los adúlteros” (58).

Dentro de la misma problemática Jiménez de Asúa ha dicho agudamente que, “si la legítima defensa consiste en *impedir* o *repeler* una agresión *actual* o *inminente*, y como se sabe y luego veremos, nunca puede alegarse cuando es *pasada*, el marido que se sabe engañado, que ceta, espía, y al fin logra sorprender a los amantes juntos para matarlos conforme a los más exigentes y clásicos cánones, no repele o

(56) Vid., por ejemplo, en la doctrina española, el estudio monográfico de J. BASTERO, *ob. cit.*, p. 20 y ss. También ANTON ONECA, *ob. cit.*, ps. 241-242. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (Parte General), t. I, 12.ª ed., Barcelona, 1956, “respecto del honor no se considera lícita su defensa mediante actos violentos” (p. 347). La actitud de la jurisprudencia, muy restrictiva, admite la defensa del “honor conyugal, que no precisa riesgo de integridad” (QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1963, p. 373). DEL ROSAL, *Derecho penal español* (P. Gen.), t. I, Madrid, 1960, p. 348. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. I, Murcia, 1946, ps. 176-177. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal cit.*, página 185: “no hay motivos para negar la posibilidad de una legítima defensa”. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, t. IV, ps. 134 y ss.

(57) SÁINZ CANTERO, *El uxoricidio cit.*, p. 10. En contra Castejón quien estima “que pudiera referirse a la defensa legítima del derecho al honor (y estar incluido implícitamente en la legítima defensa de los derechos), artículo 58, número 1” del Código de 1928, a pesar de la regulación específica del artículo 523 del mismo texto legal (F. CASTEJÓN, *Derecho penal*, t. I, 1.ª ed., Madrid, 1931, p. 143). En la página 142, Castejón se lamenta de que la venganza de la honra “la castiza fórmula de esta excusa en el Código de 1870, ha sido sustituida por la desdichadísima redacción del de 1928, de grave incorrección gramatical”.

(58) CASTÁN VÁZQUEZ, *art. cit.*, p. 22.

impide una supuesta agresión contra su honor, que se sabe se consumó hace tiempo, sino que la venga al amparo de un precepto legal equívoco o de una falsa interpretación del artículo en que se configurara la legítima defensa" (59). Quintano Ripollés afirma su tesis acerca de la eximente diciendo "que cabe imaginar situaciones, raras ciertamente, en que la acción homicida tienda a evitar un inminente ataque al mismo, irremediable de otro modo, dándose entonces una posibilidad de que entre en juego la legítima defensa" (60).

La verdad es que ambos autores, en principio, llevan razón y no existe el menor inconveniente en suscribir sus opiniones, pues en modo alguno son incompatibles: se mueven sobre un suelo fáctico diferente. En aquellos casos que se comprueban tales hechos no cabe duda que será correcta la tesis de Jiménez de Asúa, y también, si así resulta, la de Quintano Ripollés.

La cuestión debe ser planteada con la extensión que correspondía al 428, y contemplar tanto los casos comprendidos por el párrafo primero como por el párrafo tercero de dicho precepto. De esa suerte debe partirse de una precisión interesante: los dos párrafos, aunque formalmente son diferenciables, sustancialmente tienen una fundamentación común, y a efectos de la legítima defensa pueden ser tratados unitariamente. El honor no es el auténtico bien jurídico protegido con el adulterio, según se ha mostrado en otra ocasión, lo que no impide admitir que con él se quebrantan derechos que únicamente al marido corresponden (61). No obstante, el examen sobre la objetividad jurídica del 449 del Código penal no es decisivo, ni ofrece un terreno sólido para fundar la investigación: no se trata de un adulterio simplemente, sino de un adulterio que es contemplado por la persona a la que directamente puede afectar más. Se ofrece así una perspectiva desde la que observar los dos casos que comprendía el 428, a pesar de que la hija y su "corruptor" no estén conjugando acción delictiva alguna, o al menos no necesariamente, a diferencia de lo que acontece con el adulterio.

Precisado lo anterior se plantea la cuestión de si suprimido el 428, puede operarse con la idea del honor que este implicaba, y a continuación, si cabe afirmar actualmente que este se lesiona con las conductas de los sujetos pasivos. El esquema del honor, que de modo determinado informaba al 428, entra en crisis, precisamente con la desaparición del

(59) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, t. IV, p. 145. En parecido sentido, FERRER SAMA, *Comentarios cit.*, t. IV, p. 368, cuando dice: "siempre faltaría uno de los elementos integrantes de esa eximente, cual es el de la actualidad de la reacción... cuando el ataque contra la mujer o la hija se produce, ya ha caído la mancha sobre el honor del marido o padre". También MOSQUERRE, *art. cit.*, p. 2704, que afirma que "siempre faltaría uno de los elementos esenciales de la eximente, cual es, la actualidad de la defensa... cuando el ataque contra la esposa se produce, ya ha caído la mancha sobre el honor del marido".

(60) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 393.

(61) Vid. M. COBO, *El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código penal)*, en ADPCP, 1963, ps. 512 y ss.

precepto: su valor interpretativo tenía virtualidad en la medida que el 428 le consagraba. Ahora no podrá ser concebido en forma tan radical y exagerada. Sin embargo, un entendimiento del honor más en consonancia con la actual realidad cultural, sin concesiones retóricas, y que no pierda de vista su dimensión ética y social (62), no conducirá necesariamente a la negación total de su eficacia en las situaciones en cuestión. Existirá, sin duda, la *posibilidad* de que se lesione, sin que sea menester ofrecer las diferentes hipótesis que realmente se presenten, a la vista de las distintas formas en que el 428 se concretaba (63).

Dentro, pues, del número 4 del artículo 8, ¿se dará el primer requisito de la legítima defensa?, ¿existe agresión ilegítima por parte de los sujetos pasivos?

Pueden pensarse casos en los que, conectada al honor, se califique la situación de los sujetos pasivos como agresión ilegítima, con las notas de actualidad e inminencia exigidas por la doctrina. La afirmación antes citada de Quintano Ripollés, y la consideración que hace Díaz Valcárcel de que “la reacción del ofendido puede evitar que el ultraje prosiga” (64), ofrecen margen para imaginar supuestos en los que de esta forma se estime. No obstante, en tales ocasiones, deberá hacer el juzgador una exquisita y concreta valoración, referida a si existió o no ilegítima agresión, en los términos exigidos para constituir el requisito primero de la legítima defensa, con la complejidad que ella encierra, y con los matices que el caso particular presente, y que deberá ser plenamente fundada satisfaciendo la requerida certeza del enjuiciamiento penal. No puede aceptarse, por tanto, como principio general, ni mucho menos, sino que su afirmación se hace para determinados casos en los que deberá tenerse muy en cuenta por el juzgador lo anteriormente expuesto.

Parece que no existe inconveniente en que se cumpla la circunstancia tercera (“falta de provocación suficiente”), aunque se presenten hipótesis en que se compruebe “provocación suficiente”, a pesar de que subsista el primer requisito (65).

El obstáculo más grave e insalvable proviene de la segunda circunstancia del número 4 del artículo 8: “necesidad racional del medio

(62) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 992, acentuando la valoración social. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal cit.*, ps. 178-179. De interés también para la dimensión ético oficial, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *ob. cit.*, p. 735.

(63) De interés al respecto, desde el ámbito del delito de injurias, la calificación de *grave* atentado al honor, por reciente jurisprudencia, en supuestos en que se atribuyen actos que pueden comprender la situación fáctica de los sujetos pasivos, descrita por el 428 (SS. 20-VI-1959, 2-II-1956, 13-I-1948, entre otras).

(64) Vid. nota 60 de este trabajo, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 195. A juicio de RODRÍGUEZ DEVESA conviene “retener que el legislador admite una legítima defensa del honor en el conyugicidio por adulterio, expresamente reconocida en el Código de Justicia Militar, artículo 185, 4.º” (*Derecho penal cit.*, p. 47, nota 16 bis).

(65) Vid. DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, ps. 195-196.

empleado para impedirle o repelerla" (66). Las dificultades nacen tanto de la propia naturaleza de la situación, como de la especial configuración de la citada circunstancia. En su aspecto material el "ataque" quedaría deshecho *sin* necesidad racional de recurrir a medios que ocasionen la privación de la vida o detrimento de la integridad física de los sujetos pasivos. Es muy difícil imaginar que sea necesario, y menos racional, su empleo para que cese la situación calificada de afrentosa, en atención a su naturaleza. Generalmente, será suficiente con la simple sorpresa. En su aspecto valorativo, se acepte cualquier actitud, siempre será bien más cotizable la vida o la integridad física que el honor. No existe, en efecto, proporcionalidad entre lo que se lesiona y aquello que se vería quebrantado por la agresión. De otra parte, el honor ni se restaura, ni se restablece, ni se salvaguarda, con la muerte o lesión de quienes lo ofendan.

Las anteriores razones se ven reforzadas por la actitud de nuestro legislador, y el cambio de criterio que expresa: estaría en abierta contradicción que *ahora*, con el sólo recurso del honor, pudiera llegarse a efectos *justificantes*, lo que ni siquiera sucedía cuando el 428 se encontraba vigente. Debe tenerse en cuenta que precisamente el 428 tenía sentido, en la medida que se partía de que la legítima defensa del honor, como eximente completa, no podía ser aplicada a los hechos que aquél regulaba (67).

La cuestión adquiere un interés concreto, situándola en otra perspectiva: la defensa que frente a la conducta del sujeto activo (marido o padres) pudieran oponer los sorprendidos en la situación que el 428 describía, pues "de ser lícita y justificada la agresión del marido o padre, por entenderse obraba en defensa de su honra *stricto sensu*, es claro que la reacción defensiva de sus víctimas no podría ampararse en dichas circunstancias, que requiere como primera e inexcusable condición la agresión ilícita, no tolerando retorsión de *defensa contra defensa*" (68). El presente problema, que ya se plantearon nuestros juristas moralistas clásicos, fué resuelto por éstos, como ha afirmado el Padre Pereda, con admirable "libertad de criterio, en materias tan ajenas al estado eclesiástico en las que parece habrían de ser extremistas" (69).

De acuerdo con lo expuesto, el entendimiento de la legítima defensa ofrece margen para la solución desde el momento que se niega el segundo requisito exigido para que tenga valor justificante, y que

(66) Así se pronunció también BASTERO: "ha habido un injusto ataque al honor, más en la defensa exigese siempre una proporcionalidad de medios, difícil de apreciar", en tales casos (*ob. cit.*, p. 88). Vid. DÍAZ VALCÁRCCEL, *ob. cit.*, página 194, cuando afirma que "entendemos que será medio racional el suficiente para hacer cesar la relación ilícita".

(67) En el mismo sentido, por ejemplo, MOSQUETE: "si fuera posible alegar la legítima defensa, en este caso, sobraría el precepto" (*art. cit.*, p. 2704).

(68) QUINTEANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 391.

(69) P. JULIÁN PEREDA, *El versari in re illicita en la doctrina y en el Código penal*, impreso en San Sebastián (ed. Reus), 1948, p. 77.

coloca en el terreno del exceso (70). No dándose la segunda circunstancia del número 4.º del artículo 8.º, podrá ser objeto de defensa por parte de los sujetos pasivos del antiguo 428, en razón a que también es ilícita (71) la conducta del marido o padre y "cabe defenderse contra ella — como dice Quintano Ripollés—, y alegarse, en su caso, la eximente cuarta del artículo 8.º, incompleta ciertamente por ausencia del tercer requisito de falta de provocación, dado que los que se defendían provocaron a su vez con su conducta antijurídica el ataque vindicador" (72).

En resumen, *no* podrá hacerse uso de la eximente cuarta del artículo 8.º, entendida como legítima defensa del honor, para justificar los supuestos que comprendía el 428. Solamente en aquellos casos en que se verifiquen los requisitos apuntados, podrá utilizarse como eximente incompleta (atenuante), en referencia con el número 1.º del artículo 9.º del Código penal.

b) *Trastorno mental transitorio del número 1.º del artículo 8.º*

La presente solución apuntada por la doctrina (73), y recogida por la Ley de Bases, es por su naturaleza eminentemente subjetiva, de más fácil aplicación. El razonamiento empleado para la legítima defensa, que, como regulación general, si hubiera comprendido las hipótesis del 428, éste carecería de sentido cuando se formula por el Código de 1848, no puede utilizarse para descartar el número 1.º del artículo 8.º del Código penal vigente (trastorno mental transitorio). El número 1.º del artículo 8.º del Código de 1848 solamente se refería al loco o demente, y, por tanto, difícilmente podía encontrarse implícito, pues, como es sabido, la fórmula del "trastorno mental transitorio" se introduce por el Código de 1932.

La alusión a la presente causa de inimputabilidad debiera ser acogida mucho más favorablemente que la de justificación antes rechazada, por las siguientes consideraciones:

a) Significa una visión más real y correcta de las situaciones que describía el 428 y una valoración de instancia estrictamente subjetiva, que indudablemente supone un progreso de frente a la trasnochada legítima defensa de la honra.

b) El cambio operado por nuestra legislación abona por su aceptación, que casa perfectamente con la serie de notas que han determi-

(70) También DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, ps. 194-195.

(71) De gran interés sobre ese extremo, las alegaciones de Soto y Suárez, J. PEREDA, *ob. cit.*, ps. 78-80.

(72) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, p. 391. La conclusión de Quintano, deducida de la "pena aunque mínima" prevista por el entonces vigente artículo 428, puede ahora mantenerse con fundamento en la falta del segundo requisito de la legítima defensa. En el mismo sentido, RORÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, p. 258: "cabe la legítima defensa, si bien faltará el requisito tercero y, por tanto, sólo será incompleta".

(73) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 510.

nado la crisis del 428: coincide con una imagen actualizada del hombre; desaparece en la valoración aquella peligrosa "moral social relativa", y se presta a un entendimiento más individualizado y personal del caso concreto.

c') Los inconvenientes que "pudieran surgir" de una interpretación restrictiva del número 1.º del artículo 8.º son en cierto modo superables y comportan, desde luego, menos dificultades, no sólo técnicas, sino de estricta justicia, que las que lleva dentro de sí la causa de justificación del número 4.º del artículo 8.º.

Sin embargo, se pensará, sin duda, que el trastorno mental transitorio no podrá aplicarse cuando el sujeto activo carezca de un fondo patológico, en la forma exigida por nuestro Tribunal Supremo, aunque no siempre. En efecto, dentro de los contornos del 428 sucederá que no se compruebe esa base patológica, a pesar de que existe un choque emocional y psíquico digno de la calificación de trastorno mental transitorio. En este sentido, y sin pretender realizar un exhaustivo estudio sobre el número 1.º del artículo 8.º, debe tomarse posición, cuando menos, sobre el problema:

a') Una correcta interpretación de la fórmula legal conduce a la afirmación, que hace Pérez Vitoria, compartida por diferentes autores, de que "la base patológica no es un elemento requerido por el legislador" y que "ni desde el punto de vista legal ni psiquiátrico existe, en consecuencia, impedimento alguno para aceptar la existencia del trastorno mental transitorio sin la presencia del factor patológico" (74).

b') Ahora bien: incluso moviéndose dentro de la concepción jurisprudencial dominante, no deberá perderse de vista que existirá un fondo marcadamente pasional—emocional, generador del trastorno mental transitorio y que frecuentemente podrá apreciarse en un experto y detallado análisis esa base patológica—como agudamente apunta Castro Pérez—, "que estaría representada por la deficiencia de integración de los dos sectores cerebrales, o por la debilidad de los mandos situados en la corteza" (75). También a este respecto sería válida la conclusión, coherentemente razonada por el profesor Navarrete, de que "la auténtica ruptura de esta unidad cerrada, de esta unidad de sentido y la aparición de estados sin sentido, es lo que da lugar a la declaración de inimputabilidad" (76).

(74) O. PÉREZ VITORIA, *El trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, en ADPCP, 1952, ps. 35-38. ANTON ONECA, *ob. cit.*, p. 298. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (P. Gen.), *cit.*, ps 470-471. SILVA MILLERO, *Consideraciones sobre el delito pasional*, en ADPCP, 1952, p. 470: "no requiere necesariamente un fondo patológico". Tampoco se acepta el restringido criterio jurisprudencial por DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, t. II, p. 24.

(75) F. B. CASTRO PÉREZ, *El delincuente pasional como sujeto mentalmente anómalo*, en vol. del XI Curso Internacional de Criminología (1961-62), Madrid, 1963, p. 178.

(76) JOSÉ M.ª NAVARRETE URIETA, *El problema penal y criminológico de la neurosis*, en vol. del XI Curso *cit.*, p. 468.

c') Todavía más: un examen detallado de la jurisprudencia, relacionado con el presente problema, plantea la cuestión, como hace Quintano Ripollés, en los siguientes términos: "ante el doble riesgo de restringir el trastorno mental hasta confundirlo con la enajenación, o de ampliarlo hasta los estados pasionales, no hay otra solución prudente, siendo ambas correctas, que atenerse a la realidad del caso. Y decidir ante él la segunda sólo en muy excepcionales situaciones de *shock* psíquico intensísimo y que no sean susceptibles de eventual repetición" (77). De aquí, pues, continúa Quintano, que la postura jurisprudencial no sea "una postura herméticamente cerrada. En algunas, pocas (pero bien justificadas ocasiones), el Tribunal Supremo ha utilizado la abierta posibilidad que la Ley le brinda y aplicado la exigente *sin* constancia de base patológica concreta." (78).

Así, son ya clásicas las sentencias de 19 diciembre 1935, 10 marzo 1947 y 14 octubre 1944, que también recoge el autor citado. Especial interés tienen las dos primeras que contemplan situaciones afines a las que son objeto del presente estudio. La de 19 diciembre 1935 se refiere a un caso en que, de encontrarse vigente el 428, cosa que no sucedía con el Código de 1932, no podría ser aplicado; pero que, sin embargo, pone de manifiesto una reacción similar: "el inculpado al acometer a su mujer con la navaja, que siempre llevaba consigo para cuando almorzaba y comía en el campo, lo hizo movido por la indignación, excitación y trastorno mental que sufrió al confesarle aquélla su infidelidad conyugal, agregando que no pudo determinar las veces que la pinchó, por estar completamente ciego y trastornado, resulta evidente que tales afirmaciones, así consignadas, ponen de relieve la concurrencia de esta exigente por darse sus notas esenciales, pues existió una causa inmediata, que fue la manifestación del adulterio confesado por la víctima, que, por su gravedad y trascendencia en el recinto matrimonial, dado el agravio y afrenta que supone para el vínculo y deberes conyugales, era en sí de tal fuerza de impresión psíquica que racionalmente explica la violenta reacción experimentada en su espíritu por el marido ultrajado". En la de 10 marzo 1947, la situación es una simple sospecha de adulterio, que desde luego no entra dentro de los contornos del 428. Se trataba de un "labriego de muy limitada inteligencia, escasa instrucción, débil voluntad y espíritu influido por la superstición" (aunque no se afirma expresamente que exista base patológica alguna), y se tiene en cuenta para aceptar la exigente "la perturbación que en tal mentalidad ha de determinar la sospecha de la infidelidad de su esposa con el hijo de éste, con-

(77) QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial de las anormalidades mentales*, en vol. del XI Curso cit., p. 518.

(78) QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial cit.*, p. 519. A juicio de SILVA MELERO, no hay inconveniente en afirmar "que las reacciones anómalas ante una pasión pueden presentarse en cualquier individuo normal, que cabría incluir dentro de la exigente de enajenación mental transitoria, que no requiere necesariamente un fondo patológico" (*art. cit.*, p. 470).

firmada por la carta amorosa que llegó a su poder, dirigida por el segundo a la primera”.

Las anteriores decisiones adquieren gran importancia, una vez suprimido el artículo 428. Pudieran ser objeto de las siguientes reflexiones:

a”) Que el Tribunal Supremo ha tenido presente, en dichos casos, la *causa generadora* del trastorno mental transitorio, y cuando aquella es de tal naturaleza, ha admitido la eximente *sin* que se compruebe base patológica alguna (79).

b”) No debe olvidarse que la situación descrita por el 428, por su evidencia y plasticidad, puede originar un *shock* emocional y psíquico tan fuerte o más que la declaración de infidelidad de la mujer, o la simple sospecha. Si se ha admitido para estas últimas, no existirá grave obstáculo para hacer uso de la eximente en la sorpresa en yacimiento: al contrario, se deberá admitir con base a la lógica más elemental.

c”) El “honor marital”, al que expresamente alude Quintano Ripollés, tiene sin duda una clara relación, como fácilmente se deduce de la S. 19-12-1935, con la estimación del número 1 del artículo 8, en la medida que significa una causa capaz de originar trastorno mental transitorio con relevancia eximente.

Una vez precisada la cuestión en nuestra jurisprudencia, conviene tener en cuenta lo siguiente. En primer lugar, debe subrayarse, que será ante el caso concreto cuando podrá hablarse de trastorno mental transitorio: únicamente cuando éste quede debidamente probado con la intensidad exigida y con los requisitos que normativamente implica, tendrá efectos eximentes. No dudamos en calificar de contados los casos en que efectivamente suceda, pero desde luego puede afirmarse que es aplicable a determinados supuestos que surgirán realmente. No será necesaria la existencia de base patológica, siempre que ciertamente se dé el trastorno mental transitorio, cuya causa más próxima se encontrará en el fortísimo impacto que supone la sorpresa del adulterio, o en acto similar de la hija. Qué duda cabe que así entendido muchos casos que podrían acogerse al suprimido 428, no serán jamás calificados de trastorno mental transitorio, puesto que para que éste pueda afirmarse tendrá necesariamente que presentarse con la fuerza e intensidad que para su estimación se viene exigiendo.

(79) En parecido sentido QUINTANO RIPOLLÉS: “es de observar en todos estos casos en que *excepcionalmente* se admitió la eximente de trastorno mental puramente psíquico, el alto significado moral y humano de la causa determinante: *honor marital*, amor materno, con lo que se desplaza el sentido, por así decirlo, clínico de la imputabilidad, cargándola de matices éticos, que afectarían más bien a la Psicología y aun a la Sociología criminal que a la Psiquiatría, pero que a pesar de todo, son de entraña criminológica” (*Estimativa jurisprudencia cit.*, p. 519). También acepta la posibilidad de aplicación, aunque parte del criterio jurisprudencial, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 193.

c) *Atenuante quinta del artículo 9 (80).*

La citada atenuante deberá ser concretada al extremo referente a la *provocación*, ya que el contorno del antiguo 428 no ofrecía margen para que se pensara en la *amenaza*. Si de ésta última se hablara, o incluso si efectivamente se diera, sería por fuera de los límites del suprimido precepto, que se satisfacen perfectamente sin necesidad de que concurra, por parte de los sujetos pasivos, y menos en la forma en que ésta es entendida por la doctrina jurisprudencial (81).

La opinión científica más generalizada y también la jurisprudencia (82), ha atribuído a la atenuante de provocación inmediata carácter eminentemente subjetivo, radicado en su naturaleza pasional y emotiva. Sin embargo, para otros autores, el texto legal "en ningún momento hace referencia a condiciones personales y sí tan sólo a presupuestos *objetivos* de provocación" (83), con independencia de que se realice el hecho en estado de alteración-psicológica, como consecuencia de un estado pasional.

La cuestión, sin duda, adquiere gran importancia en el caso de posible concurrencia con otras atenuantes, marcadamente subjetivas, aunque por ahora sólo interesa apuntar este extremo, que debe centrarse, en lo que a nuestro estudio se refiere, de la siguiente forma: ¿la situación en la que se encuentran los sujetos pasivos, en el momento de la realización del atentado contra la vida o la integridad física, constituye provocación precedente, inmediata y adecuada?

Si por *provocar* se entiende, como hacen las S. S. 18-2-1947, 20-5-1952, entre otras, estimular, excitar, irritar, incitar, mediante gestos, palabras, o actitudes a otra persona, no cabe duda que la situación descrita por el 428, contemplada por el marido o padre, puede operar como tal provocación. Igualmente, y dentro del mismo esquema,

(80) "Son circunstancias atenuantes: 5. La de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido" (artículo 9, número 5 del Código penal).

(81) De interés la S. 20-V-1952.

(82) "Tal es, sin duda, el criterio de la jurisprudencia, puesto que ha decidido su incompatibilidad con la de arrebató u obcecación (S.S. 12-VI-1886, 30-VI-1900, 26-10-1939 y 21-III-1941) (QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.*, t. I, p. 419). "La opinión corriente ha visto en la circunstancia quinta una naturaleza subjetiva" (ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, p. 337). Así, entre otros, CUELLO CALÓN, *Derecho penal cit.*, t. I, ps. 293 y ss. DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, t. II, ps. 253 y 259.

(83) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.*, t. I, ps. 419-420. *Comentarios cit.*, t. I, página 177, cuando afirma: "la situación psicológica del agente al reaccionar contra el que amenaza o *provoca* es de ínfimo interés ante el valor primordial de los requisitos típicamente objetivos de la realidad de la amenaza y de la inmediatez entre ella y la reacción generadora del delito". ANTÓN ONECA reconoce que los comentaristas no dejaban "de tener razón al vislumbrar un elemento subjetivo a través del requisito de la inmediatez", aunque, en definitiva, sostiene que para apreciar la atenuante "el juzgador no necesita salir del plano objetivo" (*ob. cit.*, ps. 337-338). En contra, CUELLO CALÓN, *Derecho penal cit.*, (P. Gen.), p. 531, para quién el carácter objetivo de la atenuante no tiene fundamento.

la anterioridad e inmediatez de la provocación pueden darse perfectamente.

Sin embargo, debe prestarse cuidadosa atención al requisito, exigido normativamente, de que la provocación ha de ser *adecuada*. Esta ha sido entendida por nuestra jurisprudencia en una doble dimensión: de un lado, como eficaz y suficiente para excitar el ánimo del sujeto activo a la comisión del hecho, o si se quiere, para que sea “la *causa* de la actuación del culpable” (84); de otro, como proporcionada al daño ocasionado (S. S. 3-10-1912, 31-1-1922, 7-12-1918, 27-4-1921, 20-5-1952, etc.). En su primera acepción, parece que no existirá inconveniente en admitirla desde el momento que realmente se compruebe esa relación entre el estímulo que supone la provocación y la conducta del sujeto activo. La segunda, quizá sea más difícil a pesar de que la posición de nuestra jurisprudencia pudiera ofrecer margen para que se sostenga la adecuación entendida como proporcionalidad de la provocación con el daño producido. La razón proviene, en definitiva, de cuanto afirmamos en orden a la inexistencia de legítima defensa (como eximente), pues no en vano se ha dicho que “la atenuante de provocación o amenaza previa es, si bien se mira, una última imperfección de la eximente de legítima defensa; una legítima defensa a la que faltara el primer requisito de agresión, estando sustituido por el ataque o agresión moral que la amenaza o provocación supone” (85).

De esa suerte, si se llegara a afirmar que objetivamente es proporcionada la “provocación” al resultado producido (muerte o lesiones), se colocaría el intérprete en un terreno peligroso y resbaladizo, que pudiera conducirle a admitir plenamente la legítima defensa del honor, que hemos descartado, aun adoptando una actitud más elástica para la proporcionalidad en la presente atenuante que para el número 4 del artículo 8 (86).

La provocación en cuanto es un estímulo que pone en marcha la conducta del sujeto activo podrá ser adecuada y suficiente en su caso para generar la acción del marido o padre, pero sin duda faltará esta adecuación, pudiéramos llamar “objetiva” (proporcionalidad con el daño ocasionado), en la medida que existe una evidente desproporción entre éste y aquello que los sujetos pasivos realizan. Objetivamente no es adecuada la provocación al daño. Sólo en el plano subjetivo podrá encontrarse la adecuación con fundamento en consideraciones pasionales y emocionales.

La anterior reflexión muestra que la duda existente en la doctrina acerca de la naturaleza de la atenuante y la discusión sobre si tiene

(84) DEL ROSAL, *Derecho penal cit.*, t. II, p. 260: “La provocación o amenaza ha de ser *adecuada*”, es decir, “ha de ser proporcionada al daño que se cause (S. 27-V-1883), o, mejor dicho, que la conducta del reo ha de ser proporcionada a la provocación sufrida”. (ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, ps. 338-339.) También CUELLO CALÓN, *Derecho penal cit.* (P. Gen.), p. 532.

(85) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios cit.*, t. I, p. 177.

(86) Como recomienda ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, p. 339.

una fundamentación pasional o no, es justificada. Esa incerteza sería también un argumento en favor para no emplear el número 5 del artículo 9, ya que, como veremos a continuación, existen otras atenuantes que pueden cumplir su misión con mayor claridad y garantía en su formulación. En verdad, sucede que la presente circunstancia se confunde, unas veces, con las de marcado carácter subjetivo, si éste se le concede, y otras, con las estrictamente objetivas, si se le niega.

Además subsiste la posibilidad de razonar de la siguiente forma: Si "provocar" significa "provocar *para*", como se deduce de algunas sentencias (SS. 7-2-1901, 21-10-1921, 10-2-1945, etc.), se exigirá en principio, como es natural, una finalidad concreta a la que tiende la provocación. Así, las anteriores sentencias emplean la expresión de provocación *para* excitar, *para* enojar, etc. En ese sentido, generalmente, la situación en que se sorprende a los sujetos pasivos distará mucho de constituir una genuina provocación, entendida finalmente, pues con el yacimiento no se pretende, en forma alguna, ni provocar, ni provocar para incitar, enojar, etc. La contemplación de esa situación *puede* provocar en el marido o padres una reacción determinada, pero no porque se encuentre dirigida a originarla, sino más bien, normalmente, sucederá que los sujetos pasivos desean precisamente lo contrario, esto es, evitarla. La propia situación es la que provoca, pero no quienes la crean, que se encuentran al margen de provocar o no, perdiéndose entonces el sentido de incitar o estimular que en definitiva se le ha concedido por nuestra jurisprudencia (87).

En resumen: será la resonancia que produzca la situación en el ánimo del sujeto activo, la que determinará su actuación y consiguientemente no habrá más remedio que concluir, al menos en este caso, que la atenuante cobrará un marcado cariz subjetivo que le haría difícilmente diferenciable de aquellas otras de más clara determinación, por lo que no debiera ser empleada en la resolución de estos casos.

d) *Atenuante 6.ª del artículo 9 (88).*

La presente atenuante puede en efecto aplicarse más fácilmente que la anterior, de acuerdo con la realidad acotada por el antiguo 428. A este respecto, constituye *ofensa grave*, para el marido o padres, la sorpresa en yacimiento de su mujer o hija, y no existirá inconveniente en aceptarla de esa forma.

No cabe duda que el hecho delictivo pudiera cometerse en vindicación de la citada ofensa, y la proximidad vendrá dada por pro-

(87) DÍAZ VALCÁRCEL tampoco se muestra muy favorable a la admisión de la presente atenuante: "estimamos tal hipótesis de excepcional rareza, pues no es creíble que la conducta inmoral persiga la finalidad de excitar el enojo del marido o padre" (*ob. cit.*, p. 196).

(88) "Son circunstancias atenuantes: 6. La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados" (artículo 9, número 6, del Código penal).

pios dictados del suprimido precepto, como sería que aquél se cometiese al sorprender a los sujetos pasivos en la anterior situación.

La doctrina jurisprudencial ha atribuído al número 6 del artículo 9 un inequívoco carácter subjetivo. En reiteradas sentencias se ha afirmado principalmente con fundamento en la existencia de la *proximidad* de la vindicación, desde el momento que el tiempo que debe mediar entre ésta y la ofensa será sumamente breve de forma que perdure en el ánimo del agente la impresión producida por el agravio (89).

La doctrina científica abunda en su naturaleza subjetiva, aunque no desconoce que pudiera ponerse en tela de juicio, "dado que igual cabe vindicarse fría que acaloradamente; pero su afinidad con la pasional es más disculpable, visto que la venganza es, al fin y al cabo, reacción psíquica" (90). Así, puede afirmarse, que en estos casos la actuación del agente obedece "a unos estímulos externos que *normalmente* producen una perturbación en la esfera del sentimiento, la cual puede ser de diversa intensidad, y que aquí adquiere carácter ascendente, dándole, por tanto, un tinte emocional" aunque "la precisión afectiva del estado en que obra no requiere una calificación perfecta" (91).

En consecuencia, podrán darse supuestos, sin salirse del desaparecido 428, en los que realmente quepa aplicar la atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave, ya que los distintos requisitos que la misma exige son verificables dentro del anterior precepto, siempre y cuando se den en el caso concreto.

e) *Atenuante 8.ª del artículo 9 (92).*

El arrebató u obcecación constituye, sin lugar a dudas, atenuante de fundamentación claramente subjetiva. Así, se afirma con acierto por Castro que es "la más subjetivamente matizada", y por Quintano Ripollés que "nos hallamos ya de lleno, y sin tergiversación alguna, ante una genuína motivación pasional" (93). La doctrina, tanto jurisprudencial como científica, es concorde en admitir, como no podía por menos, su caracterización subjetiva (94).

(89) Como declaran las S. S., 6-3-1929, 4-2-1936, 3-7-1950, etc.

(90) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.* T. I., p. 421. *Comentarios cit.* T. I. p. 182. A juicio de CASTRO, "si bien nada se opone a que el que se venga pueda hacerlo fríamente, el agente no deja de actuar bajo un móvil pasional, aunque sea de una de las pasiones llamadas por CARRARA frías o razonadoras y, por lo tanto, hay que estimarla como pasional" (*art. cit.*, p. 175). También le conceden naturaleza subjetiva, ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, p. 340 y DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 197, que la estima aplicable a estos casos.

(91) DEL ROSAL, *Derecho penal cit.* T. II, p. 261.

(92) "Son circunstancias atenuantes: 8. La de obrar por motivos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató u obcecación" (art. 9, número 8, del Código penal).

(93) B. F. CASTRO, *art. cit.*, ps. 175-176. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso cit.* T. I., p. 422. *Comentarios cit.* T. I., p. 189. Vid. De interés, SILVA MELERO, *art. cit.*, ps. 458 y 471.

(94) DEL ROSAL, *Derecho penal cit.* T. II, p. 263. ANTÓN ONECA, *ob. cit.*,

Un estudio de los distintos requisitos exigidos por la jurisprudencia conduce a la conclusión de que ciertamente puede aplicarse dentro del ámbito del 428. Si el sujeto activo se encontraba arrebatado u obcecado—con el contenido que dichas expresiones suponen (SS. 14 diciembre 1942, 13 marzo 1958, 30 noviembre 1960, etc.)—en el momento de su actuación, no existirá obstáculo en aceptar potencialmente las restantes características, necesarias para la aplicación del número 8.º del artículo 9.º (95).

Se dará, pues, esa especie de relación causal entre los motivos y el estado emocional pasional (S. 10 junio 1935), ya que el estímulo se entiende suficiente para que *naturalmente* haya producido arrebatado u obcecación y a la mayor parte de los hombres (S. 6 noviembre 1934) les hubiera sucedido lo mismo. Incluso se afirma la *inmediatividad* requerida constantemente por la jurisprudencia, a excepción de la Sentencia de 30 noviembre 1960, en los propios límites del 428, puesto que la acción se verifica en el preciso momento de la sorpresa.

Existe, en consecuencia, una clara posibilidad de que entre en juego la atenuante octava del artículo 9.º, que justamente presenta mayor facilidad para su aplicación, y que, además, satisface plenamente las líneas generales que han informado la actual reforma.

f) *Otras pretendidas soluciones.*

a') *Atenuante 7.ª del artículo 9.º (96).*

Por Quintano Ripollés se ha aludido a la posibilidad de aplicar el número 7.º del artículo 9.º del Código penal, concretado en el “motivo moral” (97). Con independencia de la naturaleza que se conceda a la anterior atenuante, se objeta con razón por Díaz Valcárcel que “no es presumible que la representación que impele al marido a lesionar o matar esté integrada por el deseo de restaurar el orden moral conculcado” (98). Pero, además, siempre cabe pensar, llenando el término “moral”, con un contenido generalmente aceptado, que la motivación del sujeto activo es más bien lo contrario: ¿en atención a qué moral puede explicarse satisfactoriamente la muerte o lesión verificada en los términos del 428?; ¿cómo puede calificarse de moral el motivo que impulsa al sujeto activo a realizar tan grave acción? (99).

p. 342 y ss. FERRER SAMA, *Comentarios cit.* T. I., p. 293 y ss. SILVA MELERO, *art. cit.*, p. 471.

(95) Es admitida igualmente por DÍAZ VALCÁRCCEL, de forma expresa: “es presumible que todas estas circunstancias concurren” (*ob. cit.*, p. 198).

(96) “Son circunstancias atenuantes: 7. La de obrar por *motivos morales*, altruistas o patrióticos de notoria importancia” (artículo 9, número 7, del Código penal).

(97) QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio cit.*, p. 510. También la admite MOSQUETE, *art. cit.*, p. 2707.

(98) DÍAZ VALCÁRCCEL, *ob. cit.*, p. 199.

(99) QUINTANO RIPOLLÉS afirma, en *La motivación moral en el Derecho penal*, Sep. de Rev. Legisl. y Jurisp. Madrid, 1949, p. 20: “no menos egoísta

Parece estar en contradicción la postura afirmativa con cuanto quedó expuesto acerca del entendimiento correcto de las situaciones previstas por el artículo 428, y cabe concluir, por consiguiente, que *no* podrá aplicarse el número 7.º del artículo 9.º dentro del esquema del suprimido texto (100).

b') *Atenuante analógica 10.ª del artículo 9.º (101).*

Recientemente se afirma por Díaz Valcárcel que "el Tribunal Supremo en algún fallo (S. 30 noviembre 1917) admite como atenuante por analogía "los celos justificados". Nunca serán más justificados que en el supuesto que describía el artículo 428. Hasta tal punto que deberán producir la conmoción de ánimo integrante del arrebato u obcecación, si no existe base para apreciar el trastorno mental transitorio" (102).

No creemos conveniente la alusión a las "atenuantes analógicas", ya que en realidad, como el propio autor reconoce, serán inscribibles las situaciones que se presenten, en las expresas determinaciones legales de los restantes números del artículo 9.º Si se produce el arrebato u obcecación, no se ve la necesidad de hacer uso del número 10 del artículo 9.º, puesto que deberá aplicarse el primero. Los "celos justificados" tendrán relevancia atenuante, en la medida que se den los requisitos previstos por los específicos preceptos antes examinados, pero carecen de la autonomía suficiente para generar, en este caso, una "atenuante analógica", que siempre será de difícil deslinde con las emocionales pasionales ya citadas.

3. *Consideraciones finales.*

Una vez más debe señalarse que la supresión del 428 significa la concesión de un mayor margen para la valoración judicial del caso concreto. De ahí, pues, que las anteriores soluciones han de encontrarse condicionadas por el particular supuesto: el distinto valor de cada una de ellas, su discriminación y selección, deberá hacerse por el juzgador en razón a los caracteres que, más o menos acentuadamente, presentan los hechos objeto de valoración. No *todas* convienen a *todas* las hipótesis imaginables, ni tampoco se han de aplicar de forma superpuesta: requieren una selección que se

(es) la defensa del propio honor en los infanticidios, *uxoricidios* y abortos *honoris causa*".

(100) En el mismo sentido, DÍAZ VALCÁRCEL: "no creemos que pueda ser apreciada para atenuar estos delitos" (*ob. cit.*, p. 199). Ni siquiera la Ley de Bases, que tan generosamente se pronunció, la recoge como posible causa de atenuación.

(101) "Son circunstancias atenuantes: 10. Y, últimamente, cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores" (artículo 9, número 10, del Código penal).

(102) DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 199.

fundará tanto en la modalidad que realmente se presente como en los principios de compatibilidad e incompatibilidad de las diferentes circunstancias atenuantes que nuestra jurisprudencia ha venido afirmando. En este sentido, y en atención a la particular situación que se verifique, se tendrán en cuenta las “reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes”, sobre las que ha llamado la atención Díaz Valcárcel (103).

Un último extremo, referido a la posible concurrencia de circunstancias agravantes que, según veíamos, se planteaba dentro del contorno del 428. También, en este caso, la supresión significa un cambio radical, que remite al juego general de las agravantes y a su régimen de incompatibilidad con las atenuantes, funcionando, por consiguiente, los criterios existentes al respecto, y, de la misma forma, las frecuentes hipótesis de concurso de acuerdo con la distinta calificación de los concretos tipos de los delitos contra las personas, que estarán sujetas a las genéricas reglas del libro I del Código.

(103) Especialmente en orden a la estimación de “circunstancias muy calificadas” (artículo 61, regla 5.^a del Código penal) y a lo previsto por el artículo 66 del Código penal, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, p. 199.

SECCION LEGISLATIVA

La futura reforma del Código penal italiano

PROYECTO DE LEY, presentado por el Ministro de Gracia y Justicia (Bosco) de acuerdo con el Ministro del Tesoro (Colombo Emilio), en la sesión del 10 de octubre de 1963, sobre Delegación Legislativa al Gobierno de la República para la reforma de los Códigos. Publicado en «Atti Parlamentari», Camera dei Deputati, n.º 557.

Artículo 4.º

(Páginas 39-40)

«El nuevo Código penal debe estar informado por los siguientes principios y criterios directivos:

- a) Adecuación a los principios resultantes de la Constitución;
- b) Revisión de la disciplina de la relación de causalidad, de la valoración de las circunstancias del delito y del concurso de personas en el delito para atenuar las aplicaciones del criterio de la responsabilidad objetiva y para adecuar mejor la pena a las particulares responsabilidades, sin comprometer la exigencia de una adecuada represión penal;
- c) Revisión de la disciplina del concurso del delito para mitigar las consecuencias de la acumulación material y para mejor adecuar la pena a las varias hipótesis de concurso;
- d) Revisión de las normas concernientes a la reincidencia y a las otras condiciones subjetivas del condenado, a fin de adecuar la pena a la efectiva capacidad para delinquir del condenado mismo;
- e) Reordenación del sistema de las penas y revisión de las sanciones penales establecidas para las particulares figuras delictivas, a fin de adecuarlas mejor al principio de la seguridad social y a los principios de la humanización de las penas y de la reeducación del condenado;
- f) Atribución al Juez de un mayor poder discrecional en la determinación concreta de la pena, con objeto de asegurar la mejor medición de la misma de acuerdo con las condiciones subjetivas del condenado;
- g) Revisión de la libertad condicional y de la rehabilitación, a fin de convertir a ambas instituciones en instrumentos más idóneos para la readaptación social del condenado;
- h) Revisión de las normas concernientes a la disciplina de las medidas de seguridad, de tal modo que se pueda adecuar la defensa, perseguida a través de las mismas, a la peligrosidad social del sujeto;
- i) Revisión de las figuras penales en relación con la mutación de las condiciones políticas, sociales y económicas del País;

l) Reforzar la tutela penal respecto a los delitos culposos, a los delitos contra la Administración Pública, a los delitos contra la salud pública, la economía pública, la industria y el comercio y a los delitos contra el patrimonio mediante fraude;

m) Adecuación de las normas penales a una más amplia tutela de la persona en sus manifestaciones individuales y sociales;

n) Coordinación orgánica de todas las normas del Código penal con los criterios y los principios anteriormente anunciados.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

A)

Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1962

FERNANDO ALAMILLO CANILLAS

(De la carrera Fiscal)

LEY DE 16 DE MAYO DE 1902 (DE PROPIEDAD INDUSTRIAL)

1. *Art. 134.* El párrafo 2.º del artículo 134 de la Ley de 16 de mayo de 1962 no contiene un tipo autónomo e independiente del delito de usurpación de patente, sino un tipo subordinado, complementario o complementado, que presupone la aplicación de básico contenido en el párrafo 1.º del mismo artículo. (S. 31 de octubre de 1962.)

2. *Art. 138.* Con arreglo al artículo 138 de esta Ley sólo pueden ser objeto material de los delitos en él previstos las creaciones de forma y signos distintivos, no las invenciones propiamente dichas protegidas por una patente. (S. 31 de octubre de 1962.)

CODIGO PENAL DE 1944

3. *Art. 1.º Delito.*—Es base inexcusable de toda condena la conducta voluntaria y antijurídica de la persona sujeta al enjuiciamiento. (S. 19 de octubre de 1962.)

4. *Voluntariedad.*—La voluntariedad no puede discutirse por el mero hecho de ser la recurrente analfabeta y de escasas luces intelectuales. (S. 6 de noviembre de 1962.)

5. *Dolo.*—El dolo eventual es extraño a la sistemática positiva española cuando no está tipificado. (S. 21 de noviembre de 1962.)

6. *Relación de causalidad.*—La relación de causalidad debe afirmarse en principio, siempre que suprimido en un proceso hipotético de eliminación, el acto voluntario del reo queda también excluido del resultado en su configuración concreta. (S. 24 de septiembre de 1962.)

La sola relación causal, de ningún modo constituye fundamento de la responsabilidad criminal. (S. 2 de octubre de 1962.)

El delito de imprudencia requiere, entre otras cosas, una relación precisa y directa entre el acto imprudente y el resultado, porque cuando esa relación se interrumpe o es interferida por un acto o acontecimiento extraño al agente, a éste no puede serle imputado un resultado que no se habría producido sin la concurrencia de ese otro factor. (S. 5 de octubre de 1962.)

Si el accidente fue debido a causas ajenas a la conducta del procesado, no le pueden ser imputadas y no existe delito. (S. 29 de octubre de 1962.)

7. *Art. 2.º Indulto*—A pesar de la fórmula imperativa de «acudirá» que emplea el artículo 2.º del Código penal, no significa mandato legal sobre el fondo, sino designación del procedimiento. (S. 9 de octubre de 1962.)

8. *Art. 3.º Delito consumado*.—En aquellos delitos como el contenido en el artículo 430 del Código penal en los que la acción se toma jurídicamente como unitaria, puede estar integrada de hecho por una pluralidad de actos, la consumación se produce desde que el reo ejecuta uno de estos actos, aunque no logre la plena satisfacción de sus deseos mediante la realización de todos los actos por él imaginados y queridos. (S. 12 de noviembre de 1962.)

9. *Delito frustrado*.—Para dar cabida a la falta de paralelismo entre la voluntad y el delito cometido, es preciso que las mostraciones externas del fenómeno íntimo intencional acusen esa disociación, lo que no ocurre si el procesado esperó a la víctima abriendo la navaja y cuando agredió lo hizo vulnerando la peligrosa región torácica y luego al perseguirle, volvió a herir otra región no menos peligrosa, como la cabeza, y todo ello con tanta fuerza y tan persistentemente, que incluso hirió a los que trataban de sujetarle, por lo que no hay un delito de lesiones, sino un delito frustrado de homicidio. (S. 2 de noviembre de 1962.)

10. *Art. 4.º Provocación*.—No constituye tentativa de aborto el proporcionar un medio eventualmente idóneo para la realización del aborto, como es la entrega de una pastilla, pues no debe ser valorado como acto de ejecución, sino como acto meramente preparatorio, no exculpable, puesto que tal actividad, unida a las incitaciones que mediaron sobre el ánimo de la mujer continúan la modalidad de provocaciones prevista en el último párrafo del artículo 4.º (S. 2 de octubre de 1962.)

11. *Arts. 8.º a 11. Circunstancias modificativas*.—Para que puedan apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es preciso que de las premisas de facto aparezcan tan evidentes como el delito mismo, doctrina más imperativa aún cuando se trata de agravantes (S. 25 de octubre de 1962.)

12. *Art. 8.º, número 4. Legítima defensa*.—La eximente de legítima defensa descansa en un presupuesto incluíble que a su vez es premisa o antecedentes de las otras dos circunstancias exigidas en el artículo 8.º del Código penal, la agresión ilegítima, es decir atentado injusto a la persona o a sus derechos, que coloquen al agredido en la necesidad de repeler el ataque por sus propios medios (S. 29 septiembre 1962). De los tres requisitos que el número 4.º del artículo 8.º del Código exige como indispensables para la eximente de legítima defensa, el primero y más esencial es el de que preceda una agresión ilegítima por parte del que después resultó víctima, siendo tan importante este requisito que si no resulta probada plenamente la existencia de la agresión, no puede estimarse tal circunstancia ni como eximente ni como la atenuante del número 1.º del artículo 9.º (S. 19 de noviembre de 1962.).

13. *Art. 8.º, número 7. Estado de necesidad*.—El número 7.º del artículo 8.º del Código exige que se trate de evitar un mal que por su realidad no ofrezca duda alguna de su existencia (S. 27 octubre 1962.)

14. *Art. 9.º, número 1. Eximentes incompletas.*—Existiendo la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado para repelerla, aunque falte el tercer requisito del número 4.º del artículo 8.º, está bien apreciada la eximente incompleta (S. 20 noviembre 1962).

15. *Art. 9.º, número 4. Preterintencionalidad.*—La preterintencionalidad supone siempre una desproporción entre los medios empleados para cometer el delito y el resultado obtenido, al punto que aquéllos acrediten que lo que quiso el agente fue un mal inferior (S. 23 noviembre 1962).

16. *Art. 9.º, número 8. Arrebato u obcecación.*—Faltando como premisa de facto el dato del estado pasional, no puede apreciarse la circunstancia 8.ª del artículo 9.º del Código (S. 8 octubre 1962).

La atenuante 8.ª del artículo 9.º no se produce sólo por la realidad psicológica de la pasión, sino por la presencia de estímulos suficientes que la acrediten (S. 3 de noviembre 1962).

17. *Art. 9.º, número 9. Arrepentimiento espontáneo.*—Si al procesado, al presentarse a las Autoridades y confesar su delito, no le movió el impulso de arrepentimiento, es decir de verdadero pesar y sentimiento, sino el temor a represalias de los familiares de la víctima, falta uno de los requisitos esenciales de la atenuante 9.ª del artículo 9.º (S. 3 octubre 1962).

La atenuante de arrepentimiento espontáneo se basa en el del propio autor del delito, no en el de otra persona (S. 5 octubre 1962).

18. *Art. 9.º, número 10. Circunstancia análogica.*—No obstante la amplitud que el Código vigente ha introducido en el texto de la circunstancia atenuante análoga a las específicas, no puede admitirse en tal concepto la costumbre contra legem, porque falta a los principios de licitud y moralidad que informan todas las atenuantes (S. 9 octubre 1962).

Si la reparación de los efectos del delito no la hizo el procesado, sino la Sociedad de la que era Gerente, después de pasar más de dos años y estar en rebeldía el procesado, no hay analogía con el arrepentimiento espontáneo (S. 19 octubre 1962).

19. *Art. 10, número 1. Alevosía.*—Aparece claramente la alevosía cuando la agresión rápida e inesperada, a altas horas de la noche, con escasa visibilidad y sin que la víctima pudiera sospechar la presencia del agresor, colocaron a éste en situación privilegiada, pues la sorpresa del ofendido le impidió percibirse a la defensa, no siendo preciso que el agente preparase previamente la agresión, bastando que se aproveche de las circunstancias favorables a sus propósitos criminales (S. 3 octubre de 1962).

Si el procesado dio un tremendo golpe en la cabeza de la víctima acometiéndole por la espalda, cuando estaba agachado, se tipifica el carácter alevoso de la agresión, porque la alevosía no requiere una escogitación previa de los medios, modos o formas de ejecutar el delito sin riesgo, sino que basta que en el momento de la ejecución, aunque la idea delictiva haya surgido rápidamente, se utilicen medios, modos o formas que imposibiliten la defensa del ofendido y tiendan a la eficacia del fin propuesto, con tal que el sujeto se de cuenta de esa situación de ventaja que no necesita ser creada o provocada por el agente (S. 23 de noviembre de 1962).

20. *Art. 10, número 9. Abuso de confianza.*—El deber de lealtad se im-

pone, no sólo en las relaciones con el patrono, sino también en las de los obreros entre sí (S. 6 de octubre de 1962).

No puede apreciarse la circunstancia 9.^a del artículo 10 del Código en un delito de estafa cometido por el Interventor de un Banco, cuando las maniobras fraudulentas no habían sido posibles de no ostentar el procesado esa condición y ocupar ese puesto clave, por lo que en el caso concreto era inherente al delito (S. 22 de noviembre de 1962).

21. *Art. 10, número 14. Reiteración.*—Si la condena anterior del recurrente fue a tres años de prisión menor y el nuevo delito de falsedad del artículo 303 del Código tiene señalada la pena de presidio menor y multa, aunque se haya hecho uso del arbitrio del artículo 318 no ofrece duda que tiene pena superior al anteriormente cometido y no puede apreciarse la circunstancia 14 del artículo 10 del Código (S. 29 de septiembre de 1962).

22. *Art. 10, número 15. Reincidencia.*—El robo ha sido y es delito cualquiera que fuere la cuantía de lo sustraído, por lo que es innecesario, a efectos de apreciar la reincidencia, hacer constar esa cuantía ni la fecha del hecho anterior, siempre que al cometer el nuevo delito estuviere condenado por robo (S. 20 de noviembre de 1962).

23. *Art. 10, número 16. Desprecio del sexo.*—El desprecio del sexo es de apreciar en los actos de acometimiento a una mujer cuando no sea ella la que provoque el suceso, y tanto más tratándose de ultraje a la libertad y dignidad de la mujer que implica el ataque a la honesta que rechaza el asedio del hombre por la calle y por ese solo hecho se ve acometida por el mismo (S. 29 de octubre de 1962).

24. *Desprecio de la morada.*—Para la apreciación de la agravante 16.^a del artículo 10 del Código no puede estimarse morada de la ofendida el lugar en que ocurrieron los hechos, cuando se declara que la interfecta estaba separada de hecho de su esposo y solamente pernoctaba en la casa donde se cometió el crimen (S. 25 de octubre de 1962).

25. *Art. 11. Parentesco.*—No es norma fija y obligatoria que la circunstancia de parentesco del artículo 11 del Código penal se estime como atenuante en los delitos contra la propiedad y como agravante en los delitos contra las personas, sino que los Tribunales la aplicarán en uno u otro sentido según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, obrando con libertad de criterio contra la que no se puede proceder en casación (S. 13 de octubre de 1962).

Estando relajados los vínculos familiares que unían al autor con su cuñada, hasta el punto de estar casi rotas entre ellos toda relación, no puede operar la circunstancia mixta del artículo 11 del Código penal ni como agravante ni como atenuante en el delito de lesiones cometido (S. 8 de noviembre de 1962).

El parentesco entre tío y sobrino no está comprendido en el artículo 11 del Código penal (S. 20 de noviembre de 1962).

26. *Art. 14. Autores.*—Cuando varias personas se ponen de acuerdo para sustraer mercancías de determinado almacén, conviniendo que uno de ellos se quedaría con el producto, abonando a los otros lo que estipularan, todos son autores de un mismo delito, al que se encuentran vinculados por el previo concierto de voluntades, sin que pueda llevarse la conducta

del que se quedó con lo sustraído al delito de receptación (S. 22 de octubre de 1962).

Para condenar por un delito de falsedad no es preciso que el procesado sea el autor material de la firma del documento, pues basta con que le conozca y sea el que se aproveche exclusivamente del mismo (S. 27 de octubre de 1962).

27. *Art. 17. Encubrimiento.*—El número 1 del artículo 17 del Código, después de la Ley de 9 de mayo de 1950, sólo contempla el supuesto de los que auxilian a otros para que se aprovechen de los efectos de su delito y no el que adquiere el producto del hurto para obtener un lucro (S. 3 de octubre de 1962).

28. *Art. 19. Responsabilidad civil.*—La responsabilidad civil es consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo que la causa, no de otros hechos de igual naturaleza no cometidos por el reo a quien pretende exigirse (S. 24 de octubre de 1962).

La responsabilidad civil es inherente a la penal y surge necesariamente de ella, no pudiendo excusarse el autor de los daños de prestarla por el hecho de que el perjudicado tuviese concertada una póliza de seguros con determinada Compañía y esta se haya anticipado a cumplir las obligaciones derivadas del contrato de seguros, pues esta indemnización es completamente independiente y de otro orden que la derivada del delito (S. de 6 de noviembre de 1962).

29. *Art. 22. Responsabilidad civil subsidiaria.*—Para aplicar el artículo 22 del Código penal es menester una dependencia clara y precisa al cumplir obligaciones del cargo u ordenes recibidas, y necesita un nexo entre el que ordena y el que cumple, o un beneficio en el servicio para el propietario o jefe, pero no es de aplicar cuando no consta más que un acto de liberalidad del propietario de un vehículo, fundado en la amistad, permitiendo que el procesado lo utilizara cuantas veces lo necesitara (S. 19 de noviembre de 1962).

30. *Art. 61. Determinación de la pena.*—Si el Tribunal al condenar por un delito de parricidio con una agravante, hizo uso de la facultad que le concede el párrafo 2.º de la regla 2.ª del artículo 61 y dejó de imponer la pena capital, estaba obligado a imponer la pena de reclusión mayor en su grado máximo, que comprende de veintiséis años ocho meses y un día a treinta años (S. 25 de octubre de 1962).

31. *Art. 68. Conflictos de leyes.*—El artículo 68 del Código resulta aplicable cuando los hechos son susceptibles de poder ser incluidos todos en común en determinados preceptos de la ley, pero no cuando se trata de hechos delictivos con fisonomía propia, con vida independiente, castigados en distintos preceptos, en cuyo caso es de aplicación el artículo 69 (S. 3 de octubre de 1962).

32. *Art. 69. Delito continuado.*—La doctrina del delito continuado sólo tiene aplicación cuando se trata de enjuiciar una conducta antijurídica con un resultado único en el que se condensa una serie de actos de igual naturaleza, pero no individualizarlos en el momento de su ejecución ni en el resultado con la debida confección para que sobre cada uno de ellos opere la Ley penal (S. 13 de noviembre de 1962).

33. *Art. 104. Responsabilidad civil.* La Ley concede facultades a la Sala para valorar los perjuicios, cuya declaración no es recurrible en casación, pero se sobreentiende que la cantidad no puede exceder de lo solicitado por las víctimas o quienes actúan en su nombre, que libres son para abstenerse de la reclamación y para condenar es preciso que el procesado conozca la cantidad que se le reclama y por eso exige el artículo 649 de la Ley de enjuiciamiento que los acusadores que sostengan la acción civil expresen la cuantía, obligando el 742 a resolver todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio, y no lo son aquellas cantidades que exceden de lo solicitado (S. 15 de octubre de 1962).

Los artículos 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo y 189 de su Reglamento hay que interpretarlos en el sentido de que en el procedimiento penal sólo cabe reintegrar a terceros y por tanto a los aseguradores, de las prestaciones efectivamente satisfechas a las víctimas o a sus herederos, como el reintegro de los gastos del sepelio, sin que pueda plantearse el problema civil ajeno a la jurisdicción penal, del derecho del asegurador a detraer de la indemnización concedida a los herederos de la víctima el importe del capital ingresado en el Instituto de Previsión para garantizar la pensión a los herederos (S. 5 de noviembre de 1962).

El derecho a indemnización por razón de contrato de seguro y como contrapartida de las primas satisfechas, es compatible con el derecho a indemnización por razón de delito por lo que se infringe el artículo 104 del Código penal, por aplicación indebida al condenar al procesado a pagar indemnización a un asegurador, aunque ya haya sido cumplida por éste la obligación correspondiente (S. 14 de noviembre de 1962).

34. *Art. 109. Costas.*—El artículo 109 del Código penal en relación con el número 2 del artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obliga a la determinación cuantitativa de la parte de costas de que cada condenado debe responder, que deben ser fraccionadas teniendo en cuenta el número de condenados y el de delitos perseguidos (S. 24 de octubre de 1962).

Si la acusación ha sido por cinco delitos, de los cuales se cometen tres por el recurrente solo, y los otros dos conjuntamente con el otro procesado, debe el recurrente pagar, por sus tres delitos tres quintas partes, y la mitad de las de los otros dos, cometidos conjuntamente (S. 24 de septiembre de 1962).

35. *Art. 178. Arrogación de atribuciones judiciales.*—Para estimar la arrogación de funciones judiciales de los artículos 178 y 180 del Código penal se viene persiguiendo, no ya la mera conciencia de la propia incompetencia, sino el «animus» tendente a atribuirse, apropiarse, de funciones de los Tribunales, sin que ni el saber lo ilegal de un proceder conduzca precisamente al delito de arrogación, ni el obrar acatando normas de alguna respetabilidad atribuidas, bien o mal, a un propio cargo, configure el dolo de este delito (S. 6 de noviembre de 1962).

36. *Art. 180. Arrogación de atribuciones.*—El último inciso del artículo 178 del Código penal se refiere a las penas personales que, en la terminología legal, equivalen a las de privación total o parcial de libertad,

mas no a las que recaen sobre el patrimonio; y aunque en el 178 y en el siguiente se regula la pena por la variedad de la sanción arbitrariamente impuesta e incluso se añada otra pena para el caso de ejecución de la sanción, en cambio, respecto de la pecuniaria el artículo 180 siempre castiga juntamente la imposición y la ejecución, sea cualquiera la entidad de la sanción arbitraria, es decir sin distinguir entre sanción grave o leve (S. 9 de octubre de 1962).

37. *Art. 184. Detención ilegal.*—La ilegalidad a que se refiere el artículo 184 del Código penal, ya se conciba como una característica de la anti-juricidad o como un elemento normativo del tipo, constituye un presupuesto de nulidad desvalorativa que, al igual que su vertiente justificativa (art. 8.º, núm. 11, del mismo Código) recibe íntegramente su contenido material de normas jurídicas que yacen fuera de la Ley penal (S. 14 de noviembre de 1962).

38. *Art. 231. Atentado.*—No definiéndose en el capítulo 6.º, título 2.º, libro 2.º del Código penal la exacta medida de gravedad en los hechos determinantes del delito de atentado, debe deducirse de un atento examen de tales hechos y de la intención que los anime (S. 19 de octubre de 1962).

Los elementos típicos objetivos del delito de atentado concurren cuando el procesado acomete a un funcionario público cuando se hallaba ejerciendo las funciones de su cargo; pero el dolo como elemento rector de dicho delito queda excluido y con él, el delito de atentado, cuando el acto de la voluntad del autor reconoce como única causa externa próxima la representación síquica de un acto del sujeto, pasivo de la acción, ajeno por entero al ejercicio de funciones públicas, esto es, cuando el móvil determinante de su acción era exclusivamente privado (S. 30 de octubre de 1962).

39. *Art. 237. Desobediencia.* Las diligencias de depósito de mujer casada son de competencia de Juez de Primera Instancia y ordenados y practicados personalmente requerimientos a la procesada, no hay precepto legal que permita su incumplimiento, sin que baste formular denuncia y al amparo de ellas incumplir las resoluciones judiciales, pues tales denuncias pudo hacerlas en el expediente de depósito o si el Juez estimaba oportuno modificar la resolución sobre visitas del padre a las niñas (S. 27 de octubre de 1962).

La intimidación que supone un requerimiento judicial no determina siempre, caso de no ser atendido, la comisión del delito de desobediencia grave del artículo 237 del Código, ya que aquél se haya subordinado a la posibilidad del cumplimiento de la Orden a veces irrealizable, ante lo que cedería el necesario requisito del afán de desprestigiar a la Autoridad que manda (S. 6 de noviembre de 1962).

40. *Art. 245. Injurias a Agente de la Autoridad.*—Si las palabras gravemente ofensivas se dirigieron contra un guarda jurado de la Junta de Obras del Cuerpo y en su presencia cuando se hallaba de servicio en el muelle, queda definido el delito del artículo 245 y no la falta del 585 del Código penal (S. 5 de octubre de 1962).

41. *Art. 253. Propagandas ilegales.*—El delito del artículo 253 del Código penal precisa para ser cometido de la concurrencia de dos factores,

uno síquico o inmaterial, que es la intención de perjudicar el crédito o la Autoridad del Estado y otro objetivo o material, que son los actos de comunicación o circulación de noticias o rumores falsos desfigurados o tendenciosos; y como el primer factor síquico o intencional—necesariamente ha de obtenerse y apoyarse en el segundo—actos de comunicación o circulación—, donde falten éstos no podrá existir el delito (S. 6 de noviembre de 1962).

42. *Art. 254. Tenencia ilícita de armas.*—El delito de tenencia ilícita de armas, en cualquiera de sus manifestaciones, requiere la posesión o tenencia del arma por persona sin la autorización legal correspondiente, lo que no ocurre si el procesado se limitó a acompañar a otro en la venta de un arma, en calidad de perito (S. 26 de octubre de 1962).

43. *Art. 303. Falsedad.*—Si el procesado al usar un nombre distinto del suyo no lo hizo ni repetida ni ostensiblemente en su vida social, ni en acto que adquiriese publicidad, sino en un contrato privado y unas letras de cambio con unidad de ocasión, no cometió el delito del artículo 322, sino el de los artículos 302 y 393 del Código penal, pues faltó a la verdad en la identificación propia, dando carácter de real a persona ficticia (S. 19 de octubre de 1962).

44. *Art. 304. Falsedad.*—El artículo 304 del Código penal sanciona a los que limitan la actuación a presentar en juicio o usar, con intención de lucro, un documento falso, conociendo su falsedad; pero si los procesados además de utilizar ese documento lo habían falseado ellos mismos, les es de aplicación el artículo 303, y si ambos se pusieron de acuerdo para falsear el cheque, hacerlo efectivo y repartirse su importe, ese pacto atrae sobre los concertados el carácter de autores y la misma responsabilidad, cualquiera que sea la participación material que hayan tenido (S. 22 de septiembre de 1962).

45. *Art. 309. Falsedad.*—El artículo 309 párrafo primero, contiene un tipo privilegiado de falsedad en documentos públicos consistente en hacer un documento de identidad falso, para cuya consumación no se requiere el uso del documento falsificado, que se pena separadamente en el artículo 310, y para perfilar el contenido del dolo no es preciso recurrir a la construcción de un dolo específico (S. 21 de noviembre de 1962).

46. *Art. 318. Falsedad.*—La facultad discrecional que concede al Tribunal el artículo 318 del Código penal no es materia de casación (S. 20 de noviembre de 1962).

47. *Art. 322. Uso público de nombre supuesto.*—La tipificación del delito del párrafo primero del artículo 322 del Código penal exige un empleo público y reiterado de la ficción, bien con exteriorizaciones persistentes y mantenidas en la vida de relación, bien con actos que incluyan en sí esa publicidad o difusión, siendo el párrafo segundo del mencionado artículo, no la expresión de un delito distinto, sino una modalidad agravada, por su finalidad, del delito dicho (S. 19 octubre de 1962).

Son notas características del delito del párrafo primero del artículo 322 del Código la publicidad y el ánimo de sustituir la personalidad por otra distinta y ambas se dan cuando el procesado hizo constar en la ficha gubernativa obligatoria de entrada de viajeros en una pensión un nom-

bre distinto del suyo, sustituyendo también los nombres verdaderos de sus padres (S. 22 de noviembre de 1962).

48. *Art. 341. Salud pública.*—La estructura jurídica del delito contra la salud pública previsto básicamente en el artículo 341 del Código penal no permite otra forma comisiva que la de consumación (S. 21 de noviembre de 1962).

49. *Art. 364. Infidelidad en la custodia de documentos.*—El artículo 364 del Código penal encierra un tipo mixto de índole alternativa, pues coloca en pie de igualdad, indiferencia o equivalencia las tres especies de comisión que casuísticamente enumera, y declarándose que el reo, funcionario del Cuerpo de Carteros Urbanos, rompió varios sobres de correspondencia y se apoderó de varios billetes extranjeros que iban dentro, haciendo desaparecer después aquellos sobres, se sussume el hecho en el artículo citado; y como al sustraer el contenido de los paquetes abusó de la confianza depositada por los expedidores, está correctamente aplicado en cuanto al hurto el artículo 516 del Código penal (S. 21 de septiembre de 1962).

50. *Art. 394. Malversación.*—Es correcta la calificación de malversación del artículo 394 del Código penal a la extracción por un jefe de almacén del Servicio Nacional del Trigo de 7.000 kilogramos de cereal para transportarlo a una fábrica de harinas de otra población, con ánimo de lucro y en su propio beneficio, pues es caudal público un bien perteneciente a un servicio nacional como aquél (S. 13 de noviembre de 1962).

Esta bien aplicado el artículo 394 del Código penal a quien por ser Jefe de una comisaría de policía era funcionario público y estando encargado por razón de sus funciones de unos cartones de tabaco ocupados por los agentes a sus ordenes al sorprender una partida de contrabando que, por ser géneros decomisados, tienen la consideración de caudales públicos, los sustrajo disponiendo de su valor (S. 6 de noviembre de 1962).

51. *Art. 399. Malversación.*—Desde el momento en que el vendedor percibe el precio, aunque el trigo comprado por el Servicio Nacional del Trigo quede en depósito en el vendedor, pasa a ser propiedad del Estado y por tanto su sustracción queda prevista y penada en el artículo 394 y no en el 399, pues éste exige que los caudales sean de los Organismos que enumera, entre los cuales no figura el Estado (S. 19 de octubre de 1962).

52. *Art. 403. Fraudes.*—La persona que aprovechándose de las circunstancias y escudado en su condición de funcionario público insinúa una exigencia dineraria como retribución de un servicio que debe prestar gratuitamente, recibiendo la cantidad señalada, el funcionario lleva a su poder para beneficiarse en perjuicio de quien erróneamente la ha entregado, comete el delito de estafa del artículo 534 del Código, siendo la aplicación del artículo 403 consecuencia ineludible de la confesión pública del encartado (S. 11 de octubre de 1962).

53. *Art. 405. Parricidio.*—Aun constando la muerte del niño y la maternidad de la madre no es posible apreciar el delito de parricidio si no aparece la voluntad de causar tal delito, pero si la madre no pidió socorro para él ni le prestó auxilio oportuno, su conducta encaja en la imprudencia temeraria (S. 18 de octubre de 1962).

54. *Art. 407. Homicidio.*—El dolo de propósito contra las personas lleva

implicito otro dolo eventual para posibles consecuencias más graves por la actuación de otras causas, ya sean anteriores simultáneas o posteriores a la agresión enjuiciada, pues todas y cada una de ellas son causa como sumandos del total resultado, por lo que afirmadas las dos agresiones por parte de los dos procesados, la muerte del agredido y la relación de causalidad entre aquéllas y éstas, a pesar de la independencia entre las dos, que no se produjeron por acción conjunta ni con previo acuerdo, ni siquiera por los mismos móviles, están bien calificados los hechos como homicidio preterintencional imputable a los dos procesados (S. 8 de noviembre de 1962).

Disparan un tiro a la distancia de un metro y a sitio tan vulnerable como el vientre, con un arma tan mortífera como una pistola, revela el propósito de matar en quien ejecuta dicho acto y si la muerte del agredido no se produce por la pronta y eficaz intervención quirúrgica, hay que estimar acertada la calificación de homicidio frustrado (S. 22 de noviembre de 1962).

55. *Art. 411. Aborto.*—Está bien considerado cómplice de aborto la persona que realizó acto de cooperación tan eficaz como el de proporcionar el contacto personal entre la mujer embarazada y la autora material del aborto, pero el inciso final del artículo 411 del Código, relativo al aborto homicida por ser de resultado afín al dolo eventual, debe referirse de modo exclusivo a las personas ejecutoras de las manipulaciones materiales o, al menos, a las presentes en dicho acto determinante del aborto letal (S. 5 de octubre de 1962).

56. *Art. 420. Lesiones.*— Los resultados de las lesiones deben ser los apreciados pericialmente en el momento de juzgar, no las eventuales mejoras de determinadas hipotéticas intervenciones ulteriores, que no pueden ser impuestas a las víctimas (S. 31 de octubre de 1962).

Si la lesión constituye incapacidad parcial y permanente para el oficio a que el perjudicado se dedica, no es aplicable el número 2.º del artículo 420 del Código que exige una dimensión de totalidad en pugna con el efecto parcial que se declara (S. 3 de noviembre de 1962).

No son únicamente las imperfecciones físicas ostentibles y de carácter permanente que afectan a la estética las que determinan la conceptualización de deforme a efectos del número 3.º del artículo 420 del Código, debiendo estimarse que la pérdida de sustancia ósea de la caja craneal determina siempre una deformidad en el cuerpo (S. 6 de noviembre de 1962).

57. *Art. 429. Violación.*—Si se dice que la ofendida padece una oligofrenia que disminuyendo su inteligencia y voluntad la sitúa en la edad mental de los nueve años y que carece de las luces necesarias para discernir seriamente sobre la trascendencia del acto carnal y para resistir los ataques al pudor hay elementos suficientes para encuadrar el hecho del yacimiento en el número 2.º del artículo 429 del Código penal (S. 19 de octubre de 1962).

El artículo 429, número 2.º, del Código Penal no debe interpretarse en una significación de locura o imbecilidad completas o absolutas, sino en el de situaciones de inhibición de las facultades volitivas en grado suficiente para no conocer el alcance y trascendencia de los propios actos y

poder abtenerse o no de realizarlos, y resulta bien aplicado cuando la mujer padecía de una psicofrenia en grado de acentuada debilidad mental que equipara sus facultades síquicas a las de un párvulo de tres o cuatro años (S. 23 de octubre de 1962).

58. *Art. 430. Abusos deshonestos.*—Los abusos deshonestos en las personas de dos niñas, aunque fuesen cometidos sucesivamente en la misma ocasión, constituyen dos delitos y no un delito continuado (S. 3 de noviembre de 1962).

59. *Art. 431. Escándalo público.*—El número primero del artículo 431, requiere: 1.º, ejecución de hecho, sea cualquiera el modo de actuación de la voluntad del agente; 2.º, que el hecho ofenda al pudor o las buenas costumbres; y 3.º, que el hecho sea grave escándalo y trascendencia, entendiéndose por escándalo público la conmoción del sentido moral suscitada en el público por un hecho concreto, que se manifiesta en un sentimiento de reproche o en un apetito de imitación, llamado mal ejemplo (S. 5 de octubre de 1962).

60. *Art. 434. Estupro.*—No puede negarse la calidad de amo en el procesado y de doméstica en la ofendida si se dice que fue propuesta la estupro como asistenta del procesado por la hermana de aquélla y así lo convinieron los tres (S. 19 de octubre de 1962).

61. *Art. 436. Estupro.*—El delito de estupro del párrafo segundo del artículo 436 del Código necesita, además de las condiciones de edad y honestidad, dos requisitos de facto: que la estupro se encuentre en situación de angustiosa necesidad y que el estupro abuse de esa situación para lograr sus deseos, sin que baste la necesidad, sino que es preciso que sea angustiosa, afflictiva o acongojada (S. 8 de octubre de 1962).

La promesa de matrimonio no cumplida constituye el engaño a que alude el párrafo primero del artículo 436 del Código, y tal promesa va implícita en relaciones de noviazgo formales, públicas y consentidas por la familia, ya que el fin natural de ellas es el matrimonio (S. 20 de octubre de 1962).

Si cuando el procesado tuvo acceso carnal con la perjudicada, ésta era doncella, de vida honesta y recatadas costumbres, y no había cumplido los dieciséis años, existe el estupro definido en el párrafo tercero del artículo 436 del Código penal (S. 26 de octubre de 1962).

El engaño consistente en promesa matrimonial, no precisa de modo exclusivo que verse sobre un compromiso explícito, siendo suficiente el implícito en relaciones de noviazgo permanentes y públicas, cuando se da como acreditada la buena conducta de la menor (S. 31 de octubre de 1962).

Los intentos del reo de tener acceso carnal con la ofendida de trece años en dos días sucesivos, no consiguiéndolo por la desproporción en los órganos genitales de uno y de otra, consumando el coito unos días después, sólo constituye un delito de estupro en grado de consumación y no tres en distinto grado de ejecución (S. 12 de noviembre de 1962).

Afirmadas la honestidad y buena reputación de la menor, el hecho de que cediese a la seducción, o sea, el hecho mismo de que fue víctima; no puede computarse en contra suya; y los hechos posteriores al primero no añaden ya nada en el aspecto penal a la inicial seducción y sólo significa

la insistencia en el mismo delito de estupro, con actos de menor gravedad, y no la comisión de varios delitos (S. 19 de noviembre de 1962).

Para que el engaño a que se refiere el párrafo primero del artículo 436 del Código penal pueda ser estimado, es preciso que sea racional y creíble en atención a las circunstancias personales de la mujer con la que se emplea (S. 23 de noviembre de 1962).

62. *Art. 441. Rapto.*—El rapto de una menor con su anuencia, e incluso la de la madre, y aun precedido de estupro, está tipificado como tal delito de rapto en el artículo 441 del Código penal, que comprende en sustraer clandestinamente de la patria potestad a una menor con miras deshonestas, aunque la sustracción consistiera en aprobar y aprovechar su fuga del hogar paterno (S. 19 de noviembre de 1962).

63. *Art. 487. Abandono de familia.*—Para la realización del tipo previsto en el número primero del párrafo primero del artículo 487 del Código penal no basta el mero apartamiento del hogar familiar, ni el simple incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, sino que es menester, aquí con carácter más inexcusable todavía, por tratarse de un elemento subjetivo del injusto, que la acción se ejecute maliciosamente, lo que supone que, además de ser producto de la voluntad del agente, se efectúe con mala intención, con el propósito delibado y resuelto de romper la convivencia familiar y de desatender los restantes deberes impuestos a los conyuges (S. 6 de noviembre de 1962).

64. *Art. 496. Coacción.*—Aunque en la diferenciación entre coacción-delito y coacción-falta entre por mucho de criterio personal o prudente apreciación de los Tribunales, ésta queda desbordada por exigencia de justicia o principios de derecho anejos a los correspondientes preceptos cuando se trata de casos de gravedad o levedad notoria (S. 11 de octubre de 1962).

La violencia como requisito del delito de coacción no sólo significa fuerza física, sino fuerte presión en el ánimo para coartar la libertad ajena, y en el caso de autos se ejerció por la desaforada y permanente conducta de unos pequeños gitanos de los que se valió su padre para hacer intolerable la vida en sus respectivos domicilios a los demás habitantes de la casa, de acuerdo con el dueño de la misma para hacersela abandonar cuando se frustró su propósito de desahuciarles judicialmente (S. 23 de noviembre de 1962).

65. *Art. 501. Robo.*—No basta la violencia o intimidación en las personas para la calificación del robo definido en el artículo 501 del Código penal sino que es preciso que aquéllas se ejerzan con motivo u ocasión del mismo, formando circunstancia especial o accidental en la interpretación de aquél, por lo que cuando ocurre que el delito de robo ya se había consumado, la violencia ejercida a posteriori por uno de los coautores ya no iba dirigida a la realización del delito, sino que tenía una finalidad distinta como buscar la impunidad de la huida (S. 27 de octubre de 1962).

66. *Art. 506. Robo.*—El concepto de casa habitada no puede apreciarse en términos tan absolutos que alcance a toda sustracción con violencia realizada en el lugar que sirva de vivienda a alguna persona, sino que

está caracterizado por la alarma que produce el penetrar en casa ajena, llevando la intranquilidad a los moradores, actos propios de quien es extraño a ella, pero no de quien habitaba en la casa (S. 25 de octubre de 1962).

67. *Art. 514. Hurto.*—Como el procesado a pesar de su condición de cajero y contable de la sociedad perjudicada carecía de la posesión autónoma del dinero sustraído, está bien calificado de autor de hurto con abuso de confianza y no de apropiación indebida (S. 3 de octubre de 1962).

Si el procesado se apropió con animo de lucro de una motocicleta, es indiscutible que cometió el delito de hurto del número primero del artículo 514 del Código, y no el de utilización de vehículo de motor del artículo 9.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, porque la circunstancia de que abandonase la moto quince días después no destruye la intención delictiva (S. 6 de noviembre de 1962).

68. *Art. 515. Hurto.*—La cuantía de los delitos contra la propiedad hay que estimarla por el valor de la cosa sustraída o apropiada según la apreciación que de ella haga el Tribunal en vista de las pruebas practicadas y con referencia al momento de cometerse el delito y no a la utilidad que reportará al autor de la sustracción (S. 5 de octubre de 1962).

69. *Art. 516. Hurto.*—Siendo el abuso de confianza uno de los factores integrantes del delito de hurto, agravado por el número 2.º del artículo 516 del Código penal, no puede estimarse un hurto simple con la agravante genérica indicada (S. 2 de octubre de 1962).

Concorre la agravante específica de abuso de confianza en el taxista que se apropia de las cosas olvidadas en su automóvil por un viajero, pues, dicho vínculo existe también con los que desarrollan una actividad al servicio público con licencia de la Autoridad competente (S. 10 de octubre de 1962).

El Código de 1944 suprimió la gravedad del abuso de confianza que exigía el Código anterior, bastando el abuso genérico (S. 20 de octubre de 1962).

El concepto de abuso de confianza no es imprescindible se asiente en vínculos laborales jurídicos, sino en realidades como la de estar el procesado encargado de la recogida de la escoria de unos hornos, situación fáctica que le permitía su libre acceso a la fundición, facilitando la comisión de las sustracciones (S. 2 de noviembre de 1962).

70. *Art. 519. Alzamiento de bienes.*—El artículo 519 del Código penal no comprende cualquier clase de insolvencia real, sino la dimanante de maniobras fraudulentas encaminadas a provocar la situación de insolvencia en perjuicio de los acreedores (S. 5 de octubre de 1962).

71. *Art. 523. Insolvencia punible.*—Los requisitos que exige el número 5.º del artículo 523 del Código penal son: que el pasivo sea tres veces superior al activo y el retardo en presentarse a concurso, no siendo necesario que se justifique que tal retardo sea malicioso ni que la situación de insolvencia fuera frustrada de propósito para burlar los legítimos intereses de los acreedores, pues lo que se pena es la negligencia del deudor que no acude a la Autoridad judicial cuando se coloca en una situación de insolvencia total o parcial que no le permite cumplir normalmente sus obligaciones (S. 9 de noviembre de 1962).

72. *Art. 529. Estafa.*—Incorre en el delito de estafa, propia del número primero del artículo 529 del Código penal, el que valiéndose de uno de los medios engañosos a que el mismo se refiere, y con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, determina error entre una o varias personas, error que les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero (S. 16 de octubre de 1962).

Para la realización del delito de estafa del número primero del artículo 529 del Código no basta que una persona, a causa de un error, efectúe un acto de disposición a favor de otra, a consecuencia del cual sufra la primera un perjuicio en su patrimonio, sino que es menester, con carácter inexcusable, que dicho error sea efecto de una conducta engañosa desplegada por un sujeto con ánimo de lucro injusto (S. 18 de octubre de 1962).

El delito de estafa se caracteriza por un desplazamiento patrimonial verificado mediante engaño, en donde las insidiosas imaginaciones falsas son las que mueven la voluntad del perjudicado a la entrega de la cosa o a la prestación, que de otro modo no se hubiera realizado (S. 6 de noviembre de 1962).

73. *Art. 533. Defraudación.*—Para la aplicación del artículo 533 del Código, en relación con el 134 y 133 de la Ley de propiedad industrial, es preciso que conste, sin género de dudas, que el procesado, conociendo la existencia de la Patente, haya venido fabricando copias dolosas o fraudulentas de lo patentado, atentado a los derechos de su legítimo poseedor y ocasionándole con dolosa intención, quebranto económico (S. 15 de octubre de 1962).

74. *Art. 535. Apropiación indebida.*—A los efectos del artículo 535 del Código, elemento de apropiación requiere, por parte del reo, una voluntad de hacer suya la cosa, exteriorizada por actos concluyentes a los que no pueda atribuirse otra significación que la de arrogarse los poderes del dueño (S. 18 de octubre de 1962).

75. *Art. 540. Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.*—Si el procesado cobró las cantidades que exigía para el alquiler de la viviendas e hizo a quienes las pagaron la promesa de descontarles de los sucesivos y respectivos alquileres, quedó fijado el concepto de la entrega, o sea, el de anticipo de renta, lo que no constituye el sobreprecio a que se refiere los artículos 540 y 541 del Código en relación con la Ley de 27 de abril de 1946, si bien posteriormente aparece el auténtico concepto de sobreprecio o prima, al incumplir el procesado su promesa de descontar en los recibos las cantidades anticipadas y demandar a los inquilinos que se negaron al pago del importe total (S. 2 de octubre de 1962).

No es aplicable el artículo 540 del Código, pues, al no ser posible el arrendamiento concertado, y no ser, por consiguiente, la finalidad perseguida por el procesado la de obtener una prima ilegal que es lo que sanciona este artículo, y como conocía la ilicitud de la operación procedió con engaño a concertar un arrendamiento irrealizable para defraudar al ofendido por lo que cometió el delito de estafa (S. 17 de octubre de 1962).

76. *Art. 546 bis. Receptación.*—Si del procesado no se dice expresamente que fuera dueño, gerente o encargado del negocio que figuraba a nombre

de su madre, podía ser un simple empleado y en virtud del principio favorable al reo no está comprendido en el artículo 546 bis b) y aunque concorra reincidencia múltiple no puede aplicarse la regla sexta si lo impide la terminante disposición del párrafo segundo del artículo 546 bis a) funcionando en este caso la multirreincidencia como agravante ordinaria (S. 3 de octubre de 1962).

77. *Art. 550. Incendio.*—En puridad de principios la tipología del artículo 552 del Código penal es más benigna que la del artículo 550. (S. 3 noviembre de 1962.)

78. *Art. 565. Imprudencia.*—Mientras subsista en nuestra legislación el concepto de la punibilidad de la imprudencia como entidad autónoma y no como grado de la responsabilidad criminal, precisa construir dicho concepto a base de un núcleo antijurídico constituido por la culpa o negligencia en cualquiera de sus categorías, sea de grave o temeraria, sea de simple y ésta diversificada en simple antirreglamentaria o simple sin infracción de reglamentos, por lo que no puede pensarse como delito una conducta si, aunque se hayan cometido infracciones reglamentarias, no aparece la imprudencia o negligencia (S. 29 de septiembre de 1962).

El delito de imprudencia temeraria requiere entre otras cosas una relación precisa y directa entre el acto imprudente y el resultado, porque cuando esa relación se interrumpe o es interferida por un acto o acontecimiento extraño al agente, a éste no puede serle imputado un resultado que no se hubiera producido sin la concurrencia de ese otro factor. (S. 5 de octubre de 1962.)

Aunque la imprudencia punible es un delito de resultado, no puede ser éste el normativo para la valoración de aquella en el orden penal, sino que ha de estarse al acto mismo en función de las normas de la prudencia, cautela y previsión, que debió realizar el factor dadas las circunstancias de lugar, tiempo y modo, porque cualquiera que sea el resultado, si el sujeto obró faltando a las más elementales normas de precaución, el acto imprudente habrá que calificarlo de temerario o grave y solamente de simple o menos grave si obró con alguna diligencia, aunque no con toda la necesaria para prevenir aquel resultado. La profesionalidad del párrafo 5.º de este artículo no es la derivada de una circunstancia cualitativa del sujeto, sino la que se obtiene por la conjunción de esa circunstancia por los elementos reales de la acción. (S. 16 de octubre de 1962.)

Lo que caracteriza el delito culposo y su nota más esencial es que el agente viole una norma penal con intención voluntaria y maliciosa para causar un daño a tercera persona; pero si la procesada, a solicitud de los otros procesados extendió un simulacro de recibo de contribución, que deseaban para exhibir a posibles compradoras de una casa, confiada en la promesa de inutilizarlo luego, no obró con intención maliciosa, pero cometió grave imprudencia al expedirlo y entregarlo a quienes podían hacer mal uso del documento. (S. 20 de octubre 1962.)

Al no constar que la procesada supiese que la joven a quien admitía en su pensión para pernoctar con un hombre era menor de veintitrés años, falta el dolo de la corrupción de menores; pero como debió cerciorarse de la edad, al omitir tal elemental precaución cometió un delito de im-

prudencia temeraria con resultado de corrupción de menores. (S. 13 de noviembre de 1962.)

Al declararse que un camión cargado, a fin de procederse a su descarga se situó en calle con pendiente del 4 al 5 por 100 sin frenar por completo, ni meter velocidad contraria a la pendiente, ni colocar zapatas de contención, tales omisiones determinaron el deslizamiento y el accidente, por lo que existe imprudencia temeraria. (S. 26 de septiembre de 1962.)

Aunque el guardia de la circulación hubiera dado paso a los vehículos la víctima había empezado ya a cruzar la calle antes de que el guardia diera el paso, siendo vista por el procesado y claro es que, por muy ejecutivas que sean las órdenes de los agentes de la circulación, nunca autorizan a un conductor de vehículos a ponerlo en marcha mientras los viandantes no han terminado de cruzar la calle y al hacerlo el recurrente, causando la muerte de la víctima, incurrió en imprudencia temeraria. (S. 6 de octubre de 1962.)

El hecho de que se comentan infracciones reglamentarias no impide que pueda apreciarse la imprudencia temeraria, pues quizá resulte imposible cometer el delito del párrafo 1.º del artículo 565 del Código sin que también haya infracción del párrafo 2.º (S. 16 de octubre de 1962.)

Aunque el lugar donde ocurrió el suceso tuviera alumbrado público, es imprescindible colocar la luz roja de peligro que advierta a los conductores del peligro existente por la presencia de un montón de arena colocado en el centro de la calzada y si la omisión causó el choque contra el mismo está bien calificada de imprudencia temeraria la conducta del encargado de la obra. (S. 19 de octubre 1962.)

El hecho de no cerciorarse plenamente, cuando es posible hacerlo un Ingeniero que en misión oficial, reconoce como funcionario público unas heredades para acreditar documentalmente su transformación de secano en regadío para servir de fundamento a beneficios de orden Fiscal, y negligentemente, sólo en parte cumple su misión, no ostante lo que expide luego certificación de reconocimiento de la finca con cálculos erróneos por falta de su pericial comprobación, aseverando que sus conclusiones son exactas, ciertas y reales, comete el delito de imprudencia temeraria en relación con el de falsedad. (S. 24 de octubre de 1962.)

Supone olvido de las más elementales normas de precaución, y una inexcusable negligencia, dejar, durante dos días, abandonado en el suelo un cable conductor de energía eléctrica, con el peligro consiguiente para los que transcurrieran por aquel lugar, y como a consecuencia de ello se produjo la muerte de un niño, incurrieron los culpables en el delito de imprudencia temeraria. (S. 25 de octubre de 1962.)

No es incompatible la infracción reglamentaria con la temeridad de la conducta. (S. 9 de noviembre de 1962.)

El número 2.º del artículo 420 del Código señala una pena de prisión menor y multa y el artículo 565, párrafo 1.º señala la de prisión menor, que es inferior a la de las lesiones dolosas por lo que, al aplicarla, no se infringe el párrafo 4.º del artículo 565. (S. 3 de octubre de 1962.)

No es imprudencia profesional cualquier acto culposo del que ejerce una profesión (S. 3 de octubre de 1962.)

La aplicación del inciso 2.º del párrafo 5.º del artículo 565 del Código

penal presupone la concurrencia de los requisitos siguientes: 1.º, en cuanto al sujeto activo, que tenga por profesión la de conductor de vehículos de motor mecánico; 2.º, en cuanto a la acción, que el movimiento corporal o la conducta omitida pertenezcan a la serie de actos que habitualmente practican los conductores profesionales en desempeño de su oficio; 3.º, en cuanto al resultado externo, que consista en muerte o lesiones graves; 4.º, en cuanto a la culpa, que el evento se produzca a consecuencia de impericia o negligencia profesional, concepto este que viene siendo considerado por esta Sala como una imprudencia cualificada por el incumplimiento de aquellos deberes que en relación con la pericia y la negligencia son exigibles exclusiva o especialmente a los que tienen por profesión la de conducir vehículos. (S. 16 de octubre de 1962.)

LEY DE 9 DE MAYO DE 1950, SOBRE USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR

79. *Art. Primero. Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas.*—El artículo 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 castiga la conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol o drogas que coloquen al conductor en el estado de incapacidad, sin que para su aplicación sea necesario que se haya producido un delito de imprudencia, pero cuando éste surge como consecuencia del alcohol o drogas, el primero queda subsumido en el de imprudencia. (S. 25 de septiembre de 1962.)

Es correcta la aplicación de los artículos 1.º y 11 de la Ley de 9 de mayo de 1950 si la cantidad del alcohol en sangre determinada en el análisis revela que el procesado no se encontraba en condiciones de conducir su vehículo con plena seguridad, sin que quepa invocar la existencia o no de peligro para el tránsito. (S. 30 de octubre de 1962.)

El artículo 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 exige dos requisitos para incurrir en la sanción en el mismo establecida: el de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, y que le coloque en estado de incapacidad para realizarlo con seguridad. (S. 15 de noviembre de 1962.)

80. *Art. 3.º Conducción ilegal.*—Si el camión que conducía el procesado medía 2.51 m. de anchura y por ello se necesitaba para su conducción permiso de 1.ª clase especial, y el procesado sólo poseía el de 1.ª clase, es claro que no estaba legalmente habilitado para ello y cometió al delito del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950. (S. 22 de septiembre 1962.)

El delito del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, por ser un delito formal, se comete por el sólo hecho de conducir un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado, debiéndose siempre presumir la voluntariedad de la conducción, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal. (S. 21 noviembre 1962.)

INDICE ALFABETICO

- Abandono de familia, 63
 Aborto, 55.
 Abuso de confianza, 20.
 Abusos deshonestos, 58.
 Alevosía, 19.
 Alzamiento de bienes, 70.
 Analogía, 18.
 Apropiación indebida, 74.
 Arrebato y obcecación, 16.
 Arrepentimiento espontáneo, 17.
 Arrogación de atribuciones judicia-
 les, 35, 36.
 Atentado, 38.
 Autores, 26.
 Circunstancias, 11.
 Coacción, 64.
 Conducción en estado de embria-
 guez, 79.
 Conducción ilegal, 80.
 Conflictos de leyes, 31.
 Costas, 34.
 Defraudación, 73.
 Delito, 3, 8, 9, 32.
 Desobediencia, 39.
 Desprecio de la morada, 24.
 Desprecio del sexo, 23.
 Detención ilegal, 37.
 Determinación de la pena, 30.
 Dolo, 5.
 Encubrimiento, 27.
 Escándalo público, 59.
 Estado de necesidad, 13.
 Estafa, 72.
 Estupro, 60, 61.
 Eximentes incompletas, 14.
 Falsedad, 43, 44, 45, 46.
 Fraudes, 52.
 Homicidio, 54.
 Hurto, 67, 68, 69.
 Imprudencia, 78.
 Incendio, 77.
 Indulto, 7.
 Infidelidad en la custodia de docu-
 mentos, 49.
 Injurias a agentes de la autoridad,
 40.
 Insolvencia punible, 71.
 Legítima defensa, 12.
 Lesiones, 56.
 Malversación, 50, 51.
 Maquinaciones para alterar el pre-
 cio de las cosas, 75.
 Morada, 24.
 Parentesco, 25.
 Parricidio, 53.
 Preterintencionalidad, 15.
 Propagandas ilegales, 41.
 Propiedad industrial, 1, 2.
 Provocación, 10.
 Rapto, 62.
 Receptación, 76.
 Reiniciencia, 22.
 Reiteración, 21.
 Relación de causalidad, 6.
 Responsabilidad civil, 28, 29, 33.
 Robo, 65, 66.
 Salud pública, 48.
 Sexo (desprecio del), 23.
 Tenencia ilícita de armas, 42.
 Uso de nombre supuesto, 47.
 Violación, 57.
 Voluntariedad, 4.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^ª del Tribunal Supremo)

Segundo cuatrimestre de 1963

FERNANDO GISBERT CALABUIG

Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—A. *Principios del proceso penal*. B. *Fuentes del Derecho procesal penal*: «*Usus fori*».—II. PARTE GENERAL. 1. *Jurisdicción*: Delimitación con la jurisdicción militar.—2. *Partes*: A) Perjudicado por el delito. B) Responsable civil. 3. *Objeto del proceso*: Renuncia de la acción penal. 4. *Instrucción preliminar*: A) Iniciación: Denuncia condicionante. B) Desarrollo: Actos de coerción real: Comiso. C) Terminación: Sobreseimiento. 5. *El proceso penal «stricto sensu»*. A) Alegaciones: Escritos de conclusión. B) Artículos de previo pronunciamiento: a) Prescripción b) Indulto. C) Prueba: a) Testifical b) Pericia. c) Apreciación. D) Desarrollo anormal del proceso: Suspensión del juicio oral. E) Terminación del proceso: Contenido de la sentencia. F) Efectos del proceso: Económicos: Resolución sobre costas. 6. *Impugnación del proceso*: A) Recurso de casación: a) Ambito: Resoluciones contra las que procede (art. 848). b) Recurso de casación por infracción de Ley: Motivación: a') Artículo 849, número 1.º b') Artículo 849, número 2.º: Documento auténtico. c) Recurso de casación por quebrantamiento de forma: Motivación: a') Artículo 850, número 1.º b') Artículo 851, número 1.º: Falta de claridad de los hechos probados. c') Artículo 851, número 1.º: Contradicción entre los hechos probados. d') Artículo 851, número 1.º: Predeterminación del fallo. e') Artículo 851, número 3.º: Resolución de todos los puntos objeto de debate. f') Artículo 851, número 4.º: Punición por un delito más grave. d) Orden lógico de resolución de los recursos. e) Exigencias formales. B) Recurso de revisión: Causa 4.ª del artículo 954.—III. PARTE ESPECIAL: *Procedimiento abreviado de urgencia*.—IV. EJECUCIÓN: A. *Libertad condicional*. B. *Pensión alimenticia*.

I. INTRODUCCION

A. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL: Los principios acusatorio y de congruencia, presiden el proceso penal. (Sentencia 22 mayo 1963.)

El proceso penal se dirige por el Juez que omite todo lo innecesario.

desde su comienzo, según el artículo 312 de la LECr. (Sentencia 5 julio 1963.)

B. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL: «USUS FORI».—La fijación de los perjuicios derivados de actos punibles se rige por regulación del Tribunal, según el artículo 104 del Código penal y para señalar su importe el uso del foro concede amplio arbitrio, sobre el que la casación no puede ejercer censura. (Sentencia 5 julio 1963.)

II. PARTE GENERAL

1. JURISDICCIÓN: *Delimitación con la jurisdicción militar.*—Se trata de un hecho en que tuvieron participación dos personas que se culpan mutuamente, una aforada a la jurisdicción militar y otra a la ordinaria, y como consecuencia de aquél, resultó una persona muerta, otra lesionada y daños en dos vehículos, y como no es momento en que pueda determinarse, de existir, la responsabilidad penal de cada uno, es procedente, conforme al número 2.º del artículo 19 resolver la presente competencia a favor de la jurisdicción ordinaria. (Sentencia 4 mayo 1963.)

La presente cuestión de competencia se ha promovido por la Jurisdicción Ordinaria por entender que le corresponde el conocimiento de la causa que se sigue al arquitecto don Jorge F. y F. por el Juzgado Permanente de la Región Aérea Central por el delito de denuncia falsa derivado de procedimiento militar iniciado por esa denuncia y que fue sobreseído definitivamente por Decreto del General Jefe de dicha Región militar, en el que se aprueba el dictamen del Auditor en el que figura la propuesta de instruir causa contra el denunciante por la posible comisión del referido delito. Al perseguirse en el procedimiento militar donde ha surgido la competencia la posible comisión de un delito de acusación o denuncia falsa que dio origen a un sumario, tramitado en la jurisdicción castrense, sobreseído definitivamente con dictamen, del auditor, en el que se propone instruir causa al denunciante, el conocimiento de ésta corresponde a dicha jurisdicción de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 del Código de Justicia Militar, que atribuye a la aforada conocer de las incidencias de la causa principal, mencionando expresamente como tales la denuncia, parte o acusación falsas; precepto corroborado por el artículo 724 de dicho Código al facultar a la Autoridad judicial en los casos de sobreseimiento definitivo a proceder de oficio contra el denunciador; preceptos que quedarían sin contenido si fuese jurisdicción distinta la que tuviese que conocer del nuevo proceso, porque ni una jurisdicción puede recibir órdenes de otra, ni la mención expresa de un asunto como incidencia de otro con fuerza atractiva de éste sobre aquél, tendría eficacia procesal si su conocimiento se llevase a quien no conoció de la principal; doctrina que al estar de acuerdo con el nuevo ordenamiento legal no contraría la anterior sostenida por este Tribunal que atribuía a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de estos delitos de denuncia falsa derivados de procedimientos militares, cuando el Código de Justicia Militar no contenía los preceptos que quedan invocados reguladores de la cuestión planteada en la presente competencia. (Auto 1 julio 1963.)

2. PARTES: A. PERJUDICADO POR EL DELITO.—Efectivamente la sentencia de instancia ha infringido los artículos del C. P. citados por los recurrentes, en especial el 104, al reconocer el carácter de tercero penal a la compañía aseguradora, pues no ha sido perjudicada por el delito, ya que sus obligaciones nacen de un contrato privado libremente concertado entre las partes, con prestaciones recíprocas y las debidas compensaciones económicas en favor de la Compañía como contrapartida del riesgo que asume por los accidentes que pueda tener el asegurado, cuyo contrato ha de cumplirse voluntariamente por las partes o ejercitándose por las mismas las acciones de que se crean asistidas para el reconocimiento de los derechos que estimen les corresponden; pero no en esta jurisdicción penal, sino ante la ordinaria o la social-laboral, que son las llamadas a resolver esta clase de cuestiones; pues la Ley y el Reglamento de Accidentes de Trabajo y Ordenes aclaratorias o complementarias no vinculan a los Tribunales de lo penal, que cumplen con determinar la cuantía y destino inmediato de las indemnizaciones, en el orden que la norma penal establece, es decir, la que comprende por los perjuicios irrogados al agraviado, familiares y tercero, pero respecto a éste, en inmediata relación con el delito mismo, que ha de valer, como «causa» de la obligación e imponer al infractor y subsidiariamente a quien este concepto tenga en lo que respecta a las obligaciones civiles que traen su origen de aquél, teniendo la que pueda nacer del abono realizado por la Compañía al constituir el fondo necesario para la pensión del accidentado, su origen en el mismo contrato de seguro; y al no haber procedido la Sala de instancia de acuerdo con esta doctrina, ha infringido los artículos 101 y 104 y el 21 y 22 del Código Penal reguladores de la responsabilidad civil directa y de la subsidiaria y procede casar la sentencia recurrida en cuanto condena al procesado-recurrente y a la RENFE, como responsable civil subsidiaria, a que paguen a «L» la cantidad que entregó en la Caja Nacional del Seguro de Accidentes del Trabajo, para constituir la renta correspondiente a favor del obrero accidentado, que resultó también perjudicado por el delito de imprudencia sancionado por el Tribunal «a quo», sin que ello sea obstáculo para que la Compañía aseguradora, intente el reintegro, si así lo cree oportuno, en vía más adecuada para ello que la criminal. (Sentencia 8 julio 1963).

B. RESPONSABLE CIVIL.—Al afirmarse no sólo el nexo laboral existente entre el procesado responsable principal y el recurrente, responsable civil subsidiario, sino asimismo el interés y beneficio que a éste habría de reportar la operación en el curso de la cual tuvo lugar el accidente, la conjunción de ambos elementos, laboral y económico, justifica perfectamente la doble condena acordada por el Tribunal sentenciador, y aunque hipotéticamente pudiera haberse hecho una participación, digo una partición de responsabilidades pecuniarias con otros partícipes del beneficio, como supletoriamente se interesa, ello no es factible en el actual momento procesal, al no ser tales eventuales beneficiarios parte en el proceso, y frente a los cuales cabe al recurrente la reclamación de indemnizaciones o repeticiones por vía que no sea criminal. (Sentencia 29 mayo 1963).

Si el padre del procesado, Angel R., no ha sido parte en el proceso, en

concepto de responsable civil subsidiario, ni se ha formado a su tiempo la correspondiente pieza separada, no había posibilidad legal de condenarle al pago de las indemnizaciones que solicitaba el recurrente, sin quebrantar el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y defendido en el juicio, y a mayor abundamiento si la sentencia es absolutoria, como en el presente caso, no puede decretarse responsabilidad civil dimanante de un delito que no existe, ni contra el procesado absuelto y menos contra un tercero como responsable subsidiario. (Sentencia 26 junio 1963).

Al declararse probado que el procesado al ocurrir el accidente conducía legalmente habilitado el camión al servicio de la Granja A. propietaria del vehículo, transportando envases vacíos de leche y operarios de la empresa, según era costumbre, se pone de manifiesto la prestación de un servicio a las órdenes y en beneficio de otro, por persona idónea, habilitada reglamentariamente para conducir el vehículo, y verificado en la forma que normalmente lo venía haciendo, al decirse que llevaba los obreros en la cabina como era costumbre; servicio que crea en el beneficiario del mismo la obligación legal de responder civilmente y en forma subsidiaria de las responsabilidades de esta naturaleza que se derivan de los delitos y faltas que en la ejecución de tal servicio haya cometido el conductor del vehículo, por aplicación correcta del artículo 22 del Código Penal, toda vez que en la narración de hecho, se pone de manifiesto una relación de dependencia entre el procesado y la empresa en cuyo beneficio se actuaba, y normalidad además en la manera de prestarlo, según se acaba de decir: responsabilidad de la que sólo podría librarse el titular de la Granja, si se hubiera acreditado que el procesado usó el vehículo indebidamente o en su propia utilidad, cosas que ni se declaran probadas ni pueden compaginarse con las afirmaciones opuestas que constan en la sentencia; por lo que el primer motivo del recurso articulado por infracción de ley—único admitido de los de esta clase—por supuesta aplicación indebida del citado artículo 22 del Código Penal no puede ser acogido. (Sentencia 2 julio 1963).

Si bien el artículo 106 del Código Penal establece con carácter imperativo que en el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno, esta exigencia legal sólo tiene aplicación para los supuestos en que haya que indemnizar a terceras personas perjudicadas por el delito, pero cuando, como en el presente caso ocurre, además de esas terceras personas perjudicadas, se han originado unos daños recíprocos en los vehículos que conducían los procesados que son condenados por el mismo delito de imprudencia, en virtud de la concurrencia de culpas, cada uno de estos conductores, co-reos del delito, es responsable de los daños que haya sufrido el vehículo por él conducido, debiendo indemnizar a su respectivo patrono o principal con el importe de tasación de dichos daños, y si los conductores de los vehículos de ajena pertenencia o alguno de ellos, han resultado insolventes cada propietario soportará su propio daño por no establecerse la solaridad entre ellos, ni puede alcanzarse la responsabilidad civil subsidiaria a tercera persona que no tuvo participación en el delito, y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida ha infringido los artículos 106 y 107 del Código Penal, y en su consecuencia procede aco-

ger el segundo motivo del recurso en el particular apuntado. (Sentencia 2 julio 1963).

En el recurso formalizado por la perjudicada doña L. C. G. se alega la infracción de los artículos 21 y 22 del Código Penal, cuya lectura es suficiente para comprender su amplitud, e interpretándolos tiene declarado esta Sala, que basta a los fines de este precepto que las personas responsables se encuentren ligadas entre sí con vínculos derivados de acuerdo, conformidad o aquiescencia para asumir el uno, y autorizar el otro, las obligaciones en cuyo cumplimiento se dio ocasión al hecho perseguido; circunstancias que se deducen de la declaración de hechos probados, pues se afirma que el procesado que ha sido condenado «conducía el camión NA-869, propiedad de don Juan José A. J., con el consentimiento de éste y al servicio de Pablo D. S.» y más adelante dice que el «camión de autos en el momento de ocurrir el accidente estaba asegurado en la «V» a favor del hoy responsable civil subsidiario don J. A.», «cuyo señor A. conservaba el pleno dominio del tan citado camión, por haberlo así acordado en contrato privado fechado en 7 de mayo de 1954»; de modo que la relación de dependencia del responsable penal con el señor A. se establece a través del señor D., al prestar su consentimiento para utilizar el camión en el servicio que prestaba y del que creía poder alcanzarle alguna responsabilidad de índole económica, que tenía cubierta con la póliza de seguro contratada con la «V», por lo que ha de declararse la procedencia del recurso en este extremo. Es manifiesta la procedencia del recurso que formula la «V» por ser requisito indispensable que la cuestión de su responsabilidad civil hubiera sido objeto del juicio, en el que no fue parte ni fue oída esta sociedad, proponiéndose en tiempo y forma el problema al Tribunal, y además que es premisa necesaria para exigir responsabilidad civil subsidiaria a una persona o entidad que exista nexo de relación o dependencia con la misma, del condenado por delito, sin que esta ligazón se pueda deducir del contrato de seguro celebrado con el dueño del camión señor A. en el que no interviene aquél, cuyas obligaciones son exigibles mutuamente por los contratantes en la vía y jurisdicción adecuadas de no cumplirse voluntariamente; infringiéndose así por el Tribunal de instancia el invocado artículo 22 del Código penal con la ineludible consecuencia de la casación solicitada. (Sentencia 10 julio 1963.)

3 OBJETO DEL PROCESO: *Renuncia de la acción penal.*—El motivo se ha basado en la alegación de que en la sentencia se contienen las bases de un perdón por parte del cónyuge ofendido, o de un consentimiento con relación a la infidelidad de su esposa, ya que desde la consumación del delito hasta la interposición de querrela mediaron más de tres años, y durante ellos, por imperio de la Ley, los cónyuges hubieron de vivir juntos, pero para que prosperase esta tesis habría de desatender a lo que ha sido doctrina de esta Sala al exigir que el perdón y la tolerancia del consorte burlado han de constar con las mismas relevancias de hecho que el delito mismo sin olvidar la confusión que implica el equiparar el perdón tácito por convivencia con una mera presunción, y esta sin más base que la formulación legal del deber de vida común de los cónyuges siendo así que

si la hubo, lo que no consta, quedaría en lo desconocido el elemento espiritual, de primordial valor, relativo a la consciencia del incente del engaño de que fue objeto, y también que los deberes legalmente impuestos no por eso llevan a la necesaria presunción de acatamiento, pese a eventos que los condicionan y aun que los dispensan. (Sentencia 1 julio 1963).

4. INSTRUCCIÓN PRELIMINAR: A. INICIACIÓN: DENUNCIA CONDICIONANTE.— Si bien el sumario se inició a virtud de querrela deducida por el padre de la estuprada, la falta de acción que pudiera existir en el padre de la ofendida se subsana por la intervención del Fiscal, ya que el Código vigente, en el párrafo 1.º de su artículo 443, dispone que para perseguir este delito basta denuncia de la parte agraviada. (Sentencia 2 mayo 1963).

—La denuncia de determinados delitos por parte de las personas a quienes está reservada, puede hacerse al declarar en el sumario abierto en virtud de otras denuncias, el cual queda así convalidado por la única legítima, pues de lo contrario la oficiosidad ajena y su improcedente acogida impedirían el ejercicio de un derecho incluso a aquellos que por no haber sido personalmente las víctimas pudieran estar ignorantes hasta el momento en que se les recibe declaración de los delitos cometidos contra las personas confiadas a su amparo, no habiéndose, pues, infringido por inaplicación el artículo 443 del Código Penal como se sostiene en el único motivo vigente del recurso, alegado al amparo del artículo 849, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin haberse denunciado la supuesta nulidad de procedimiento ante el Tribunal de instancia que lo continuó hasta su fallo. (Sentencia 29 de mayo 1963).

B. DESARROLLO: ACTOS DE COERCIÓN REAL: COMISO.— Si en la dogmática y en el Derecho comparado no reina la unanimidad acerca de la naturaleza del comiso, con arreglo a nuestro Derecho positivo no cabe negar al previsto y regulado en la parte general del texto refundido de 1944 el carácter de pena, tanto porque así lo definen y clasifican los artículos 27 y 48, como porque, según conviene a la esencia de la pena, consiste en la privación de la propiedad sobre ciertos bienes integrantes del patrimonio del culpable de una infracción criminal, impuesta a éste por los órganos jurisdiccionales como retribución accesoria del delito cometido, pérdida del dominio, constitutiva del efecto sustantivo-penal inmediato y definitivo del comiso, que no se esfuma ni es incompatible con la circunstancia de que, en determinado y particular supuesto, el producto de la venta ulterior de los objetos decomisados quede afecto eventualmente en la fase procesal de ejecución, junto con los bienes propios del penado, a la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias dimanantes del delito y del proceso. En congruencia con el atributo de la personalidad de la pena y de acuerdo con lo establecido expresamente por citado artículo 48, la de comiso—contemplada desde el ángulo de su posible repercusión frente a terceros—es relativamente eficaz, en el sentido de que los objetos provinientes de la acción punible están exceptuados del decomiso cuando pertenecieran a un tercero no responsable del delito, responsabilidad a que se refiere el precepto del Código que, como es obvio dada la apuntada naturaleza del comiso, no es otro

que la criminal, por lo que si, cual sucede en el caso de autos, los efectos intervenidos en la fase procesal de instrucción pertenecen no al autor del delito, sino a un tercero, han de quedar excluidos del decomiso, aun cuando su propietario sea el responsable civil subsidiario, pues, de otra suerte, vendría a imponerse una pena al que no es sujeto ni culpable del acto delictivo, y a castigarse con una pena accesoria a quien no se ha infligido otra principal. El párrafo penúltimo del artículo 135 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, al disponer que «todos los productos obtenidos por usurpación se entregarán al legítimo poseedor (de la patente), sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que corresda», instituye más que una propia pena accesoria de comiso, un efecto accesorio de índole excepcional, predicable y aplicable exclusivamente a los casos de usurpación sancionados en dicho artículo, efecto que en contraste con lo prevenido en el 46 de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, no puede ser extendido a todos los supuestos de defraudación de la propiedad industrial, entre ellos, el de imitación de modelos, recogido, para castigarlo, en el artículo 138 de aquella Ley, de donde se sigue que, habiendo sido objeto de la condena un delito contemplado en este último artículo (en relación con los 531 y 535 del C. P.), y no uno de los castigados en este precepto y previsto en el artículo 134 de la Ley de 1902, que fue el imputado al reo por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, partes activas en el proceso que luego se aquietaron con la diversa calificación del Tribunal de instancia, no hay términos hábiles para estimar la infracción por falta de aplicación del mandato contenido en el artículo mencionado al principio. Supone la parte recurrente que el pronunciamiento del fallo impugnado por el que se acuerda «no ha lugar a la entrega de la mercancía intervenida al perjudicado, que se devolverá a la sociedad querrelada», equivale a perpetuar los efectos del delito y a permitir a su autor que continúe irrogando perjuicios a la víctima de la infracción, suposición enteramente equivocada, porque al formularla pretende ignorar el recurrente que la aludida sociedad no es, ni pudo ser autora del delito, y, sobre todo, que en tanto perdure el vigor de la patente de registro de modelo de utilidad, seguirá gozando el que recurre del derecho exclusivo a vender, utilizar y explotar el objeto sobre el que recae y continuará disfrutando de la protección que las leyes le dispensan para perseguir, civil y criminalmente, ante los Tribunales a quienes lesionen sus derechos, tutela pena! que, salvo el caso singular del párrafo penúltimo del artículo 135 de la antigua Ley de Propiedad Industrial, no alcanza a privar a un tercero irresponsable del delito, de la materia especificada en forma ilícita por el delincuente a fin de lograr la producción de las cosas nuevas, las cuales si bien han de permanecer bajo el señorío de su dueño—el tercero no responsable criminalmente del delito—, lo estarán con las limitaciones emanadas del privilegio concedido al titular del certificado del Registro y, por lo tanto, constreñido el elástico derecho de dominio sobre las cosas producidas a aquellas facultades—la de transformación, por ejemplo—que en nada contradigan ni menoscaben las del propietario industrial. (Sentencia 20 junio 1963).

C. TERMINACIÓN: SOBRESIEMIENTO.—Según los términos del párrafo últi-

mo del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se dará recurso de casación por infracción de Ley contra los autos en los que con carácter definitivo se acuerde un sobreseimiento libre, especificando el mismo precepto que sólo tendrán ese carácter aquellos en los que se reputen como no delictuosos los hechos sumariales, o sea cuando el sobreseimiento se base en el párrafo 2.º del artículo 637 de la misma, y como en el auto impugnado de 11 de noviembre de 1961 expresamente se consigna que el número del artículo 637 que se contempla para dictar la resolución es el 1.º de tal artículo, es visto que el auto es irrecurrible y debe aplicarse el párrafo 2.º del artículo 884, también de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Auto 15 junio 1963).

5. EL PROCESO PENAL «STRICTO SENSU»: A. ALEGACIONES: ESCRITOS DE CONCLUSIÓN: En cuanto al motivo del recurso por quebrantamiento de forma, de no haber sido resueltos todos los puntos planteados por la defensa respecto a conexión de los delitos y acumulación de los procedimientos seguidos al procesado que recurre, si en el juicio oral las peticiones que las partes formulen tienen que limitarse a lo solicitado en las conclusiones definitivas de cada una de ellas y como tales pedimentos tienen su formato especial, que no puede ser otro que el establecido en los artículos 650, 651 y 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que obliga a la Sala sentenciadora a pronunciarse en orden a lo interesado según los respectivos escritos en la forma establecida por el artículo 142 de la citada ley, dando cumplimiento a lo mandado en el artículo 742 de la misma, como la cuestión aducida en este motivo del recurso, no se ajustó a las normas procesales por extemporánea e impropia del estado del procedimiento como correspondiente al período de sumario, al dejar de resolverla, no se ha cometido la indicada infracción por lo que debe desestimarse este motivo. (Sentencia 9 mayo 1963).

B. ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO: a) *Prescripción*: Esta Sala tiene declarado en anteriores resoluciones, interpretando lo que dispone el párrafo 2.º del artículo 114 del Código Penal, que a efectos de la interrupción de la prescripción, por «procedimiento dirigido contra el culpable» han de entenderse todos los actos encaminados a la instrucción de la causa para el descubrimiento del delito perseguido y determinación de los culpables, sin que sea preciso que se haya hecho expresa declaración de procesamiento, siendo suficiente que la actividad o acción judicial se dirija contra una persona en concepto del presunto culpable, y si bien es cierto que el delito por el que ha sido condenado el recurrente se cometió en el año 1946, y hasta el 18 de febrero de 1948 no se dictó contra él Auto de procesamiento, también es verdad que durante todo ese lapso de tiempo no estuvo paralizado el procedimiento, toda vez que ininterrumpidamente se estuvieron practicando diligencias sumariales, para la investigación de los hechos denunciados, circunstancias que concurrieron en su comisión y determinación de las personas responsables, conforme ordena el artículo 229 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ya a los folios 155 y siguientes del sumario que se tiene a la vista, están unidas unas diligencias enca-

minadas a concretar la posible complicidad del recurrente Abad L., que por su condición de militar, se pasaron a la Jurisdicción Castrense a efectos de competencia, emitiéndose los oportunos dictámenes por el Fiscal Jurídico Militar y por el Auditor, y con fecha 31 de enero de 1947, el Capitán General de la Región, se inhibió a favor de la Jurisdicción ordinaria, la que terminó el sumario con fecha 20 de agosto de 1947 y remitido a la Audiencia, el Ministerio Fiscal en 23 de abril de 1948 solicitó el procesamiento de A. L., practicándose por el Instructor diligencias encaminadas a esclarecer la intervención del recurrente en los hechos perseguidos; dictándose nuevo Auto de conclusión en septiembre de 1948, emplazándose al recurrente, no obstante no haber sido procesado todavía; en diciembre de 1949 se revoca otra vez el Auto de conclusión del sumario para la práctica de otras diligencias y se vuelve a terminar en octubre de 1951, y en octubre de 1952, se acordó por la Audiencia la suspensión del juicio oral que se estaba celebrando para que se practicara una información suplementaria y se dictase Auto de procesamiento contra L. y los demás que resultaran responsables; oyéndose, como consecuencia de ello, al recurrente en 26 de febrero de 1953, quien amplió, con promesa de decir verdad, sus anteriores declaraciones, contestando a las imputaciones que se le hacían; terminado nuevamente el sumario en marzo de 1954, se citó para juicio y durante su celebración se solicitó por el Ministerio Fiscal en marzo del 57 que se practicara otra información suplementaria y que se procesara a A. L. lo que se llevó a efecto por Auto de 18 de febrero de 1958, por todo lo que es visto que la Autoridad judicial, estuvo constantemente indagando la conducta del recurrente con referencia a los hechos de autos, y por consiguiente, que no pudo transcurrir el tiempo necesario para la prescripción alegada, que en todo caso sería de diez años, dada la pena señalada al delito. (Sentencia 2 mayo 1963).

— Si el artículo 113 del Código Penal para regular los lapsos de prescripción contempla, literalmente, y con repeticiones a cada apartado, tan sólo a las penas que «la Ley señalara el delito», resulta claro que la pena atendible no puede ser ocasional a un hecho o la conveniente peculiarmente a un delincuente sino la general del tipo y esto supuesto, si según el artículo 528 párrafo 1.º del Código Penal, el delito se castigaba con presidio mayor el plazo prescriptorio fue el de diez años, según con acierto lo entendió el Tribunal sentenciador, plazo al que no alcanzó la paralización del trámite, y en el que no podían influir unos indultos, ni aún concedidos, mucho menos en mera expectativa, por lo que también se hace precisa la desestimación de este motivo. (Sentencia 22 junio 1963).

— Como la petición falsa se hizo el año 1953, y el proceso abierto para su persecución tuvo lugar en el año 1960, según se desprende del número del sumario que consta en la cabeza de la sentencia y así lo ha corroborado esta Sala con el examen de las actuaciones, tal delito hay que estimarlo prescrito con arreglo al artículo 113 del Código Penal, como se postula en los motivos primero y segundo del recurso, por haber transcurrido con exceso el plazo de cinco años que para la prescripción de los delitos castigados con penas que no excedan de seis señala el referido artículo, toda vez que el de falsedad de documento de identidad cometido

por quien no es funcionario público sólo está castigado con arresto mayor y multa Sentencia 6 julio 1963.)

b) *Indulto*.—En el juicio oral los procesados, en su escrito de calificación, por otrosí, al alegar la prescripción del delito de que eran acusados. -- cuestión sobre la que expresamente se pronuncia la sentencia impugnada -- y para que la sirviera de apoyo, pidieron que no pasase la causa al Ministerio Fiscal para la aplicación de los beneficios de indulto que a los mismos beneficiasen y es sobre esta petición respecto a la que estiman que no se ha dictado resolución: bastaría con lo consignado para la repulsa del recurso, ya que la postulación de un trámite no es punto de derecho objeto de acusación y defensa al que alude el párrafo 3.º del artículo 851, ya mencionado, en su relación con las disposiciones que sobre el contenido de las sentencias definitivas se determinan en el artículo 142 de la misma Ley, pero es que aún hay más, si el Decreto de 9 de diciembre de 1949, artículo 5.º, si los artículos 7.º de los Decretos de 1 de mayo de 1952 y Decreto de 25 de julio de 1954 establecen que para aplicar los indultos que otorgan en las causas no sentenciadas, ha de esperarse la firmeza de la sentencia que recaiga, es obvio que no puede estimarse, en este caso, al Tribunal de instancia como incurso en falta procesal por no pronunciarse sobre lo que no podía decidir, por prematuro, y en cuanto a la aplicabilidad del indulto contenido en el Decreto de 31 de octubre de 1958, si bien el artículo 4.º autoriza a otorgarlo antes de recaída sentencia es sólo ante peticiones de pena menores de dos años, y en el caso de autos la acusación sobrepasaba ampliamente ese límite, por lo que los términos de planteamiento son iguales a los anteriores. (Sentencia 22 junio 1963.)

C. PRUEBA: a) *Testifical*.— Concurren los requisitos que integran el delito de falso testimonio definido y castigado en el artículo 326 del Código Penal, cuales son: sujeto activo, testigo; sujeto pasivo, persona querrelada; acción incriminada, dar testimonio mendaz en contra del inculcado, en procedimiento penal, bajo juramento de decir verdad, ante Juez competente que le hizo saber la obligación que tiene de ser veraz y las penas con que el Código castiga el delito de falso testimonio en causa criminal; procedimiento formal, sumario por delito de aprobación incoada a virtud de querrela; y como resultado, no recaer condena por ser sobreseído posteriormente dicho proceso con carácter provisional, en la que concurre dolo punible, que por manifestar en carta el que recurre el pesar de haberse dejado sorprender, por una defectuosa información del mismo deponente, debe estimarse calificadamente atenuado, conforme a los artículos 9, número 9.º y 61, regla 5.ª del mismo Código en virtud del arrepentimiento espontáneo con satisfacción al ofendido. (Sentencia 20 mayo 1963.)

b) *Pericia*.—El primer motivo del recurso amparado en el número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede prosperar, pues el análisis de sangre para determinar o no la paternidad, además de que su plena eficacia no puede aún admitirse, requiere como requisitos indispensables la extracción de lá menor y ni se solicitará el requerimien-

to y conformidad de la madre, única representante legal del niño mientras no se realice o voluntariamente o por disposición de la sentencia, el reconocimiento por parte del recurrente. (Sentencia 25 mayo 1963).

c) *Apreciación.*—Si el amancebamiento es gramaticalmente entendido el trato ilícito y habitual de hombre y mujer, del examen del hecho probado aparece que es de rumor público en el pueblo de O. que los encausados sostienen relaciones amorosas ilícitas desde hace tres años y como al rumor no es posible reconocerle en lo penal el valor de prueba plena, aun probado que los procesados han tenido en 1957 acceso carnal, quedando la mujer embarazada y dando a luz una niña y que el recurrente se marchó dos veces del domicilio conyugal, yéndose a determinada localidad a reunirse con la que se supone manceba y que al enjuiciado se le encontró correspondencia sostenida con la aludida mujer, estos actos no son suficientes a justificar que el encausado tenga notoriamente manceba fuera de la casa conyugal, viviendo con ella habitualmente y teniendo los dos trato ilícito, porque sólo en el terreno de las presunciones más o menos fundadas cabe el sostenimiento de tal relación sexual, presunción repudiable siempre en la esfera penal que, ni es admitida como medio probatorio, ni resulta notoria esa conducta delictiva como así lo requiere el artículo 452 del Código Penal, por lo que debe desestimarse el recurso en sus dos motivos ante la carencia de una prueba plena del hecho básico de la querrela. (Sentencia 7 mayo 1963).

D. DESARROLLO ANORMAL DEL PROCESO: SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL: No fue propiamente denegada la diligencia de prueba pericial, propuesta en tiempo y forma por la parte querellante sino que fue admitida por la Sala de instancia, y si no se practicó en el acto del juicio oral, por incomparcencia de los peritos, como obraba su informe en el rollo, completado por otros informes sumariales, pudo la Sala darse por suficientemente informada y contar con elementos bastantes para formar juicio, sin necesidad de suspender el procedimiento, por el trastorno procesal que ello llevaría consigo y no exigirle la complejidad del asunto debatido, razones por las que debe rechazarse el único motivo aducido, por quebrantamiento de forma. (Sentencia 4 mayo 1963).

-- Si a los fines del recurso, según el párrafo 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se conjuga éste con el párrafo 6.º del artículo 746 de la misma Ley, aparecerá como radicalmente desestimable la parte de la argumentación que se basa en la alegada falta de acreditación de la preexistencia de los bienes hurtados, ya que este precedente, de obligatorio investigación dentro del sumario, no puede reputarse inesperada y sustancial variante surgida en el panorama de hecho, por la vía de una revelación o retractación, máxime cuando en la relación fáctica, sin necesidad de complementarias informaciones, se llega a la conclusión de propiedad por el criterio objetivo de hallarse lo sustraído en la habitación y maleta del perjudicado; del mismo modo, una carta de un testigo, referida a momentos anteriores al delito y sin más aditamentos que presupongan revelación inesperada, no puede dar lugar a la utilización por la Sala de las potestativas facultades del aludido párrafo 6.º del artículo 746,

de libre decisión para el Tribunal y si acaso condicionado por los criterios restrictivos que se recomiendan en la Orden de 21 de marzo de 1932, por lo que debe ser desestimado el recurso. (Sentencia 30 mayo 1963).

-- Si dentro de la discrecionalidad con que debe aplicarse la facultad otorgada en el párrafo 6.º del artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de imperar un criterio restrictivo de utilización, según lo regula el artículo 14 de la Orden de 21 de marzo de 1932, el empleo de esas facultades aún adquiere mayores reservas cuando se trata de procedimiento de urgencia, según el artículo 801 de la Ley aludida y si a lo dicho se añade que la alegada esterilidad del procesado, si era anterior al delito no podía construir un nuevo y sobrevenido hecho y si posterior carecía de interés en lo esencial de la cuestión penal, queda patente cuan acertadamente obró la Sala al no acceder a las peticiones del procesado y en consecuencia debe desestimarse el recurso por éste entablado, basado en el párrafo 1.º del artículo 850 de la tan mencionada Ley. (Sentencia 8 de junio 1963).

— Con arreglo a los artículos 742 y 747 de la Ley, es facultad de la Sala acordar la suspensión y aunque el empleo de la misma sea recurrible en casación, para ello es preciso que consten—cosa que no sucede en este caso—las preguntas que van a dirigir al testigo para poder graduar la importancia de su declaración. (Sentencia 20 junio 1963).

— La constancia en el acta del juicio oral de que no pudieron ser citados dos testigos de los cinco propuestos por el Ministerio Fiscal y reiterados por la defensa de la recurrente con la adición de tres testigos, se acredita con el examen de los autos que, tras una suspensión de la vista en juicio oral por rebeldía, al citarse para el segundo señalamiento las parejas que menciona el hecho probado, se habían ausentado los dos hombres de esta capital y la Audiencia dispuso fuesen citados en su residencia de T., y una de las mujeres era desconocida en el hostal que señaló como su domicilio, y la otra se había ausentado de su residencia, y ello unido a la declaración de los indicados testigos en la causa, justifica la ilustración del Tribunal sobre el hecho de autos y el acuerdo de no suspensión del juicio, por lo que procede rechazar el único motivo del recurso de forma que se examina y que se funda en el número 1.º del artículo 850 de la Ley Procesal. (Sentencia 25 junio 1963).

E. TERMINACIÓN DEL PROCESO: CONTENIDO DE LA SENTENCIA.—Si el recurso de casación se da contra las sentencias dictadas en primera instancia, es evidente que constituidas aquellas por resultandos y considerandos, aun cuando los hechos probados deben surgir con claridad de los primeros, la omisión en éstos de algún detalle de relevancia, no constituye obstáculo para que completados éstos en algún considerando, se les otorgue el valor que las circunstancias requieran y como en el caso de autos se ha prescindido de recoger en el hecho básico el dato relativo a contra qué «restregó el procesado sus órganos genitales», lo que debidamente, aun cuando en impropio lugar, aclara el primer considerando, queda perfecto el relato de la acción punible atribuida al encausado, encaja acertadamente en el precepto penal que se le aplicó, sin que constituya motivo para rechazar el

convencimiento de culpabilidad que formaron los juzgadores, el que el procesado actuara aprovechándose de que nadie podía verle, porque aun sin constar que pudiera haber sido vista esa actuación, el testimonio de la niña de diez años en relación con otros medios probatorios, han permitido fundar un criterio de creencia, intocable ante las terminantes declaraciones del hecho probado, lo que hace no acogible el único motivo de este recurso. (Sentencia 18 junio 1963).

-- La sentencia estudia y resuelve todas las cuestiones que fueron planteadas en los escritos de conclusiones, toda vez que el recurrente se limitó en sus provisionales a negar los hechos de que le acusaban el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, y por tanto negó que hubiera cometido los delitos de malversación, falsedad y cohecho de que era acusado, y en el escrito de conclusiones definitivas, después de ratificar las provisionales, alegó, como cuestión nueva, la excepción de cosa juzgada, porque según dijo, sobre los mismos hechos que se enjuiciaban en esta causa, había sido ya pronunciada resolución por el Juzgado Especial de Delitos Monetarios en un todo favorable y sin sanción alguna contra el procesado, sin que en ninguno de dichos escritos se hiciera la más ligera alusión a las peticiones que ahora formula extemporáneamente, sobre acumulaciones por porrazones de conexidad, de los varios sumarios que se siguen al mismo proceso; que sólo existe un delito monetario; que la competencia es exclusivamente del Juzgado Especial, y por último que el delito de falsedad quedaba comprendido, por tratarse de medio necesario, en el delito principal que era el monetario y no el de malversación, por lo que, dados estos antecedentes, es visto que la sentencia de la Audiencia al condenar al procesado por los tres delitos de que fue acusado, y razonando acertadamente en el quinto considerando la improcedencia de la excepción de cosa juzgada alegada, en el escrito de conclusiones definitivas, aunque lo más correcto procesalmente hubiera sido que esta desestimación se hubiera reflejado en el fallo, se ajustó la sentencia impugnada a lo que ordenan los artículos 142 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la redacción de estas resoluciones, y por consiguiente no ha incurrido en el defecto in procedendo que se denuncia. (Sentencia 20 junio 1963.)

-- La casación de una sentencia de instancia por obra del Tribunal Supremo, produce ipso facto su anulación y, en consecuencia, la nueva que haya de dictarse, requiere como mínimo el inexcusable requisito, al ser dictada por el número de Magistrados que en cada caso proceda, en el presente tres, y al no haberse hecho así, se ha incurrido en el quebrantamiento de forma que en el motivo segundo del recurso se denuncia, al amparo del número 5.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque la disposición imperativa del párrafo 2.º de su artículo 145, de que para dictar sentencia hayan de concurrir al menos tres Magistrados, no debe soslayarse por las reglas del artículo 154, como indebidamente se hizo, puesto que las mismas sólo entran en juego en el supuesto concreto que allí se alude, esto es, el de haber sobrevenido la imposibilidad entre el acto de la vista y la votación en trámite de elaboración de la sentencia, que no debe asimilarse a la hipótesis que aquí se contempla, en lo que era menester dictar nueva sentencia, que por lo tanto exigía la

presencia ordinaria de los tres Magistrados, y al haber fallecido uno de ellos, no puede suplirse su ausencia más que a través de la reproducción del juicio oral, a cuyo momento habrán de retrotraerse las actuaciones con anulación de las practicadas. (Sentencia 21 junio 1963.)

— Si bien es verdad que la defensa del procesado en sus conclusiones definitivas negó que su patrocinado hubiera cometido el delito de imprudencia que le imputaban el Ministerio Fiscal y la acusación privada, no es menos cierto que en el mismo escrito alegó, para el caso de que no lo estimara así el Tribunal «a quo», la existencia de la causa de exención 8.ª del artículo 3.º del Código penal, y por ello, en el tercer Considerando de la sentencia recurrida, en cumplimiento de lo ordenado en el número 3.º de la regla 4.ª del artículo 142 de la Ley procesal, declaró «que en la ejecución del delito de imprudencia de que es autor el procesado, no era de apreciar circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, puesto que la alegada por la defensa en forma alternativa no podía deducirse de los hechos que en dicha resolución se declaraban probados», con lo que al condenar al procesado por el delito de que fue acusado quedaron resueltos todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa, cumpliéndose también en la redacción de la sentencia impugnada, todos los demás requisitos formales exigidos por el mencionado artículo 142 de la Ley de ritos. (Sentencia 2 julio 1963.)

— La sentencia declara lo que considera en conciencia del conjunto de la prueba omitiendo lo que no se acreditó o consideró innecesario, para fundamentar su fallo y así omitir las funciones que en el Instituto Español de Moneda Extranjera tuviera encomendadas desempeñara, o debiera desempeñar el recurrente, pero sí afirma que era funcionario del mismo, declara que hubo entrega como dádiva de 200.000 pesetas mediante la relación que con él tuvo el exportador, lo que hace innecesario pensar si pidió o se ofreció cosa que no era forzosa para la calificación del delito, y tampoco resulta imprescindible fijar la fecha en que el exportador reintegró la cantidad no satisfecha, pues, no podría tener eficacia alguna para el recurso, ya que no es materia de casación, por corresponder a la Audiencia discrecionalmente la valoración de los daños. (Sentencia 3 julio 1963).

— El Tribunal «a quo», al hacer expresa y terminante declaración de los hechos que estima probados, en acatamiento a la regla 2.ª del artículo 142 de la Ley de ritos, deja resueltas todas las cuestiones de hecho controvertidas en el juicio, pues ni este precepto ni ningún otro obliga a los juzgadores a transcribir en sus sentencias la totalidad de los hechos que adujeron las partes, con específica determinación de si los reputaron demostrados o improbados en todo o en parte, como pretende el recurrente, sino que han de limitarse a relatar los que en conciencia, de acuerdo con la facultad soberana que les concede el artículo 741 de la propia ley, estimen necesarios para la justificación de sus fallos, con sus fundamentos doctrinales y legales. (Sentencia 8 julio 1963.)

F. EFECTOS DEL PROCESO: ECONÓMICOS: RESOLUCIÓN SOBRE COSTAS.—La vinculación con solaridad a obligaciones con pluralidad de sujetos sólo la impone la Ley penal, artículo 107 del Código, para grupos de responsables

civiles por causa de delito, no para las responsabilidades por costas, que por disposición expresa del artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben cargarse por cuotas, personales y limitadas a cada condenado, en caso de pluralidad de ellos, por lo que se erró en la resolución recurrida al no dividir las costas y sobre ello al solidarizar a los condenados si que para imponer el acatamiento a los preceptos legales aludidos, especialmente al artículo 109 del Código Penal surja obstáculo adjetivo que vede el acceso al recurso de casación por infracción de ley, pues la materia de costas en el proceso penal, es consecuencia de delito y su regulación, por precepto penal, y así lo ha venido entendiendo esta Sala al resolver, y por cierto en este mismo sentido, casos análogos a este, por ejemplo en la sentencia de 17 de diciembre de 1957., debiendo precisarse que el acogido recurso según el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe beneficiar también al no recurrente en situación análoga. (Sentencia 6 mayo 1963.)

6. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: A. RECURSO DE CASACIÓN: a) *Ambito: Resoluciones contra las que procede (art. 848).*—Para que sea admisible el recurso de casación contra autos definitivos dictados por las Audiencias es preciso, conforme al artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ésta lo autorice de un modo expreso, y como en este caso no concurre tal circunstancia, procede su inadmisión según ordena el número 2.º del artículo 884 de la mencionada Ley. (Auto 4 mayo 1963.)

b) *Recurso de casación por infracción de Ley: Motivación: a) Artículo 849 número 1.º*—No se cita ningún precepto sustantivo de carácter penal que haya sido infringido por la sentencia, ya que la referencia a la Ley de Dios contenida en la Ley de Fundamental de 17 de mayo de 1958, y los preceptos del Código Civil, que son los que se consideran infringidos en este motivo del recurso no tienen aquel carácter. (Auto 11 julio 1963.)

— Los Decretos de indulto, no tienen carácter de precepto penal sustantivo, ya que sus graciabiles concesiones son de potestativo otorgamiento, por lo que, como tantas veces ha declarado esta Sala, en esas disposiciones no se puede fundar un recurso de esta índole. (Sentencia 22 junio 1963.)

— Como el principio pro reo no constituye un precepto o norma jurídica de carácter sustantivo, su infracción no puede servir de fundamento a una causa de casación amparada en el número 1.º del artículo 849 de la Ley citada, razón que también se opone a la admisión de dicho motivo, en vista de lo dispuesto en el apartado 1.º del referido artículo 884. (Auto 24 junio 1963.)

— Aunque es norma procesal que no cabe el recurso de casación por infracción de ley contra el no ejercicio de potestades discrecionales, esta Sala viene admitiendo en beneficio del reo la procedencia del examen de esa facultad, en cuanto suponga la calificación jurídica en su aspecto cuantitativo de una circunstancia ya admitida por el Tribunal de instancia, a fin de valorarla adecuadamente en función de los mismos hechos que el Tribunal declara probados, que es el contenido propio de la casación penal; y así, contrayéndose el primer motivo del recurso a la pro-

cedencia de estimar como muy calificada la atenuante de preterintencionalidad aplicada por la sentencia recurrida, tal pretensión debe prosperar, porque al declararse probado que María C. falleció a consecuencia de la peritonitis traumática, sobrevenida por dos patadas que el procesado le dio en el vientre en ocasión en que María y dos mujeres más de su familia disputaban con la mujer del recurrente, sin decirse que ejerciera ningún otro acto de violencia, se pone de manifiesto no sólo una notable desproporción entre el medio empleado—el pie—y el resultado producido—la muerte—que descarta toda idea homicida, como lo reconoce la sentencia, sino también la de producir lesiones o daños graves al no emplear instrumentos o medios idóneos para causarlos ni sujetar a la víctima o ejecutar otros actos de fuerza; por lo que se contempla un resultado racionalmente no previsible por el agente, que conduce a estimar como muy calificada la atenuante 4.ª del artículo 9 del Código Penal, dada la mínima cantidad de dolo que aparece en su conducta. (Sentencia 25 junio 1963.)

— Si bien es cierto que, pese a los términos literales del artículo 849, número 1.º, proposición segunda, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción que le dio primeramente la de 28 de junio de 1933 y que mantuvo la de 16 de julio de 1949, la doctrina jurisprudencial admite que la casación de fondo puede fundarse, no sólo en la infracción de una norma de carácter sustantivo, bien sea de las que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal (como las de naturaleza pública o privada llamadas a integrar disposiciones penales en sí mismas incompletas), únicas a las que textualmente se refiere el precepto aludido, bien sea de las obligaciones «ex delicto» y que han de ser aplicadas por los Tribunales de lo criminal en virtud de la acumulación fundada en la conexión de la acción civil), sino también en la infracción de normas jurídicas no sustantivas que sirven «para» la aplicación de la ley penal, lo es a condición de que en los motivos se invoquen vicios cometidos por la Audiencia «in iudicando» es decir, cuando habiéndose formado parte del objeto de la decisión recurrida una cuestión de índole procesal, el Tribunal de instancia incidiere en infracción de la ley al resolverla, pero esa doctrina no puede ser extendida a los supuestos de alegación de vicios «in procedendo», o sea, cuando se ataca la validez del desenvolvimiento formal del juicio oral o cuando se combate la corrección procesal de la resolución que le puso término, pues en tales supuestos sólo a través de los motivos de casación por quebrantamiento de forma puede obtenerse de este Supremo Tribunal la anulación del procedimiento viciado y la reposición de la causa al estado que tenía cuando se cometió la falta, contenido propio de la sentencia de casación por tal quebrantamiento, congruente con la naturaleza del vicio al que pone remedio, e impropio de las sentencias de la casación de fondo; de donde se sigue que, invocándose en los dos primeros motivos del recurso interpuesto por Tomás C. F. y Vicente P. C. sendos vicios «in procedendo», al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley procesal penal ambos motivos han de ser desestimados. (Sentencia 1 julio 1963.)

b') *Artículo 849, número 2. : Documento auténtico*:—Para la procedencia del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba es necesario que los documentos invocados como auténticos evi-

dencien ese error y tal evidencia no surge del único dato objetivo consignado en el acta de inspección ocular del terreno, o sea, el de una suave curva hacia la derecha descrita por las ruedas del camión conducido por el procesado, como si éste se hubiera propuesto pasar rozando al otro camión, lo cual aparece en contradicción con el hecho de que las huellas sean precisamente las de un «frenazo» y está además desvirtuado por la declaración de dos testigos que interpretan de distinta manera, o sea, en contra de la tesis del recurrente, las rodadas de los dos camiones a raíz del hecho de autos, careciendo por lo anteriormente expuesto de la debida justificación el motivo del recurso. (Sentencia 10 junio 1963.)

— La Ley bien claramente dice que el error tiene que resultar de documentos auténticos que muestren la equivocación evidente del juzgador, y la diligencia de reconstrucción (así la llama) reúne tal carácter, pero sólo puede justificar el error en lo que objetivamente vea el Juez, pero no en las apreciaciones y suposiciones que el mismo haga empleando las palabras «aproximadamente» «distancia aproximada» «lugar aproximado» «que tuvo que ser vista por el conductor del turismo desde una distancia sin duda» que solamente significan la impresión que forma, pero sobre ella, está el conjunto de la prueba apreciada en conciencia por la Sala sentenciadora. (Sentencia 1 junio 1963.)

-- Reiteradamente viene declarando esta Sala que ni las certificaciones expedidas por Bancos, ni los oficios y comunicaciones de organismos públicos tienen carácter de auténticos a efectos de casación, por lo que han incurrido en la causa 6.ª del artículo 884. (Auto 8 junio 1963.)

-- No son documentos auténticos a efectos de casación las papeletas de empeño, facturas de hotel, recibo de luz, gas, teléfono, sastres, depósito de alhajas en el recurrente, cheques y letras de contrato de subarriendo y escrito de conclusiones de la defensa, por lo que incide en la causa de inadmisión 6.ª del artículo 884, y si bien lo son la certificación de antecedentes penales y el acta del juicio oral, no señala el recurso en qué consiste el error con relación a los citados documentos. (Auto 28 mayo 1963.)

-- Reiteradamente viene declarando esta Sala que, ni las manifestaciones ante la Policía, ni las declaraciones del perjudicado, inculpado o testigos, son documento auténtico a efectos de casación, y tampoco reúnen tal condición los informes de la Comisaría de Policía, y si bien el auto de terminación del sumario y sobreseimiento dictado por el Juez instructor reúne tal condición, no puede evidenciar el error en la apreciación de la prueba, pues sería tanto como vincular a la Audiencia al criterio de su inferior; por lo tanto ha incidido en la causa 6.ª del artículo 884 de la mencionada Ley. (Sentencia 31 mayo 1963.)

— De los ocho documentos que señala como auténticos para intentar probar con ellos el error de hecho, solamente puede concederse la condición pretendida a una certificación expedida por el Secretario de la Sección Tercera de la Audiencia de esta Capital, respecto a determinados documentos que obran en otro sumario sobre los nombramientos y ascensos hechos a favor del recurrente para prestar servicios en el Instituto Español de Moneda Extranjera, porque los siete documentos restantes son informes y oficios del Instituto Español de Moneda Extranjera, de la Pri-

sión Provincial de Madrid y del Juzgado Especial de Delitos Monetarios que por no venir en forma de certificación no tienen la eficacia que les asigna el recurrente, y tampoco son documentos auténticos a efectos de casación los informes de peritos, cualquiera que sea la especialidad sobre que versen, ni las actas del juicio oral, según tiene reiteradamente declarado esta Sala. (Auto 5 julio 1963.)

-- No es documento auténtico el informe del Médico Forense. (Auto 11 julio 1963.)

-- De los documentos señalados como auténticos, a efectos del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo merecen ese rango el testimonio librado por el Secretario, con referencia a un sumario, con valor extrínseco y la sentencia del Tribunal de Delitos Monetarios, la no fehaciencia del contenido del primero como prueba inatacable y la omisión de particulares del segundo exigida por el párrafo 2.º del artículo 855 de la repetida Ordenanza procesal al preparar el recurso, impiden la estimación del motivo. (Sentencia 9 mayo 1963.)

-- De los documentos, que pasan de 600, señalados por el recurrente Agustín B. S. para intentar probar el supuesto error de hecho que atribuye al Juzgador de Instancia, solamente puede concederse, en principio, la condición de documentos auténticos a efectos de casación, a la certificación del Sindicato Nacional de Frutos y Productos Hortícolas, y a la certificación expedida por el Secretario del Juzgado Especial de Delitos Monetarios, que están unidos al rollo de Sala de la Audiencia, porque los restantes documentos que se invocan ni tienen la condición pretendida por tratarse de una circular del Sindicato mencionado, documentos y fotocopias de documentos bancarios y de licencias de exportación; fotocopia de carta dirigida por el Instituto Español de Moneda Extranjera al recurrente; diligencia de ratificación de un informe pericial, y un informe del mencionado Instituto remitido al Ministerio Fiscal, y como además tampoco se designaron a su tiempo en los documentos que se rechazan los particulares de los mismos que estuvieran en contradicción con los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, conforme ordena el artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha incurrido, parcialmente, el motivo primero del recurso de este procesado en la causa de inadmisión 6.ª del artículo 884 del ordenamiento procesal citado. (Auto 25 junio 1963.)

-- Los informes de las autoridades y sus agentes, aunque son elementos valiosos de prueba, no pueden vincular al Tribunal al punto de tener que resolver de acuerdo con su contenido, porque sería sustituir sus propias convicciones obtenidas del conjunto de las pruebas apreciadas en conciencia como previene el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la de otros organismos o entidades; y así al proponerse como documento auténtico para mostrar el supuesto error de hecho de la sentencia, un informe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, donde se contiene la «preciación sobre la forma en que pudo producirse el accidente» según se lee en el mismo documento, esta opinión no puede prevalecer sobre la formada por el órgano jurisdiccional; y al no poder reputarse auténtico ese informe a efectos de la casación penal el tercer motivo del recurso ar-

ticulado al amparo del número 2º del artículo 849 de la referida Ley, ha incidido en la causa de inadmisión 6.ª del artículo 884. (Auto 11 julio 1963.)

-- El documento invocado por el recurrente al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reúne la condición de ser auténtico y evidencia que el reo no había sido ejecutoriamente condenado por auxilio a la rebelión en S., 22 de junio de 1942, a la pena de treinta años de reclusión mayor, como erróneamente afirma el primer resultando de la decisión impugnada. El documento obrante al folio 31 del sumario, único elemento que, con referencia a los antecedentes penales del procesado, figuraba en la causa antes de la incorporación del aludido en el Considerando precedente, no desvirtúa la fuerza suasoria de éste, porque precisamente la segunda hoja histórico-penal fué aportada como medio de prueba en el plenario, a instancia de la representación y defensa del encausado, a fin de demostrar que en la unida al folio 31 referido se había padecido el error de confundirle con otro Juan M. L., hijo de Juan y Consuelo, como el recurrente, pero natural de I. no de T., lugar del partido judicial de B., donde vino al mundo el procesado en esta causa, y, en todo caso, ante dos documentos de igual origen y naturaleza, dotados de idéntica fuerza probatoria, pero opuestos en su contenido, nunca podría otorgarse preferencia al que perjudica gravemente al reo, cuando faltan en absoluto otros elementos de prueba que pudieran abonar la exactitud de los datos que en el más antiguo se dicen pertenecientes a la historia penal del encartado. (Sentencia 7 mayo 1963.)

c) *Recurso de casación por quebrantamiento de forma. Motivación:*

a) *Artículo 850 número 1.º.*—Una denegación de prueba para que pueda dar pertinencia a la aplicabilidad del párrafo 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precisa no tan solo una inequívoca necesidad del empleo de aquella, sino también que la probanza denegada afecte a lo esencial de la cuestión debatida y que la repulsa lleve a una positiva indefensión; en este caso, la declaración del testigo A buscada en el curso del sumario y en la revocación del mismo, con resultados negativos, por no habersele podido localizar, también fue propuesta por el Ministerio Fiscal y defensa, ya en el juicio oral, tropezándose siempre con el mismo obstáculo, no lograrse la determinación del domicilio del testigo, ni su paradero, sin que la parte, ahora recurrente, coadyuvase a la efectividad de la prueba facilitando los datos ignorados, y en estas condiciones acceder a la suspensión pedida en juicio implicaba el aplazamiento ilimitado, contrario a la eficacia de la justicia penal, lo que justifica la decisión del Tribunal «a quo», máxime si el testigo, mero apoderado de la titulada dueña del predio, solo, posiblemente, podía aseverar la certeza de su mandato encaminado a la venta realizada en 21 de junio de 1948, y la ausencia de tales datos, por otra parte acreditados con la prueba documental pública unida, no tropieza, en obligado ligamen, con el hecho esencial y básico de que el procesado, cuatro años después, gestionase un préstamo con garantía hipotecaria de la finca, en aquella fecha comprada, pero sabiendo, como se consigna, la falta de realidad del predio. (Sentencia 8 mayo 1963.)

-- Procede acoger el quebrantamiento de forma denunciado en el primer motivo del recurso, fundado en el número 1.º del artículo 850 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal dado que la denegación de la prueba propuesta con el número 3.º del otrosí del escrito de conclusiones provisionales sobre aclaración de los géneros entregados por el perjudicado al recurrente, y el valor de cada uno de ellos y caso de negarse el perjudicado se designen dos peritos para que revisen los libros de aquél con el fin ya referido, fue denegación acordado en auto de 4 de octubre de 1960 que se limita a declarar impertiente la prueba documental, sin aducir razonamiento alguno para fundamento de tal denegación, ya que el interés y el derecho del reo, dado el sistema punitivo de nuestro Código, justifica su propósito de reducir en la medida posible y legal la sanción que, en su caso, proceda imponerle. (Sentencia 2 mayo 1963.)

— Al denegarse la práctica de las diligencias requeridas, esto es, la aportación de notas de operaciones sobre adquisición de cheques y certificado del Banco Unión de Caracas, sobre el cómputo de los librados a favor de Elvira G. y características de su caligrafía, no constituyó indefensión de los procesados ni supuso defecto probatorio en lo esencial del proceso al no versar este precisamente sobre operaciones financieras realizadas por la perjudicada Elvira G., sino por los procesados, a los que en nada afecta la documentación obrante en Venezuela, existiendo en autos sobrados elementos de juicio para no estimar útil la aportación de otros tan complejos y distantes. (Sentencia 28 junio 1963.)

— En cuanto al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por el procesado Miguel G. P. amparado en el número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede ser acogido, porque no obstante la incomparecencia de un testigo al acto del juicio oral, propuesto en tiempo y forma y la admisión de la prueba, cuando los juzgadores tienen ya suficientes elementos de comprobación y se consigna así en el acta, puede prescindirse de su declaración, por ser el criterio de esta Sala en aplicación del número 3.º del artículo 746 de la citada Ley. (Sentencia 9 mayo 1963.)

— De la prueba denegada, la consistente en pericial relativa a los rendimientos del negocio de la Sala de Fiestas, sin aludir a la doctrina de esta Sala que niega exigencia de responsabilidad civil entre co-responsables en vía penal es, en cierto modo, innecesaria, porque la fijación de los perjuicios derivados de actos punibles se rige por regulación del Tribunal, según el artículo 104 del Código punitivo y para señalar su importe el uso del foro concede amplio arbitrio, sobre el que la casación no puede ejercer censura, según repetidas declaraciones de la misma, aunque pueda ser útil conocer criterios periciales sobre ello, y en cuanto a la documental, relativa a proyectos, planos y licencias, el hecho probado demuestra que de los elementos de prueba aportados, de las manifestaciones de partes, testigos y peritos y de los demás medios de información asequibles a la Audiencia, esta ha quedado ilustrada sobre el contenido de tales documentos y autorizaciones administrativas y en todo caso, de no constar su inexistencia en el resultando de hechos probados, el principio del favor del reo llevaría a afirmar su realidad, y en cuanto a la intervención de la administración activa en la inspección de locales de espectáculos vale la misma razón, y en último término, la admisión parcial de los documentos de las

Magistraturas de Trabajo se estima suficiente a los fines de este proceso en cuanto a las resoluciones adoptadas por dichos organismos, sin necesidad de aportar los elementos de prueba tenidos en cuenta en aquellos procesos para sus fines propios y que, de ser precisos en el procedimiento presente, podrían haberse traído a la vista, incluso de oficio, por el órgano judicial, pues el proceso penal se dirige por el Juez que omite todo lo innecesario desde su comienzo, según el artículo 312 del Enjuiciamiento citado. (Sentencia 5 julio 1963.)

b) *Artículo 851, número 1.º: Falta de claridad de los hechos probados.*— Por lo que se refiere al motivo de forma, que alega la causa 1.ª del artículo 851 por la omisión de declarar la honestidad de la ofendida, ello no influye en la punibilidad del delito perseguido por aplicarse el artículo 436, en su párrafo 1.º, que dada la edad de la estuprada, castiga el acceso carnal conseguido mediante promesa de matrimonio, ni por otra parte hay necesidad de expresar actos, expresiones o palabras para seducir a la víctima por ser suficiente las del hecho probado de entablar relaciones de noviazgo con la perjudicada y la de dar fe la misma a los ofrecimientos de matrimonio hechos por el procesado. (Sentencia 2 mayo 1963.)

— El resultando de la sentencia recurrida, recoge las alegaciones de las acusaciones y de la defensa, para llegar a la conclusión de que no se han probado ninguno de los dos, y al no acreditarse la existencia de dolo, dicta sentencia absolutoria, no cabe, por tanto, duda de que la Audiencia no estimase probado que la procesada recurrida golpease a la lesionada recurrente, y en segundo lugar tampoco es prosperable, pues no puede estimarse que sean conceptos jurídicos que preterdeterminen el fallo el que en el Resultando se diga que no está probado cuál de las dos cosas ocurrió para producirse las lesiones, pues es declaración indispensable para absolver, lo mismo que lo hubiera sido para condenar, el afirmar que la recurrida había golpeado a la recurrente. (Sentencia 7 mayo 1963.)

— La denunciada infracción del número 1.º del artículo 851 del indicado Ordenamiento procesal no es viable puesto que una cosa son las omisiones que la parte que recurre observe en la sentencia, de las que oportunamente hubiera podido interesar su aclaración solicitándola en forma, lo que no puede ser objeto de este recurso, habida cuenta de la facultad que a los juzgadores de instancia se les reconoce para redactar sus sentencias, y otra, las imprecisiones y faltas de claridad que engendren confusiones, que en la resolución combatida no se dan, puesto que al aplicarse a la intervención del particular en el suceso, el artículo 391 del Código Penal y afirmarse en el Considerando tercero, complemento del resultando básico, que aquel recurrente ha sido quien corrompió a los funcionarios, la supuesta falta de claridad no existe. (Sentencia 9 mayo 1963.)

— El recurso interpuesto por quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por supuesta falta de claridad en los hechos probados, al no constar si hubo oposición o no de los moradores de la casa de huéspedes a que penetraran en ella los procesados, no puede ser acogido, porque en la relación circunstanciada se hace constar que para entrar en la casa se valieron de la estratagema de decir que eran policías y que iban de orden del Gobernador a ver

cuántos huéspedes había, con lo que se da a conocer de un modo diáfano el procedimiento utilizado por los inculcados para lograr sus propósitos y evitar con ese medio coactivo la oposición que pudieran encontrar; quedando así puntualizado con toda claridad y precisión el hecho enjuiciado. (Sentencia 8 mayo 1963.)

— Si bien es cierto que en los hechos que declara probados la sentencia de instancia, no se especifica detalladamente cuáles fueran las precauciones que omitiera el recurrente en los momentos que precedieron al atropello de las cuatro personas, al agregar que no adoptó las «indicadas al efecto dado lo populoso del lugar y la existencia de una valla que entorpecía la circulación de peatones, los cuales tenían que salir de la acera para circular», ya se comprende que en la conducción del vehículo no prestó la atención debida y que era obligada en las circunstancias expresadas para evitar los posibles males que pudiera causar, como efectivamente causó, a los peatones que utilizaran aquella vía pública, evento que era previsible y no se hubiera producido el luctuoso suceso, si adopta el procesado los cuidados y precauciones que son exigibles a todo conductor de vehículos de motor, máxime si éste es un camión cargado, que circula por una vía pública urbana de tráfico intenso y complejo como era la Glorieta de Carlos V de esta Capital, en la fecha en que ocurrieron los hechos, que se estaban realizando obras de pavimentación, y por la presencia de múltiples obstáculos había de extremar las medidas de cautela para tener en todo momento el dominio del vehículo, y como por otra parte se afirma en las premisas de facto que el que conducía el procesado y causó los atropellos «poseía el sistema de frenado en malas condiciones por la falta de zapatas por su desgaste», hay elementos bastantes para llegar a la conclusión de que el comportamiento del procesado constituye el delito de imprudencia temeraria, como ha sido calificado con acierto por el Tribunal «a quo». (Sentencia 29 mayo 1963.)

— El choque lateral de dos camiones en el instante del adelantamiento puede ser un caso fortuito (por ejemplo, un fallo momentáneo del mecanismo de la dirección) o puede obedecer a la culpa de uno u otro de los conductores, sin poderse precisar cuál, o a la de ambos, por lo que la descripción del choque y de sus consecuencias no lleva necesariamente aparejado el conocimiento de sus causas por el Tribunal, y no significa, por tanto, falta de claridad ni contradicción alguna la declaración de no constar si hubo o no culpa en el hecho de autos ni de quien fuera, en su caso, quedando así injustificado el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por un único motivo al amparo del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y cuya estimación no podría obligar al Tribunal de instancia a declarar probado lo que a su juicio no lo está. (Sentencia 10 junio 1963.)

— La sentencia de instancia no adolece de la falta de claridad que se denuncia, toda vez que en el primer resultando se hace una relación detallada, minuciosa y circunstanciada de la forma en que ocurrieron los hechos enjuiciados, para de ellos poder deducir la participación y consiguiente culpabilidad o inocencia de los acusados, sin que la omisión de los datos o extremos que estima importantes el recurrente para funda-

mentar sus tesis acusatoria, enerve la claridad de la sentencia de instancia, que al no recogerlos en las premisas de facto es que no estimó el Tribunal «a quo» que estuvieran probados, o que no consideró que fueran necesarios para hacer la adecuada y correcta calificación del comportamiento y actuación de los encartados, y como el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a los Tribunales la facultad soberana de hacer declaración expresa y terminante de los hechos que en conciencia estime probados, en vista de las pruebas que se le hayan ofrecido, no es admisible que pueda ser sustituida esta facultad por el criterio particular y privativo de una de las partes en el proceso: de otro lado tampoco se observa en la sentencia recurrida la contradicción que se alega en este mismo motivo, porque lo que se consigna en los hechos probados es que los procesados no pararon el vehículo ante señales apenas perceptibles, porque se encontraban cerca de la taberna hacia donde se orientaban, y porque estimaron que el ruido que percibían podía atribuirse al bamboleo de una motocicleta que junto con las muchachas transportaban detrás, pero lo que no se dice en parte alguna de la sentencia es que no pararon a pesar de que oían aquellos golpes, aun pensando que fueran de las jóvenes. (Sentencia 26 junio 1963.)

-- El motivo del recurso apoyado en el número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede prosperar, pues si la Sala sentenciadora no tuvo elementos de prueba suficientes para declarar donde viajaba el recurrente, no es posible exigirle más declaración que la que en conciencia estime probado. (Sentencia 27 junio 1963.)

-- El defecto de forma de no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos probados, y que puede motivar la anulación de la misma, no radica en la omisión de detalles y circunstancias intrascendentes para enjuiciar el hecho con todo lo que sea necesario para su acertada calificación, sino el no decir lo que acaeció y cómo tuvo lugar; y así al decirse que el procesado conducía un camión al servicio de Granja A, propietaria del vehículo, llevando mercancía propia del negocio de ésta, que allí se concreta, y transportando obreros que trabajaban en la granja, se matiza con toda precisión el servicio que prestaba el conductor, a quién lo prestaba y cómo, que son los antecedentes necesarios y suficientes para mostrar sobre esos hechos la responsabilidad que pueda caber al propietario del vehículo sin que sea preciso matizar si aquel día recibió o no la orden de verificar ese transporte, y si el llevar en la cabina los operarios de la empresa la estaba o no prohibido, pues la afirmación de que lo hacía según costumbre, basta para dar a conocer que la prestación del servicio la verificó en las condiciones en que habitualmente lo venía haciendo, por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso. (Sentencia 2 julio 1963.)

--La sentencia de instancia no adolece en la relación fáctica de la falta de claridad que se denuncia, toda vez que al sentar como probado que el lesionado conducía la motocicleta que montaba por su mano a la salida de una curva en la misma dirección en que marchaba el procesado conduciendo su automóvil, y por haberse cerrado excesivamente el último a su derecha arrolló al ciclista causándole las lesiones que sufrió, queda

perfectamente expresada la forma en que ocurrieron los hechos, lugar por el que circulaba el perjudicado y parte de la carretera que ocupaba cada uno de los usuarios de dicha vía pública, y en cuanto al otro defecto procesal que se atribuye a la resolución recurrida de haber empleado en las premisas de facto, conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, tampoco tiene vialidad a los efectos pretendidos, porque la frase que entrecorriente «sin dominar adecuadamente el vehículo» no está recogida por el legislador del artículo 565 del Código Penal sancionador del delito de imprudencia que se juzga, ni tan siquiera es transcripción del artículo 17 del Código de la Circulación como se alega, y por otra parte el párrafo que se tacha de impreciso tiene un significado tan usual y corriente, que no es preciso poseer para su perfecta comprensión especiales conocimientos de derecho, y por último, aunque se suprima mentalmente del primer Resultando la frase denunciada, quedan elementos bastantes en el mismo para estimar que la conducta del recurrente es constitutiva del delito de imprudencia por el que ha sido condenado. (Sentencia 3 julio 1963.)

— Los giros dubitativos sobre extremos de hechos probados, aunque ciertamente incorrectos, no constituyen por sí, quebrantamiento de forma por falta de claridad, siempre y cuando del conjunto de lo que se describe aparezcan los elementos sustanciales del acto delictivo sobre el que ha de versar el fallo condenatorio, como acontece precisamente en la sentencia impugnada, donde al lado de las dudas sobre la situación de la víctima y del vehículo junto al bordillo, se sienta la rotunda afirmación de la carencia de alumbrado idóneo, que no permitía visibilidad perfecta aun a la distancia mínima de 15 metros, defecto que fue precisamente el determinante de no haber visto el conductor procesado al peatón. (Sentencia 3 julio 1963.)

— El agravio denunciado de que no haya seguido la sentencia impugnada el uso no obligatorio en el foro español de consignar la causa del hecho punible entre los probados, a diferencia de otros foros que omiten tal extremo, por reputarlo cuestión filosófica o lógica y ajena al relato del suceso, en el caso actual puede suplirse con establecer relación entre la conducta probada de cada imputado y el juicio sobre la misma contenido en el fallo absolutorio o condenatorio de la sentencia, y en cuanto a la mayor especificación de actividades desarrolladas por el referido recurrente tal punto puede atribuirse a deficiencias de la prueba o a estimarlo innecesario la Audiencia a los fines penales, extremo el último que en el momento actual se considera así por esta Sala. (Sentencia 3 de julio 1963.)

c) *Artículo 851, número 1.º: Contradicción entre los hechos probados.*— En la resultancia fáctica se dice que María V., dueña del inmueble donde se encuentra la pensión, «La», propiedad de Luis A., compra a éste dicha pensión en 100.000 pesetas, entregando en el acto 50.000; que la compradora incumplió el contrato no pagando el resto del precio, para lo que fue requerida notarialmente por el vendedor; y después se agrega que la vendedora inició contienda judicial que terminó por sentencia que declaró resuelto el traspaso y condenó a Luis A. a pagar las 50.000 pesetas más otras 15.000 pesetas que se habían pactado para indemnizar al querellante Teodomiro V., como encargado de la pensión, habiéndose embargado en

ejecución de sentencia la referida pensión y otros bienes de A.; relato que encierra una manifiesta contradicción, pues si María V. compra por traspaso el negocio de la pensión, no se explica que después aparezca como vendedora y condenado A. a pagar el resto del precio cuando quien tenía que pagar era la compradora y no el vendedor; y así mismo aparece oscuro el relato al decir que don Andrés H. G., esposo de la referida señora otorga contrato de inquilinato en 16 de diciembre de 1945 a favor de A., y luego en 20 de diciembre de 1953, María, sin ser dueña ya de la casa, suscribe otro contrato de igual naturaleza que entrega al querellante V., sin consignar si el anterior a favor de A. había sido o no resuelto, y quien figurase como arrendatario en este nuevo documento. (Sentencia 6 mayo 1963.)

— En la relación circunstanciada se dice que no se ha demostrado que los procesados hayan cometido—esta es la palabra que utiliza la sentencia—los actos y hechos delictivos de que son acusados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, sin decir cuales fueron esos hechos y cuales otros estima probados el Tribunal, ni en qué consistieron las correcciones que dice la sentencia se cometieron en los contratos de arrendamientos; por lo que la relación de hechos probados, además de oscura y contradictoria, es también incompleta y adolece del defecto legal que se acusa en este motivo del recurso. (Sentencia 6 mayo 1963.)

— En la narración fáctica que hace la sentencia de instancia, no existe la contradicción que denuncia el recurrente, toda vez que, aunque del contraste aislado de los dos párrafos que destaca y entrecomilla del primer Resultando, pudiera, esta fragmentaria lectura inducir a duda respecto al lugar exacto de la calzada por la que circulaba el autobús cuando ocurrió el accidente, del estudio detenido de la totalidad de los hechos que se declaran probados, se llega a la convicción de que dicho vehículo circulaba «por el centro de la calzada, más bien hacia su mano izquierda», como primeramente se dice, que es equivalente a lo que se agrega después, aunque no sea con expresión muy feliz, de que «por ir el del procesado muy a su izquierda de su mano», sutileza la denunciada que no puede ser en manera alguna, causa bastante para constituir el defecto de forma y la consiguiente casación de la sentencia recurrida que se pretende. (Sentencia 8 mayo 1963.)

— La declaración de doncellez en 1953, al no haber otra en contrario hay que admitirla en 1956, pues es doctrina de esta Sala que tal cualidad se presume siempre, y en cuanto a la continuidad de las relaciones sexuales, también aparece clara al decir el hecho que el recurrente tuvo acceso carnal con la perjudicada en los primeros meses de 1956 y lo continuó realizando en repetidas ocasiones, a consecuencia de cuyo trato carnal quedó embarazada, razonamiento aplicable también a la supuesta contradicción alegada, y tampoco puede prosperar la alegación de existencia de conceptos jurídicos, pues aunque el hecho use conceptos o palabras que figuran en los Cuerpos legales, las empleadas en este caso son tan vulgares y corrientes que no pueden entrafíar esta infracción, pues para la existencia del delito que se persigue, forzoso es declarar la virginidad, la vida y conducta moral, la influencia del sujeto activo, la relación carnal y la edad de la mujer, pues son necesarias para sancionar, y representan más

declaración de hecho que conceptos jurídicos, pues si cierto es que la riqueza de la lengua pudiese permitir algunos conceptos análogos, la afirmación de la existencia de tales circunstancias siempre sería precisa. (Sentencia 25 mayo 1963.)

-- No hay contradicción, y solamente puede señalarse la inadecuada palabra de «intermitentes» que debió emplear en su lugar la de las luces rojas, pero esto no significa ni contradicción ni falta de claridad, pues el hecho afirma que no hizo señal alguna ni con los intermitentes ni con el brazo, en definitiva que no previno a los vehículos que marcharan detrás de él, y ello quedaba claro aunque dijera solamente no hizo señal alguna, pero es que además el artículo 27 del Código de la Circulación, lo que pide es la señal con el brazo, añadiendo que también podrá hacerse mediante señales ópticas. (Sentencia 1 junio 1963.)

-- No hay contradicción alguna, con efectiva relevancia en derecho, en la diversidad de fechas que se señalan en el primer motivo del recurso por quebrantamiento de forma, entre las entregas de dinero y el otorgamiento de los contratos de arrendamiento, dado que en los hechos probados no se afirma la realidad de tal otorgamiento, sino que era de determinada fecha, lo cual no equivale a sentar una certeza real, sino una posible apariencia, tendente con todos los demás extremos a desvirtuar las ilícitas transacciones, y de lo cual no es factible partir para razonar en términos de estricto derecho civil, como si de ilícito negocio privado se tratase, que es lo que se lleva a cabo en el recurso, en este caso como en los demás motivos, no tomando en cuenta que a los efectos penales es el cobro de la prima el elemento típico decisivo. (Sentencia 3 junio 1963.)

-- Deducido por el recurrente recurso de casación por quebrantamiento de forma apoyado en el número 1.º del artículo 351 de la L. E. Crim. y por contradicción entre los términos del resultando básico de la sentencia, patentizándose una evidente oscuridad que hace incomprendible el modo de ocurrir el accidente, o lo que es lo mismo, que en ella falta la debida claridad, si bien a primera vista parece que no es posible que un coche que choca con otro que viene en sentido contrario pueda con su lado izquierdo alcanzar al derecho de aquél, es preciso tener en cuenta que el camión-cisterna colisionó al coche «jeep» adelantando al tractor que le precedía y como esta operación de colocación requería la realización de una maniobra transversal hacia su derecha, dejando al descubierto su lado izquierdo, como la derecha del camión-cisterna se origina en la línea media frontal delantera, no era imposible que con la parte más saliente de esa delantera derecha del camión colisionase el «jeep» en su desviación buscando su línea, puesto que es un hecho evidente, que en el resultando no se alude «al material lado derecho» del camión, sino a su parte derecha, por lo que debe desestimarse este motivo. (Sentencia 8 junio 1963.)

-- No ha infringido el artículo 142 de la L. E. Crim. dándose en la sentencia recurrida lugar a una interna contradicción en los hechos probados, que se comprendiera en el párrafo 1.º del artículo 351 de la misma Ley, al relatarse en aquélla que el anciano víctima del suceso «vaciló en su caminar y deteniéndose algo vuelto hacia el trolebús», pues el adverbio algo es obvio que conviene a la medida de la vuelta hacia el vehículo y

no a la detención, siquiera falta una coma, útil a la corrección gramatical, más no para la compatibilidad conceptual; tampoco, en el aludido relato, se da la falta de precisión que acusa en el mismo motivo segundo de recurrir por quebrantamiento de forma, achacándose que no se concreta si el anciano fue golpeado cuando ya el trolebús estaba parado o en su marcha, o si la caída fue por golpe,, o por inseguridad de la víctima, dada su edad, o por mero aturdimiento,, pues consta en la relación fáctica con concretas especificaciones, que el trolebús «golpeó ligeramente al anciano haciéndole caer hacia atrás...» y ante esto, como se ve, todo lo que se echa en falta son meros intentos de variar el hecho probado, sin la base que para ello diere un documento auténtico,, mostrativo de error de hecho, debiendo, pues, desestimarse el recurso por quebrantamiento de forma interpuesto. (Sentencia 11 julio 1963.)

— La contradicción que exige la Ley, para poderla acoger, ha de ser manifiesta, esto es evidente, palmaria, y que las consecuencias que se deduzcan de los hechos que se estima se contradicen, también sean contradictorias; y ninguna de estas condiciones se dan en las frases que el recurrente cita como incursas en este defecto pues entre que «el procesado quiso adelantar al camión citado unos 127 metros antes de llegar al cambio de rasante» y la que le sigue de que «lo hizo sin la debida atención a los vehículos que pudieran venir en sentido contrario», no se evidencia contradicción alguna, pues es perfectamente compatible, que tratase de adelantar en el espacio que se dice, y que no prestara la debida atención a los vehículos que pudieran venir en su contraria dirección, siendo posible también y no se contradice, que pudiera haber visto a tiempo de evitar el accidente, lo que la realidad atestigua que no vió, por falta de la atención que estaba obligado a prestar y que no prestó. (Sentencia 2 julio 1963.)

d) *Artículo 851 número 1.º: Predeterminación del fallo.*—Los conceptos predeterminantes del fallo, cuales son quebrantar la confianza y apoderarse, se hallan explicados por el motivo de caridad y conocimiento de la procesada con la esposa del perjudicado,, lo que según la doctrina de esta Sala,, aun siendo incorrección ritual, es admisible por virtud de tal explicación y por exigencias de la economía del proceso. (Sentencia 2 mayo 1963.)

—El resultando de hechos probados, en la sentencias de lo penal, tiene la significación de la premisa menor del juicio lógico-jurídico al que afecta, por ello tal hecho prepara, como es obvio, el fallo y en este aspecto serán antecedentes del condenatorio recaído, que se impugna por quebrantamiento de forma, las constancias de la relación fáctica según las cuales la guardabarrera procesada no cerró las puertas del paso a nivel, no compulsó la hora en momentos de paso próximo, inminente, de un tren, siendo también hecho, acotador de realidades como las anteriores, el de que entre las obligaciones de la recurrente estaba la de poner atención al horario y hora, sin que nada de lo que figura en el relato de hechos sea ni conceptual ni jurídico, ni con estos calificativos hayan podido predeterminar un fallo, recaído adverso por el influjo del conjunto de omisiones con que en los hechos, y sus momentos de acaecimiento, operó la procesada. (Sentencia 6 mayo 1963.)

— Aunque la palabra «dádiva» que se denuncia como concepto jurídico predeterminante del fallo, se emplea por el legislador en el artículo 385

del C. P. para definir el delito de cohecho, este vocablo es de uso tan vulgar y corriente que su significado está al alcance de toda persona de cultura media, y para su perfecta comprensión no es preciso poseer especiales conocimientos de derecho, y por otra parte, si mentalmente se suprime de la relación fáctica la palabra tachada, quedan elementos suficientes para la tipificación del mencionado delito. (Sentencias 9 mayo, 3 julio y 20 junio 1963.)

— Los conceptos que se estiman jurídicos predeterminantes del fallo en el primero de los motivos del recurso por quebrantamiento de forma, y consistentes en transcribir extremos entresacados del dictamen pericial psiquiátrico de la procesada recurrente, referentes a la limitada entidad de las alteraciones mentales, que permitía el conocimiento del alcance de sus actos, son afirmaciones que, lejos de ser jurídicas, son esencialmente fácticas y técnico-médicas, como se evidencia por dimanar de peritos de tal especialidad y no de juristas, aunque naturalmente de su aceptación o denegación hayan de deducirse consecuencias en estricto derecho. (Sentencia 17 mayo 1963.)

— El primer motivo del recurso con sustento en el número 1.º del artículo 51 de la LECrim., no puede prosperar, pues cuando la acusación se funda en que el procesado sin ser médico ejerció funciones de tal, es imprescindible que el hecho declare si es o no cierta la imputación del M. Público, sin que pueda considerarse por ello, que la afirmativa es un concepto jurídico que predetermine el fallo. El segundo motivo, con el mismo apoyo que el anterior, tampoco puede prosperar, pues la declaración de que recetaba medicinas completamente inofensivas, no es contradictoria con su actuación como médico, significando solamente que no produjeron perjuicio alguno en la salud de los enfermos, y que por las características de los mismos, no debían causarlo normalmente, pues en otro caso, incluso pudieran haber sido constitutivos de otro delito. (Sentencia 17 mayo 1963.)

— La frase «sin adoptar las precauciones indicadas al efecto», no es un concepto jurídico que predetermine el fallo, como denuncia el recurrente, toda vez que ninguna de las palabras que contiene el párrafo entrecomillado, es empleada por el legislador para definir y sancionar en el artículo 565 del C. P. el delito de imprudencia que se enjuicia, ni es frase u oración gramatical que entre dentro de la técnica jurídico penal y para su perfecta comprensión sea preciso poseer especiales conocimientos de derecho, sino que por el contrario, son palabras vulgares y corrientes cuya significación está al alcance de cualquier persona de cultura media. (Sentencia 29 mayo 1963.)

— Si bien al final del resultando de hecho probado, se hace constar un corto relato que debiera figurar en un razonamiento jurídico, al consignarse que no está debidamente acreditada la existencia de la imprudencia del encartado, motivo del recurso de casación por quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 351 de la LECrim. interpuesto por el M. Fisc., aun cuando tal relato pudiera determinar el fallo, es preciso no olvidar, que reiteradamente viene proclamando esta Sala, que si en el hecho probado se consignan datos suficientes, por los que prescindiendo del defecto de forma denunciado, aparezcan elementos bastantes para estimar probado lo que el concepto predeterminante estampado quiere acre-

ditar, como estos datos fluyen del repetido hecho, al figurar en él que el encausado no esperaba en aquel momento el paso del tren causante del accidente por no constar en el horario; que se presentó inopinadamente; que venía a gran velocidad y sin luces de situación y de observación; que no se anunció al procesado el paso de dicho tren; que telegráficamente se avisó a las estaciones de la línea la circulación de tal convoy, pero no a la vía y que el encausado no tenía conocimiento de la circulación del mismo porque la de trenes especiales se efectúa sin avisar a la vía, todo ello denota la ausencia de la falta invocada. (Sentencia 30 mayo 1963.)

— Si bien el empleo en la declaración de hechos del término *prima* pudo y debió evitarse, no es menos cierto que tal defecto de deducción no tiene el suficiente vigor para acceder a la casación solicitada en el segundo motivo del recurso de forma, puesto que aun prescindiendo idealmente de dicha expresión de *prima*, el figurar la entrega de cantidades que excedían el valor del arrendamiento, es suficiente para justificar la calificación jurídico-penal de los hechos, sin precisar concepto alguno adicional. (Sentencia 3 junio 1963.)

— El empleo del sustantivo «suplantación» en el relato fáctico al final del mismo, cuando ya se habían pormenorizado las realizaciones que constituyeron el uso irregular de un nombre ajeno por parte del procesado, no constituye la inclusión de un concepto jurídico que, por sí, predetermina el fallo y en consecuencia diese lugar a la estimación del recurso entablado por quebrantamiento de forma, ya que sólo ese período del relato aludía, en resumida mención, al momento de descubrirse las maniobras anteriormente reseñadas. (Sentencia 8 junio 1963.)

— Apesar de ser incorrecta la inclusión del adverbio de modo «falsamente» entre los hechos probados, la economía procesal, según doctrina establecida por esta Sala, tolera el empleo de éste y otros vocablos semejantes, cuando se explica seguidamente el hecho en que consiste la referida expresión, como sucede en el caso actual por contener la afirmación inveraz de haber adquirido el reo la máquina de escribir estafada de un amigo suyo cuya firma suplantó. (Sentencia 10 junio 1963.)

— El utilizar en la declaración de hechos probados palabras o locuciones empleadas en textos legales y que son usuales en el lenguaje ordinario para designar hechos o actos que acaecen o se contemplan a diario, no entraña el defecto formal previsto en el número 1.º del artículo 851 de la LECrim., de consignar como hechos conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, porque como tiene dicho esta Sala, tal delito consiste en sustituir el hecho por el concepto, al punto que aquél quede ya calificado jurídicamente en la resultancia fáctica de la sentencia; cosa que no ocurre al decirse que la cesión de la vivienda tuvo o no lugar, porque siendo la cesión, además de un contrato, un hecho ordinario en el tráfico de los negocios, y sobre cuya inexistencia versa la acusación, en la declaración de hechos probados, el Tribunal no podía silenciar si ese suceso acaeció o no, y designarlo con el mismo nombre que es conocido y con el que figura en el documento sometido por las partes a la consideración del órgano jurisdiccional; frase además cuya comprensión no precisa de conocimientos jurí-

dicos por estar ya vulgarizada y en el dominio del hombre medio para dar a conocer el hecho a que se refiere. (Sentencia 20 junio 1963.)

- Los conceptos «velocidad excesiva» «frenos en malas condiciones» son declaraciones de hecho y nunca conceptos jurídicos que predeterminen el fallo, lo mismo ocurre con «sin autorización del propietario» y en cuanto a la palabra negligentemente, aunque figure en textos legales, es de uso vulgar y corriente, y además aun suprimiéndola, queda clara y determinada cuál fué la conducta del recurrente. (Sentencia 5 julio 1963.)

— Las impugnaciones de la frase «abandono de toda norma de cautela y previsión», por el primero de los recurrentes, y con especialidad la del término «norma», por el segundo, sostienen que constituyen conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, cuando los vocablos abandono, cautela y previsión, sinónimos respectivamente de dejación, cuidado y reflexión previa, son manifestaciones de la conducta humana, traducidas a la realidad, sin calidad alguna de concepto, y la voz norma, si bien sinónima de regla, no es exclusiva de la esfera jurídica, sino aplicable a muchas ramas de actividades y conocimientos, y en consecuencia, como no predeterminantes del fallo, deben desestimarse los motivos que las alegan, por no constituir quebrantamiento de forma procesal. (Sentencia 8 julio 1963.)

e) *Artículo 851 número 3.º: Resolución de todos los puntos objeto de debate.*—La falta que se atribuye a la sentencia de no resolver lo referente a la existencia de una sociedad civil entre Teodomiro V. y Luis A. para la explotación de la pensión «L», no existe al declarar probado que el segundo era el propietario del negocio por compra hecha a don Rufino A., y que V. sólo era un encargado puesto al frente de la industria por el cotraprador; con lo que resuelve toda la cuestión propuesta sobre esa sociedad invocada por el querellante. (Sentencia 6 mayo 1963.)

— No hay quebrantamiento de forma por presunta no resolución de todos los puntos que fueron sometidos a la Sala, porque no puede en modo alguno constituir tal defecto, en los términos previstos en el número 3.º del artículo 851 de la LECrim., que no son los de que los Tribunales hayan de atenerse a determinadas apreciaciones periciales, y aun a la interpretación que de ellas hagan las partes, que es lo que en rigor se pretende en el motivo, puesto que resolución en contra de su tesis hubo al no apreciarse la circunstancia interesada. (Sentencia 17 mayo 1963.)

— La alegación de causa de imposibilidad de cumplimiento de deberes por enfermedad, apoyada en certificado médico obrante en el sumario, que tiene remota relación con la desaparecida eximente de omisión por impedimento legítimo o insuperable del número 3.º del artículo 61 del Código derogado de 1928, así como la proximidad de fechas transcurridas desde la entrega de recibos al reo en 3 de febrero 1960 hasta su primer ingreso en 17 del mismo mes al día 29 marzo siguiente, señalada para rendición de liquidación definitiva y a la incoación del sumario en 21 mayo del mismo año, e igualmente el reintegro total de la cantidad de que dispuso, contrapesado con haberlo hecho en plazo muy superior a diez días y con los antecedentes penales del recurrente, obligaban a dilucidar la realidad o no de la imposibilidad por enfermedad que se había alegado, como cuestión que afectaba al interés y derecho del reo y en su caso a la exculpación com-

pleta o atenuada de su responsabilidad, lo que constituye quebrantamiento formal comprendido en el número 3.º del artículo 851, como sostiene el motivo segundo del recurso respectivo que procede acoger, sin haber lugar a examinar el recurso de fondo. (Sentencia 21 mayo 1963.)

— No puede legalmente acogerse el motivo alegado al amparo del artículo 851 número 3.º de la citada Ley, por supuesta falta de solución de cuestiones planteadas, porque parte del error de suponer planteada una cuestión implícita en la reserva de la acción civil por parte de la acusación privada, y prescinde de que en el mismo escrito de conclusiones definitivas que contiene la reserva se solicitaba la pena de dos años y cuatro meses y un día de prisión menor, notoriamente excluida del indulto total en el invocado D. de 31 octubre 1958, por lo que era obligado entrar en el juicio y dictar sentencia cualquiera que fuese la petición del M. Fisc. (Sentencia 20 junio 1963.)

— No es exacto o por lo menos no consta ni en el acta del juicio oral, ni en el escrito de calificación que este procesado recurrente hiciera petición alguna respecto a conexión de delitos, ni respecto a la existencia exclusivamente de delitos monetarios, aunque cierto es que lo planteó el procesado Antero V. y oportunamente fué resuelta su petición por la Audiencia, y en queja por esta Sala, y en cuanto a si el delito de falsedad quedaba comprendido, o no, por tratarse de un medio necesario, en el de malversación, la Sala resolvió al penarlos separadamente. (Sentencia 2 julio 1963.)

f) *Artículo 851 número 4.º: Punición por un delito más grave.*—Invocado el párrafo 4.º del artículo 851, estatuido en defensa del principio acusatorio y de la congruencia, que presiden el proceso penal, para cuando los Tribunales condenen por delito más grave que el objeto de acusación, hipótesis, en rigor, distinta a la imposición de una responsabilidad civil, consecuenta a delito sancionado, siquiera sobre ello no mediase petición por las actuaciones, disparidad de situación no amparable en dicho párrafo 4.º ni por homologación, ni por extensión, cuando ni el penar por delito distinto, más leve, o el aplicar pena condigna, pero más grave, se vetan y anulan por tal precepto procesal. (Sentencia 22 mayo 1963.)

d) *Orden lógico de resolución de los recursos.*—El orden lógico para la resolución de los recursos es el de dar preferencia al interpuesto por quebrantamiento de forma y así está establecido por los artículos 877 y 901 de la LECrim., por cuya razón, no obstante haberse interpuesto dicho recurso como subsidiario, debe ser examinado en primer lugar. (Sentencia 20 junio 1963.)

e) *Exigencias formales.*—El quebrantamiento de forma denunciado en el primer motivo consiste en haberse consignado en los hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo, supuesto quebrantamiento que no coincide con el que fué designado con el escrito de preparación como falta de forma («haberse hecho en los hechos probados, afirmaciones contradictorias (sic) y que prejuzgaban el fallo emitido»), y como la Ley no consiente que los motivos de tal clase se funden en vicios procesales no designados previamente al anunciarse el recurso, ha de inadmitirse dicho motivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 884 número 4.º de la LECrim. (Auto 5 julio 1963.)

B) *Recurso de revisión: Causa 4.ª del artículo 954.*—Un minucioso examen comparativo de la tesis y las probanzas que informan la sentencia de 25 de mayo de 1960, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, condenatoria para Florencio G. F. y lo que arrojan, tanto el sumario 67 de 1961 del Juzgado de Instrucción número 3 de Valencia y diligencias practicadas por el señor Juez Especial, al que se encomendó la instrucción de la información supletoria, mandada practicar, arrojan una incompatibilidad entre las dos versiones, que plantea en este recurso extraordinario de revisión, adecuadamente instado por el Ministerio Fiscal, la necesidad de resolver sobre la vigencia o nulidad, de la sentencia a que se alude. Recaída ésta a virtud de pruebas, entonces no contrarrestadas, se pudo llegar hasta declarar la culpabilidad del reo, por venir comprobado el hecho del despojo y acusado G. F., por la perjudicada doña Carmen S., que le reconoció como protagonista de los hechos, pero con posterioridad han surgido nuevos elementos probatorios, que en la medida que exige el párrafo 4.º del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal acreditan la no participación del condenado en aquellos hechos, y ello porque la ya mencionada señora S., ha localizado, con absoluta firmeza, en la persona de Luis E., al autor del engañoso apoderamiento de sus alhajas; porque E. se ha declarado autor con precisiones de datos y detalles, tanto de los mismos actos de realización del delito, como de los posteriores de aprovechamiento por venta personal de las sortijas, datos, estos últimos, en parte confirmados por el comerciante que a E. compró una de aquéllas y ante este cúmulo de concordantes probanzas, algunas objetivas, es obvio que queda reflejada la inocencia del procesado, debiendo resolverse el recurso de revisión de acuerdo con el último párrafo del artículo 958 de la mencionada Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia 20 junio 1963.)

— El Ministerio Fiscal instó la revisión de la sentencia de 18 de noviembre de 1955, pronunciada por la Audiencia Provincial de Madrid, en causa dimanante del sumario 85 de 1949 del Juzgado de Chinchón, en cuanto a los siguientes condenados por tal resolución: querrela obrante en el recurso 11.540 que abarcó a los condenados Juan T. R., José Luis O. C. y Adolfo C. C. este último también incluido en querrela del Ministerio Público, en recurso señalado con el número 12.430 objeto de acumulación; querrela en el también acumulado recurso 12.170, referida a la condena de Juan P. G., sin que en cuanto al también condenado por aquella sentencia Abilio G. F. se haya ejercitado querrela por el aludido Ministerio Fiscal. En cuanto a los cuatro condenados beneficiarios por querrela en forma, todos se vieron sentenciados a diversas penas por su confesada participación en un robo realizado en Aranjuez en la noche del 18 al 19 de marzo de 1946; pues bien, en esa vigilia Juan T. estaba preso en la Prisión Celular de Barcelona a disposición de diversas Autoridades; José Luis O. en la Prisión Provincial de Santander también afecto a diversas responsabilidades; en la misma situación Adolfo C. en la Prisión Central de Gijón y Juan P. igualmente en la Prisión Celular de Barcelona. En las diligencias informativas mandadas practicar, a más de esta concluyente presencia física, documentalmente acreditada, de los condenados en prisión y en localidad distinta a Aranjuez, se ha comprobado la identidad

de los presos y los condenados en la sentencia aludida, y en su virtud, resulta de ineludible aplicación el párrafo 4.º del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que ha de darse paso al recurso, si bien y como medio de que pueda llegarse a la procedente averiguación de si se cometió por los autoacusadores el delito penado en el artículo 388 del Código Penal, debe encomendarse al Tribunal sentenciador la adopción de las medidas procesales a ello conducentes, ya que no debe quedar impune la maniobra repetida, de estos buscadores de facilidad de fuga en traslados por ellos provocados, al declararse autores de delitos que no podían cometer. Si bien en trámite distinto al de formulación de querrela aparecieron peticiones del también condenado en la sentencia aludida de 18 de noviembre de 1955 Abilio G. F., lo cierto, como ya se ha dicho, es que el Ministerio Fiscal, y en cuanto a éste condenado afecta, no formuló querrela, que sólo este Ministerio podía deducir, según las disposiciones de los artículos 956 y 957 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que las peticiones de parte, aun las tendentes al logro de una revisión tengan según el artículo 955 de la misma Ley, otro valor que el preparatorio del ejercicio de acción reservada al Ministerio Público, por lo que ante esta falta de procedibilidad no puede tenerse por interpuesto un recurso que careció de planteamiento. (Sentencia 3 julio 1963.)

III. PARTE ESPECIAL: PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE URGENCIA.—El recurso articulado por quebrantamiento de forma al amparo del número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la no suspensión del juicio oral ante la incomparecencia de uno de los peritos propuestos por el recurrente, no puede ser acogido, porque aparte de ser discrecionales las facultades del Tribunal de instancia para acordar o no la suspensión en los casos previstos en el artículo 746 de la referida Ley, estas facultades han sido restringidas en el procedimiento de urgencia por la Ley de 8 de junio de 1957 al punto de poderse celebrar juicio sin la presencia de algún porcesado; y en el caso que motiva el recurso la negativa de suspensión no dejó indefenso al recurrente porque la prueba pericial fue practicada con dos de los tres peritos que propuso, por lo que el tercero era innecesario para que el Tribunal tuviese elementos suficientes para resolver en conciencia, según lo hizo constar expresamente en el acta, y más teniendo en cuenta que esa incomparecencia ya motivó otra suspensión y que la citada Ley de 1957 admite que el informe pericial sea admitido por una sola persona. (Sentencia 27 junio 1963.)

IV. EJECUCIÓN: A. LIBERTAD CONDICIONAL.—Si bien es cierto que los artículos 92 y 93 del Código penal confieren a los Tribunales la facultad discrecional de otorgar los beneficios de la condena condicional a los reos que se encuentren en los casos comprendidos en los tres números del precepto últimamente citado, esta potestad o discreción se transforma en imperativa obligación en los supuestos que contemplan el artículo 94 del mismo Cuerpo legal, siempre que concurran los requisitos que enumera el artículo anterior, es decir que el reo haya delinquido por primera vez, que no haya sido declarado en rebeldía y que la pena consista en privación de:

libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesto como principal o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa, cuyos dos últimos extremos concurren evidentemente en la recurrente y no han sido puestos en duda por nadie, y respecto al primero, aunque es verdad que ha sido condenada por cinco delitos de robo, como las cinco penas, una de arresto mayor y cuatro de multa, de las que se solicita el beneficio de la suspensión han sido impuestas en la misma sentencia, no puede decirse que no sea delincuente primario como sostiene el auto recurrido puesto que no hay constancia de que haya sufrido condena alguna con anterioridad, y como por otra parte el Tribunal «a quo», apreció en favor de la condenada la eximente incompleta 1.^a del artículo 9.^o en relación con la primera del artículo 8. del Código Penal, como muy calificada, y por ello rebajó la pena señalada a los delitos enjuiciados en un grado, por estimar que habían concurrido el mayor número de requisitos para declarar la exención de responsabilidad, es obligatorio aplicar por ministerio de la Ley los beneficios de la condena condicional y al no haberlo hecho así la Audiencia de A. ha infringido el citado artículo 94 y en su consecuencia tiene que ser acogido el recurso interpuesto por la condenada, que apoyó en el acto de la vista el Ministerio Fiscal. (Sentencia 22 mayo 1963.)

B. PENSIÓN ALIMENTICIA.—Procede estimar el quinto motivo del recurso, que apoya el Ministerio Fiscal, por infracción del artículo 444 del Código Penal por haber establecido la doctrina de esta Sala que, en ejecución de sentencia, se determine la cuantía, plazo, forma y condiciones del pago de la pensión alimenticia, sin que el pronunciamiento de este Tribunal sobre tal punto deba extenderse a la forma de hacerse el pago de la pensión alimenticia que se fija y que la sentencia impugnada dispone que se deberá hacer efectiva por meses anticipados, por no haber sido reclamada ante esta Sala. (Sentencia 2 mayo 1963.)

El sistema legislativo penal yugoeslavo

ENRIQUE PORRES JUAN-SENABRE
Capitán Auditor

SUMARIO: I. Yugoslavia: Visión panorámica general.—II. Breve evolución de la legislación penal.—III. La situación legal de nuestros días. 1.º De 1941 a 1945 (lucha contra el Eje). 2.º De 1945 a 1947. 3.º De 1947 a 1951. 4.º Desde 1951. Legislación penal, procesal y orgánico-judicial.—IV. Bibliografía.

I. YUGOSLAVIA: VISIÓN PANORÁMICA GENERAL

Es muy interesante, para la adecuada comprensión de los fenómenos sociales de un país, tener en cuenta los peculiares elementos de su configuración interna. Y en el caso concreto que nos ocupa, las especialísimas circunstancias por las que ha tenido que pasar el pueblo yugoslavo, verdadero conglomerado de pueblos y razas, dan a esa consideración un máximo valor.

La República Federal Popular Yugooslava, se integra en la actualidad por unos 20 millones de habitantes, en los que se advierten las procedencias más diversas. Son seis Repúblicas propiamente las que componen la Federación: Slovenia, Croacia, Serbia, Bosnia, Macedonia y Montenegro, así como la provincia autónoma de Volvodine. Los fuertes nacionalismos existentes explicables sin duda por razones geográficas e históricas (Serbia permaneció durante siglos bajo el poder de los turcos, hasta lograr Obrenovich la independencia; Bosnia y Herzegovina fueron ocupadas por Austria, etc.), constituyeron la chispa de la Primera Guerra Mundial y sin duda suponen un fuerte obstáculo hoy día para un régimen uniforme, hasta el punto de haber exigido como forma de gobierno la Federal.

En el aspecto religioso se carece igualmente de unidad. El sector católico (que por cierto utilizó tradicionalmente el alfabeto latino) difiere del ortodoxo (que utilizaba la escritura cirílica) y de la comunidad musulmana (un 11 por 100 de la población aproximadamente), y todas ellas habrían a su vez de enfrentarse con la posición atea oficial del régimen comunista.

La superficie total del país, unos 250.000 kilómetros cuadrados, presenta una configuración muy compleja, cubriendo la parte montañesa casi cuatro quintas partes del país. Ello influirá indudablemente en la fragmentación política anterior, y favorecerá la actuación constante de grupos guerrilleros y nacionalistas. A su vez, su situación geográfica determinaría las influencias políticas de diverso matiz que provenientes de las potencias circundantes, han incidido en la actual Yugoslavia.

La economía del país, tradicionalmente agraria e individualista, tam-

poco podría fácilmente adaptarse a las exigencias de un régimen comunista, que si quería persistir, habría de necesitar el máximo rigor. Nada en suma, parece ser elemento propicio para la instauración de un régimen uniformista y autoritario, pues hasta en los idiomas existentes (alemán, húngaro, serbio, croata, rumano, albanés etc.) se aprecian grandes diferencias.

El origen unitario de Yugoslavia, se centra propiamente en 1918. El 29 de octubre de dicho año, el Parlamento croata acuerda junto con el esloveno, su unión a Servia; Bosnia se adhiere el 6 de noviembre y Montenegro lo hace 23 días después. Con el golpe de Estado del rey Alejandro I, en 1929, se adopta el nombre de Yugoslavia, como sustitutivo de la anterior enumeración de países componentes del Reino. Desde entonces, pues, tiene existencia este moderno conglomerado de pueblos, sin que hayan faltado entretanto fuertes tendencias separatistas, o que propugnaran la desmembración de parte del país en favor de otras potencias.

II. BREVE EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL

Entre las antiguas manifestaciones legislativas, destacó por su importancia la *Dushanov Zakonik*, recopilación legislativa del Zar de Servia Stevan Dushan, coronado en 1346, y perteneciente a la dinastía de los Nemanías. Fué considerado como el primer cuerpo legal serbio, y su importancia se mantuvo durante mucho tiempo.

Pero es propiamente en el siglo XIX, al recobrar el país la independencia, cuando cabe hablar de una legislación penal en su sentido moderno y de cierta importancia.

El 27 de marzo de 1860, se promulga en Servia el Código Penal, inspirado en el Código prusiano de 1851, y el 16 de junio de 1865 el Código de Justicia Militar, que permaneció vigente hasta 1905.

En 1906, elabora Vesnitch basándose en los Códigos suizo, austriaco y alemán, un anteproyecto de gran importancia que es presentado en 1910 a la *Skuptchina* (Parlamento). En él, colaboraron eficazmente el Ministro de Justicia Trifkovich, y el profesor de Belgrado Markovich; pero el Anteproyecto no llegó a obtener la aprobación (así como tampoco un segundo proyecto, obra de Zizanovitch) al ser interrumpidos los trabajos por la guerra balcánica de 1912 y 1913.

Un fenómeno fundamental, ya aludido anteriormente, había de producirse al término de la Primera Guerra Mundial; El nacimiento de Yugoslavia, aglomerando territorios en los que habían venido rigiendo normas diferentes. Así, mientras el Código austriaco de 1852 regía en algunos territorios anexionados, Servia tenía el propio de 1860, y Croacia y Slavonia sus leyes especiales. En Bosnia-Herzegovina regía a su vez el Código de 1830, en Voliyodina, el Código húngaro de 1878, y finalmente en Montenegro el Código Penal de 1906.

Propiamente, pues, es desde 1919 cuando las leyes comienzan a tener un carácter general, advirtiéndose quizás cierto predominio de la inspiración servia.

En 1920, una comisión de jueces, catedráticos y abogados, comenzó de

nuevo los estudios sobre la base del Anteproyecto de 1910, publicándose un texto en 1922, integrado por 392 artículos, que fué objeto de numerosas enmiendas. Pero en 1926 es disuelto de nuevo el Parlamento y no llega a obtener tampoco la aprobación, fracasando igualmente un nuevo intento al año siguiente. Sólo al establecer Alejandro I un régimen de autoridad, consiguen fructificar los trabajos realizados, aprobándose por fin el 27 de enero de 1929 el nuevo Código Penal, que entró en vigor el día primero de año de 1930. Junto con el Código, salieron a la luz otros preceptos penales, penitenciarios y procedimentales, destacando el Código penal militar que entró en vigor el 11 de septiembre de 1930.

El Código de 1929, sólo aumentó en 13 el número de artículos del Anteproyecto de 1910, en el que se inspiró fundamentalmente. Se componía de una parte general (integrada por los 90 primeros artículos), una parte especial (de delitos y penas) y una fórmula final promulgatoria. Se partía de la distinción entre crímenes y delitos, pudiendo el juez apreciar el «grado de responsabilidad» del culpable, atendiendo a los motivos de su conducta, finalidad, peligro producido, vida anterior y posterior, condiciones personales, etc. Se recogen diversas medidas de seguridad y médico-asistenciales, entre las que figuraban la prohibición de ejercer ciertas profesiones, la de «frecuentar» establecimientos de bebidas, la expulsión de extranjeros, etc. Se establecieron además algunos preceptos para reprimir la anarquía y el comunismo, y en general, el Código tendió a robustecer la autoridad gubernativa. Alabaron algunos comentaristas la gran flexibilidad judicial, que parecía superar la clásica enumeración en los Códigos penales, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Como era evidente, la llegada del nuevo régimen comunista habría de resultar incompatible con la pervivencia de aquel texto legislado, que castigaba precisamente su existencia política.

III. LA SITUACIÓN LEGAL DE NUESTROS DÍAS

La II Guerra Mundial, que tan desastrosas consecuencias había de tener para todo el mundo, supuso para el pueblo yugoslavo una de las mayores conmociones de su historia. El 6 de abril de 1941, Alemania ataca Yugoslavia, y tras un intenso bombardeo de Belgrado y la simultánea invasión de fuerzas alemanas, húngaras e italianas, se ve obligada a firmar su capitulación el 17 del mismo mes. La rápida ocupación por las fuerzas del Eje, la existencia de un Gobierno exilado, primero en Londres y luego en El Cairo, bajo la autoridad del rey Pedro II y que daba sus propias normas, y por último la actuación de un movimiento guerrillero encabezado por Tito, de carácter comunista, y que acabó negando autoridad a unos y otros, creó un verdadero caos legislativo. Al «diberar» los *chetniks* o guerrilleros comunistas la Bosnia Herzegovina la noche del 29 de noviembre de 1943, se declararía solemnemente, recogiendo la concepción de Lenin, que la jurisdicción no es sino un medio estatal de aplicar la ley según el interés de la clase dominante y de defender su sistema económico, por lo que ya en un principio parece excluirse cualquier garantía que pudiera

derivar de una teórica división de poderes, pues sólo se trata de servir al Estado. Y así, a medida que los partisanos con la ayuda de los rusos logren ir desalojando a los invasores nazis, sustituirán en realidad una opresión por otra más temible; la comunista.

Antes de la guerra, el partido comunista era, como el mismo profesor de Zagreb Vladimir Bayer reconoce, *un partido ilegal pero muy ben organizado y dirigido*. Aprovechándose del sentimiento patriótico y del deseo de liberarse del yugo invasor, el partido comunista procuró encabezar los distintos movimientos de resistencia, incorporándose al Ejército de Liberación Nacional, a cuyo frente se encontraba el prestigioso Ministro de la Guerra y ex-Profesor de estrategia militar Draza Mihailovich. Al término de la guerra, siendo la única fuerza existente verdaderamente organizada, le fué al partido comunista relativamente fácil apoderarse de toda Yugoslavia y constituir la en nuevo satélite del paraíso del proletariado. El héroe nacional Mihailovich es fusilado el 15 de julio de 1946, acusado de «traición», no obstante las favorables pruebas que de su conducta aportaron algunos países Aliados, obtenidos precisamente por oficiales anglosajones que junto a él actuaron de enlace. Mosa Pijade, antiguo jefe de guerrilleros y actual Presidente de la Asamblea Federal, proclamaría que siendo el deseo del pueblo yugoslavo instaurar un «orden nuevo», no cabía reconocer validez a los preceptos jurídicos del ocupante enemigo, ni *tampoco los del régimen anterior a la guerra*. Tan absurda e infundada declaración, permitió considerar como «traidores» a la mayoría de los antiguos Diputados, pertenecientes al Gobierno en el exilio en Londres, a pesar de que precisamente se actuó en su nombre al comienzo de la guerra. La verdadera razón de todo ello, no sería otra sino destruir hasta el fin cualquier posible obstáculo a la instauración del régimen comunista.

En estas circunstancias, se declara como *única* regla penal a aplicar la «conciencia revolucionaria» y las escasas instrucciones de los dirigentes del Partido. Esa era toda la legalidad que se ofrecía al pueblo liberado.

En el análisis de esta situación, pueden distinguirse cuatro etapas bien delimitadas, influidas indudablemente por los acontecimientos políticos del país:

1.º De 1941 a 1945: lucha contra el Eje.

Los tribunales comunistas actuaron en plena guerra sin ley escrita alguna; las únicas reglas aplicables eran, como ya indicamos, «la conciencia revolucionaria» y las instrucciones de los dirigentes del Partido, frecuentemente organismos regionales o aún locales; ni siquiera del movimiento central. Entre las más importantes, figuran el Decreto de 24 de mayo de 1944, sobre los «criminales de guerra» (considerado por algunos como la primera formulación sobre la materia), y los de febrero de 1942, dados en Foca (Bosnia) definiendo al «enemigo del pueblo» y determinando las formas de ejecución.

Un curioso fenómeno se produjo en la organización judicial. La ocupación nazi había respetado y dejado en vigor el régimen judicial anterior a la guerra. Pero con el pretexto de «no reconocer los organismos del

ocupante», el partido comunista les negó validez, y constituyó dos tipos de tribunales; unos civiles (Comités Populares de Liberación, integrados por tres miembros) y otros militares (formados en realidad por guerrilleros, y cuya competencia era prácticamente total «por exigirlo la lucha por la libertad de los pueblos yugoslavos»). A partir de 1942, se comenzaron a constituir tribunales militares permanentes en cada «brigada proletaria», compuestos de tres miembros, y para los que el Estado Mayor Supremo del Ejército de Liberación dió la Ordenanza de 29 de diciembre de 1942. En tales procedimientos, ninguna garantía judicial era prevista. Una Ley de 26 de agosto de 1945 devuelve en apariencia parte de la competencia a los tribunales ordinarios, pues de hecho siguió actuando la jurisdicción militar.

Los procedimientos judiciales se desarrollaron «según la práctica», y sólo algunas zonas aisladas disfrutaron de algunas normas, como las dadas en Croacia en 1943 y 1944. El designado como Instructor efectuaba las investigaciones preliminares, en las que podía decretar la detención del imputado, de acuerdo con un juez del tribunal militar. No era necesario en el procedimiento oír testigos ni tan siquiera sustentar la acusación. El tribunal podía actuar secretamente y sus fallos eran inapelables. Hasta el Decreto de 24 de mayo de 1944, no se obliga al Instructor a actuar como acusador y sostener ante el tribunal la acusación, y en consecuencia no podía hasta entonces valerse el acusado de defensor.

2.º De 1945 a 1947.

Terminada la guerra, y sin duda para «afianzar» el sistema «popular» establecido, se crearon veintitres tribunales especiales. La sagrada inamovilidad de los jueces, que el artículo 101 de la Constitución de 1931 preveía, fué «suspendida» por cinco años, aunque tampoco se limitó en realidad a ese plazo. Poco después se declaró la nulidad de los preceptos anteriores, incluyendo la Constitución, y comienza a surgir una legislación de represión, votada por un Parlamento provisional, como la Ley de 23 de abril de 1945 para castigo del sabotaje, y ese mismo año las de 24 de mayo para sanción de la «discordia nacional», la de 5 de julio estableciendo ciertas penas, y la de 26 de agosto regulando los Tribunales Populares. El 31 de enero de 1946 se promulga la nueva Constitución de la República Popular Federal de Yugoslavia. Para acomodar la legislación a esa Constitución, hubo de dictarse la Ley de 17 de junio de 1946. En general, se advierte en esta época una fuerte influencia soviética.

Se distinguen cuatro clases de tribunales: El Supremo Federal, los Supremos de cada República y de la provincia de Voivodine, los de Departamento, y los de Partido. Cada tribunal se integraba por un profesional y dos jurados, siendo éstos elegidos sólo de entre afiliados al partido. El procedimiento fué unificado para las esferas ordinaria y militar.

3.º De 1947 a 1951.

El 4 de diciembre de 1947 se promulga la Parte General de un nuevo

Código Penal, que en su día debería ser completada con una Parte Especial, pero que nunca se dictó. En este Código, de manifiesta influencia soviética, se partía de una «concepción material de la infracción», estimándose que el delito no podía ser definido ni concretado por la Ley, pues las circunstancias políticas y sociales podían dar o desproveer a un hecho de su carácter delictuoso y peligroso. Se rechazaba, pues, el principio de legalidad, y se admitía la analogía en contra del reo, puesto que una acción peligrosa no tipificada podía ser castigada por parecido con otra que lo estuviera. La responsabilidad derivaba de intencionalidad o negligencia en la acción, previendo el artículo 20 algunos actos preparatorios típicos. Dentro de los cómplices eran incluidos los organizadores de asociaciones criminales, y los llamados indicadores. Se distinguían tres tipos de consecuencias jurídicas:

A) Medidas médico-protectoras, aplicables a irresponsables o con responsabilidad disminuida (cumpliendo estos últimos la pena después de cumplir la medida).

B) Medidas educativas y correctivas, aplicables a menores de 18 y mayores de 14 años (o menores de esta edad con discernimiento). Los mayores de 14 y menores de 16 podían ser sometidos a tales medidas o penas. Los mayores de 16 y menores de 18 eran siempre penados, excepto a muerte o trabajos forzados perpetuos.

C) Penas propiamente dichas, que podían ser de doce clases, entre ellas la pérdida de la nacionalidad, la confiscación de los bienes, etc. El tribunal tenía una amplísima discrecionalidad, pudiendo incluso liberar de pena a un acusado declarado culpable.

Durante esta época, se dictó también la Ley de 12 de octubre de 1948, reformando la administración de justicia. La investigación pasa de los tribunales a la policía y al ministerio fiscal, velando por la legalidad de las actuaciones *el proprio ministerio fiscal*. Se establece como principio general la publicidad y oralidad de las audiencias, atribuyendo a los tribunales la libre apreciación de la prueba. Los inculcados sólo podían ser asistidos de abogado en la fase ante el tribunal. Se establece también un sistema de recursos ordinarios y extraordinarios. Así, cabía recurrir en los casos de violación de ley o de procedimiento esencial, o si los hechos estaban incompletos o defectuosamente determinados, o en relación a los gastos procesales o la indemnización civil. Con carácter extraordinario podía solicitarse una atenuación de la pena en virtud de circunstancias especiales o una renovación del procedimiento si el fallo tenía fuerza de cosa juzgada y se habían producido hechos o pruebas nuevas que provocaran un fallo diferente. Sólo puede interponer éste el Fiscal Federal o de cada República, y resuelve el Tribunal Supremo. En los demás casos, la causa volvería a ser fallada de nuevo de modo que era posible la *reformatio in peius*.

4.º Desde 1951.

Desde 1951, se advierten en Yugoslavia importantes cambios políticos y sociales, entre los que indudablemente destaca la relativa independencia adquirida respecto a la U. R. S. S. Ello habría de influir lógicamente en

la legislación positiva, y en lo que aquí concierne, distinguiremos lo relativo a la legislación penal, procesal y orgánico judicial.

A) Un «espíritu nuevo» comunista, determinó al legislador, no a completar el Código de 1947 con una parte especial, sino a realizar un nuevo Código, que fué promulgado el 2 de marzo de 1951. En efecto, son importantes las innovaciones y modificaciones que este texto introduce respecto al anterior. Se compone de 362 artículos, que se estructuran del siguiente modo:

PARTE GENERAL

Capítulo I (arts. 1 al 3); Disposiciones preliminares.

Capítulo II (arts. 4 al 12); Infracción y responsabilidad penal.

Capítulo III (arts. 13 al 23); Perpetración de la infracción (modo, tiempo y lugar; tentativa y complicidad).

Capítulo IV (arts. 24 al 60); Penas (clases y condiciones de aplicación; Fijación de la pena; Condena condicional; Disposiciones generales de la ejecución de las penas).

Capítulo V (arts. 61 al 63); Medidas de seguridad.

Capítulo VI (arts. 64 al 69); Aplicación de las penas, medidas de educación y corrección, y medidas de seguridad sobre menores.

Capítulo VII (arts. 80 al 89); Extinción de la pena y rehabilitación (prescripción, amnistía y gracia, y rehabilitación).

Capítulo VIII (arts. 90 al 98); Límites de aplicación de la Ley penal.

Capítulo IX (art. 99); Definiciones legales.

PARTE ESPECIAL

Capítulo X (arts. 100 al 123); *Infracciones contra el pueblo y el Estado* (Atentados contrarrevolucionarios, puesta en peligro de la integridad territorial e independencia del Estado, debilitación de las fuerzas de defensa, asesinato de representantes del poder popular, rebelión, espionaje, servicio en Ejércitos enemigos, ayuda o colaboración política o económica con él, actividades hostiles, huida al extranjero, organización o tránsito no autorizado de fuerzas armadas, tratados nocivos al país, violación del territorio, destrucción de objetos importantes para la economía nacional, sabotaje, violencia contra los representantes del pueblo, organización de asociaciones contra el Estado, propaganda enemiga, incitación a la intolerancia, al odio, a la discordia nacional de razas o confesión, asistencia o preparativos para estas conductas, casos especialmente graves y confiscación patrimonial).

Capítulo XI (arts. 124 al 134); *Infracciones contra la humanidad y el derecho de gentes*. (Genocidio, crímenes de guerra contra la población civil, heridos o enfermos o prisioneros de guerra, organizaciones para cometer estas infracciones, matar o herir ilegalmente al enemigo, atentado a un Parlamentario inviolable, crueldad con heridos, enfermos o prisioneros de guerra, destrucción de monumentos culturales o históricos, uso abusivo de distintivos de la Cruz Roja, confiscación patrimonial.)

Capítulo XII (arts. 135 al 147): *Infracciones contra la vida e integridad corporal.* (Homicidio simple, personal o negligente, infanticidio, asistencia o incitación al suicidio, aborto, lesiones, participación en riña, amenazas, exposición al peligro de vida o salud ajenas, abandono de desvalido, omisión de socorro.)

Capítulo XIII (arts. 148 al 164): *Infracciones contra la libertad y los derechos de los ciudadanos.* (Atentados a la igualdad de derechos, violencia, secuestro, extorsión, abuso del servicio o poderes a su cargo, amenaza a la seguridad personal, allanamiento de morada, persecución ilegal, violación del secreto de correspondencia o profesional, alteraciones en reuniones públicas, atentados al derecho de sufragio, a utilizar los derechos legales, a la libertad de imprenta o a los derechos de autor e inventor.)

Capítulo XIV (arts. 165 al 168): *Infracciones contra las relaciones laborales.* (Violación de los respectivos derechos, o de los seguros sociales, omisión de las medidas higiénicas y de seguridad del trabajo, del alojamiento y abastecimiento de los trabajadores.)

Capítulo XV (arts. 169 al 178): *Infracciones contra el honor y la consideración.* (Calumnia, injuria, divulgación de hechos privados, imputación falsa de una infracción, irresponsabilidad de las críticas sociales o científicas, atentados a la dignidad del Estado o sus representantes, atentados a la dignidad de Estados extranjeros u Organismos internacionales, sus jefes de Estado o representantes diplomáticos, persecución de estos delitos, publicidad del fallo.)

Capítulo XVI (arts. 179 al 189): *Infracciones contra la dignidad personal y las costumbres.* (Violación, abuso de un menor prevaliéndose de su cargo, atentados al pudor, seducción, actos «contra natura», proxenetismo, trata de blancas, escritos obscenos.)

Capítulo XVII (arts. 190 al 198): *Infracciones contra el matrimonio y la familia.* (Bigamia, matrimonio nulo, cooperación de funcionarios públicos, concubinato con menor, sustracción de menores, alteración del estado civil, malos tratos, negligencia hacia menores, falta de alimentación e incesto.)

Capítulo XVIII (arts. 199 al 212): *Infracciones contra la salud humana.* (Propagación de enfermedades contagiosas, inobservancia de las medidas sanitarias en tiempo de epidemia, transmisión de enfermedades venéreas, toma en servicio de enfermos contagiosos, trato negligente a enfermos, omisión de socorro médico, ejercicio ilegal de la medicina, fabricación o venta de productos médicos dañosos o estupefacientes, venenos, alimentos dañinos, o su negligente examen por los encargados, contaminación del agua potable e infracciones especialmente graves.)

Capítulo XIX (arts. 213 a 248): *Infracciones contra la Economía Nacional.* (Gestión negligente del Erario público, producción de artículos inútiles o de mala calidad, gestiones comerciales o contratos desventajosos, revelación de secretos económicos, violación de las prohibiciones de comercio de inmuebles, daños en edificios o locales destinados a negocio o vivienda, fabricación o tenencia de sellos o moneda falsa o de sus instrumentos, falsedad de marcas, violación de tarifas, favorecimiento de ciertos compradores, alteraciones en los aprovisionamientos garantizados, mediciones inexactas, es-

peculación ilícita, tráfico prohibido de divisas o metales preciosos, declaraciones fiscales falsas, no entrega de la producción agrícola, desórdenes en cooperativas, propagación de enfermedades contagiosas en agricultura y ganadería, contaminación de piensos y abrevaderos, devastaciones forestales y caza y pesca ilícitas.)

Capítulo XX (arts. 249 a 267): *Infracciones contra el patrimonio social y particular*. (Robo, bandidaje, desfalco, pillaje, hurto, daños, estafa, abuso de confianza, extorsión, chantaje, usura, conductas dañosas y receptación.)

Capítulo XXI (arts. 268 a 278): *Infracciones contra la seguridad personal y patrimonial*. (Puesta en peligro con graves riesgos comunes, daños en los dispositivos de protección de lugares de trabajo, infracciones en la construcción, peligros en la circulación, infracciones contra la seguridad general o en el transporte de sustancias peligrosas, daños en obras de protección contra las fuerzas naturales o las señales de advertencia, abusos en las señales de telecomunicación, imprevisión de ciertos peligros).

Capítulo XXII (arts. 279 a 288): *Infracciones contra la Administración de Justicia*. (Omisión de denuncia, asistencia ulterior a delincuentes, denuncia o declaración falsa, entorpecimiento en las pruebas, violación de secretos judiciales, motín o evasión de presos y su favorecimiento).

Capítulo XXIII (arts. 289 a 313): *Infracciones contra el orden público y el comercio jurídico*. (Impedir a personas oficiales cumplir sus funciones, incitación a resistir a las autoridades y desobediencia a las intimaciones a dispersarse, omisión de acudir a afrontar peligros colectivos, sustracción o daño de sellos o signos oficiales, expedientes o documentos oficiales, usurpación de carácter oficial, tomar por sí mismo la justicia, acuerdos delictivos, asociación de malhechores, fabricar o procurarse armas o medios para delinquir, detentación ilegal de armas o explosivos, cruce ilegal de la frontera, abuso de señales de socorro, juegos de azar, títulos falsos, testimonios y certificaciones falsas, ejercicio ilegal de la abogacía, abuso de la Religión y de la Iglesia para fines políticos, celebración ilegal de matrimonios religiosos y alteraciones y desórdenes en ceremonias religiosas).

Capítulo XXIV (arts. 314 a 326): *Infracciones contra el deber de función*. (Abuso del servicio o del cargo, violación de la ley por el juez, liberación ilegal de detenidos, negligencia en las funciones propias, concusión, falsedad o destrucción de títulos, registros o actas oficiales, revelación de secretos oficiales, apropiación de cosas durante la persecución o la realización de las vías de ejecución, malversación, utilización ilícita de objetos confiados a la custodia, intervención ilícita y corrupción).

Capítulo XXV (arts. 327 a 362): *Infracciones contra las fuerzas armadas*. (Resistencia a un superior o negativa a ejecutar sus órdenes, resistencia a centinela o patrulla, compulsión a un militar a violar sus deber, ataque a un militar estando de servicio, maltrato a inferior, violación de consignas militares, partes e informes falsos, omisión de las medidas de seguridad de la tropa, insumisión y desertión, mutilación y fraude para eximirse del servicio militar, exención ilegítima del servicio militar, abandono del servicio, sustraerse al censo o inspección, omisión de aportar vehículos o animales, fabricación o recepción de material de guerra en malas condiciones,

irregularidad y negligencia en la manipulación de armas y explosivos, disposición ilícita de las armas confiadas, revelación de secretos militares, penetración en obras militares, diseño no autorizado de sus esquemas o de las máquinas de guerra, rendición, negativa a tomar las armas, falta a los deberes durante la batalla, abandono del puesto o de material de guerra intacto, debilitación de la moral o de la situación de combate, omisión de advertir a órganos militares durante la guerra, incumplimiento del deber durante la movilización, sustracción ilícita de los efectos de los heridos o muertos en guerra y responsabilidad por las órdenes dadas por un superior).

Examinado en su conjunto, el Código de 1951 nos sugiere algunas observaciones:

a) Dentro de la parte general, tiene especial relevancia el artículo 2 que modificando el criterio sostenido anteriormente, acepta formalmente el principio de legalidad penal. Con una gran flexibilidad, se prevee, sin embargo en el artículo 4, que podrá no ser castigada una infracción si es de poca importancia o supusiera un peligro social mínimo por la ausencia o insignificancia de los efectos dañosos. Respecto a la tentativa, sólo es objeto de sanción tratándose de infracciones importantes. No se ha recogido la regulación que de los actos preparatorios hacía el artículo 20 del anterior Código. De acuerdo con la moderna doctrina, se establece que la infracción se entenderá cometida en el lugar y tiempo de la acción (arts. 14 y 15). La legítima defensa del Estado es admitida en algún caso concreto, como tratándose de injurias. También excluye la responsabilidad el error de derecho, equiparado al error general. En cuanto al desarrollo mental incompleto, es objeto de equiparación a la menor edad. Especial interés tiene el Capítulo IX del Código, destinado a una serie de definiciones legales.

b) En relación a las penas, comienza el artículo 3 por declarar la finalidad que la sanción pretende. Se distinguen tres clases de sanciones o consecuencias legales: las penas, las medidas de seguridad, y las medidas de corrección y educación.

Las penas son de siete clases, incluyendo la de muerte, y se distinguen dos clases de prisión: severa y simple. Algunas penas son admitidas a perpetuidad, como la prisión severa sustitutiva de la de muerte (art. 29), y en la restricción de los derechos civiles (art. 32). En cuanto a las multas, pueden ser impuestas como accesorias aunque no estén especialmente previstas para delito de que se trate, y salvo lo dispuesto en preceptos especiales, no puede exceder de 300.000 dinares (1).

Las medidas de educación y corrección sólo son aplicables a menores; si éstos son declarados irresponsables, se les coloca bajo sus padres o tutores o en establecimientos de educación. Si se les declara responsables y son mayores de catorce y menores de dieciséis años, se someten a reprobación o a internamiento en establecimientos especiales, salvo que la pena señalada a la infracción fuese prisión severa por más de diez años, en que pueden ser castigados. Si son mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, la pena es la establecida por la Ley, pero atenuada.

Las medidas de seguridad son: 1.º Internamiento en establecimientos

(1) 100 dinares vienen a equivaler a 1/4 de dólar, es decir unas 15 pesetas.

de guarda o tratamiento, aplicable a los autores responsables o a los de responsabilidad disminuída peligrosos. 2.º) Confiscación de los efectos o medios de la infracción. 3.º) Expulsión del país de los extranjeros peligrosos.

c) En relación a los delitos, se advierte la inclusión de los relativos al derecho de gentes, en los que en parte parece haberse seguido a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. En los delitos contra la seguridad exterior del Estado, serán decisivas las circunstancias políticas del país, pues pudiera entenderse la protección referida a Yugoslavia como estructura política o al régimen socialista en general, como hace por ejemplo la legislación rusa.

En general, puede decirse del Código de 1951 que se atenúa el rigor del Código de 1947, «innecesario en la nueva sociedad socialista» (Bayer). Adolece indudablemente de una gran falta de sistemática, pues se agrupan bajo un mismo capítulo materias totalmente diversas. No se recoge tampoco el tradicional orden valorativo de conductas, de modo que conductas más leves aparecen antes que otros más graves. Unos tipos delictivos aparecen formulados con excesiva concreción, y otros con excesiva amplitud, sin que se excluyan tampoco supuestos de doble regulación de conductas similares. En cuanto a la pena aplicable, parece igualmente censurable la existencia en algunos casos de tan solo un límite máximo o mínimo, o de una discrecionalidad amplísima, vg.: de tres días a cinco años de prisión, de seis meses a veinte años, etc., pues si bien parece simplificarse la mecánica legal, se disminuyen considerablemente las garantías del fallo.

Se recogen en el último Capítulo algunos preceptos típicamente militares, cuya formulación es en ocasiones excesivo amplia, como ocurre cuando habla del militar «que no cumpla con sus deberes». Algunos artículos toman en cuenta para determinar la sanción la categoría personal de culpable, independientemente del cargo que hubiera detentado en el delito (vg.: mando o subalterno). Llama igualmente la atención la gran amplitud con que es determinada la sanción, pues la pena de muerte es por ejemplo en algunos casos, establecida como alternativa de una prisión de no muy larga duración.

En el último artículo, el 362, se recoge la obediencia debida, al decir que «no será castigado el inferior, si hubiera cometido una infracción por orden de un superior, cuando esta orden fuera relativa al deber del servicio, a menos que la orden tendiera a la ejecución de un crimen de guerra o de otra infracción grave o que el inferior supiera que cumpliendo tal orden cometería infracción». Una correcta interpretación sistemática parece exigir que la obediencia sólo sea precitada en esta esfera militar.

B) En el aspecto procesal, debe aludirse al nuevo Código de procedimiento de 10 de septiembre de 1953. En él se contienen importantes variaciones respecto al régimen anterior. En primer lugar, la investigación inicial, abierta a petición del fiscal, puede ser efectuada por el Juez de distrito, el de Instrucción o los órganos policiales, según decide aquél por la importancia del asunto; pero debiendo siempre efectuar el Sumario el Juez Instructor. La legalidad del procedimiento se confía ahora a la Sala del Tribunal Departamental. Caso de que el Fiscal desistiese de la acción,

se permite al lesionado actuar como acusador subsidiario, subrogándose en las facultades de aquél.

El inculcado tiene derecho a defensa, si bien la actuación de ésta puede en la fase inicial ser controlada y limitarse a mero conocimiento del expediente. Además en el plazo de tres días desde que se comunique el acta de acusación, puede solicitar del Tribunal Departamental que se complete el procedimiento o se subsanen los defectos. Sobre ellos cabría recurrir a la segunda instancia, e incluso a la tercera en casos excepcionales. La detención preventiva sólo puede ordenarse durante la investigación por el órgano que la dirige, sin exceder de setenta y dos horas, aunque el Tribunal Departamental o el de Distrito puedan prolongarla hasta veintidós días. Ya dentro del sumario, el Juez Instructor puede ordenarla hasta dos meses en total, el Tribunal Departamental prolongaría otro más, el Tribunal Supremo otros tres meses, y el Tribunal Federal otros tres. La detención preventiva no podrá exceder en total, pues, de nueve meses.

Otras importantes modificaciones, afectan a los recursos ya que el de renovación del procedimiento penal, puede ahora también ser interpuesto por el condenado; y el de protección de la legalidad será sólo declarativo si fuera perjudicial al reo y lo hubiera interpuesto el fiscal seis meses después de tener el fallo valor de cosa juzgada.

C) En el aspecto orgánico judicial, la Ley de 5 de julio de 1954, que derogó la Ley de 1946, establece el sistema actual aunque con menos variaciones respecto al régimen anterior que en otras materias. Las innovaciones más importantes son:

1.º Los jueces han de ser necesariamente juristas, y han de reunir «las condiciones necesarias para ser funcionario público», particularmente pertenecer al partido. Dado el sentido político que tiene gran parte de la legislación, difícilmente se podrá hablar de independencia judicial.

Los jurados han de ser mayores de veintisiete años, y son elegidos por dos años. También la «elección popular» ha de efectuarse sobre las listas oficiales, cuidadosamente relacionadas por el Partido.

2.º Los Tribunales Supremos (el Federal, los de cada República, y el de la provincia autónoma de Voivodine), jamás actuarán ya como tribunales de primera instancia en lo penal. El Federal actúa en algunos casos como tercera instancia para unificar el criterio judicial, y los demás como de segunda instancia, y en casos especiales de tercera.

3.º En caso de que la pena solicitada sea muerte o prisión rigurosa, por veinte años, los Tribunales Supremos se componen de cinco jueces profesionales, y los Departamentales de dos profesionales y tres jurados.

* * *

Como muy bien señala el profesor Mostovac, el tribunal de justicia es concebido en la Yugoslavia comunista como un instrumento más, como un órgano más de los que el Estado se vale para el servicio de sus intereses. Sólo así, afirmarán los mismos comunistas, al servir a los intereses del pueblo, son los tribunales verdaderamente populares. Es evidente que

ellos no puede estar de acuerdo con la idea que de la justicia se tiene en la cultura occidental.

Ese servicio de los intereses del Estado como fin primario de su existencia, lleva a la conclusión de que las máximas sanciones serán para las infracciones que atenten al régimen político existente. El proceso del Cardenal Stepinac constituye en sí mismo la crítica que el sistema merece. Acusado de traidor, en cuanto resulta molesto para sus intereses, nada se escatima para falsear o modificar los hechos, en aras de esos «supremos intereses». Ningún inconveniente constituía que durante el movimiento patriótico de resistencia a los nazis, sus palabras, su prestigio y su aliento, fueran utilizados en prensa y radio. Su veraz y valiente acusación contra la ilegalidad, la destrucción de las libertades más elementales, la corrosión del matrimonio y de las costumbres cristianas, el laicismo de educación y de vida, no podían ser toleradas en una república democrática popular. No obstante las públicas sesiones del célebre proceso («función educativa de la justicia del pueblo»), fueron escandalosamente prohibidos testimonios de gran interés, alegados por la defensa, como los de Dragisic y Budisavljevic. Más recientemente, el proceso Dilas-Deedier, dada la notoriedad de los encartados, hubo de celebrarse en secreto en los tribunales de Belgrado. Todas ellas no serán sino manifestaciones de la misma postura, decidida a mantener el poder y a eliminar cualquier posible oposición, y que costó la vida a Mihailovich y a otros muchos.

En suma, la admisión de penas perpétuas, la *reformatio in peius*, la extensa proliferación de las penas de muerte, las escasas garantías de los procesados, las amplísimas facultades de los tribunales, no pueden ser consideradas como conquistas sociales que puedan ser envidiadas por la civilización de que formamos parte.

BIBLIOGRAFÍA

- B. ZLATARIC: *El Código penal en su aplicación práctica*. («Revue de Science Criminelle», 1960; pág. 181).
- CILIGA: *Yugoslavia, bajo la amenaza interior y exterior*. París, 1951
- Código penal yugoslavo (edición francesa de la Unión de Asociaciones de Juristas Yugoslavos, Belgrado, 1951).
- JANKO TAHOVIC: *Comentario del Código penal*, 1958; pág. 309.
- MILJOV MOSTOVAC-MATJEV: *Fundamentos actuales del Derecho penal yugoslavo*. («Revue de Droit Pénal et de Criminologie», Bruselas, julio 1955; pág. 866).
- TOMÁS GIVANOVITCH: *Problemas fundamentales del Derecho criminal*. París, 1929.
- VLADIMIR BAYER: *El Código penal yugoslavo*. («Revue de Droit Pénal et de Criminologie»). Bruselas, febrero, 1958; pág. 557).
- Obras de carácter general.

REVISTA DE LIBROS

BELLAK, Leopold y otros: «Esquizofrenia. Revisión del síndrome». (Traducción española de I. Antich). Editorial Herder, Barcelona, 1962; 1125 págs.

Se recogen en el presente volumen, dirigido por L. Bellak, dieciocho trabajos sobre la esquizofrenia, estudiada desde los diferentes e interesantes aspectos que la misma presenta. La obra es exhaustiva y enciclopédica no sólo por su extensión, sino por el completo repertorio que ofrece de las distintas opiniones de los autores sobre el tema, así como su correspondiente bibliografía. Muestra, plenamente, el estado actual de las cuestiones que en los últimos años han detenido la atención de los especialistas. El propósito que animaba este amplio estudio en colaboración se consigue sobradamente: "presentar un cuadro lo más completo posible de la literatura existente en Estados Unidos y en el extranjero". Ha sido un acierto la traducción de esta obra al español, que creemos básica para una profunda visión de la esquizofrenia, y eficaz no sólo para el psiquiatra, sino también para el criminólogo y el jurista.

Bellak, que hace años publicó una documentada obra sobre la *Dementia Praecox*, ha preferido usar el término "esquizofrenia" en atención a que el primero es cada vez menos utilizado.

La esquizofrenia es posible que en la actualidad no constituya el enigma que fue en otra época, a pesar de las muy diversas novedades que cada día aparecen. La esquizofrenia no es una enfermedad *única*: ni se debe a una *única* causa, ni debe aplicarse siempre el mismo tratamiento. En verdad, si se encuentran algunas particularidades existentes en *todos* los esquizofrénicos, se trata de datos relacionados con factores secundarios a su específico modo de vida, pero no de hechos primarios.

La principal función en el tratamiento corresponde a la psicoterapia, la educación correctiva y la rehabilitación, independientemente de toda terapéutica somática (química, quirúrgica, etc.). Ello es lógico en la medida que, para los autores, el único factor que desempeña siempre alguna función etiológica (primario unas veces, y subordinado otras), es la formación que ha recibido el paciente, el efecto del medio, de los factores ambientales. Es decisivo en una "política" preventiva cuidar extremadamente, en consecuencia, esto último.

Tienen gran interés para el jurista, por sí no fuera en su totalidad de gran valor, los títulos XIII (psicocirugía y esquizofrenia), de N. L. Paúl y M. Greenblatt (psicoterapia general, terapéutica de grupo y métodos afines), de L. Bellak y A. B. Blaustein; XVII (factores socioculturales en la esquizofrenia), de P. K. Benedict, y el XVIII (aspectos especiales de la esquizofrenia), también del último autor citado.

La relación entre esquizofrenia y delito es subrayada por este último, con abundancia de datos, puesto que ha atraído la dedicación de un creciente número de autores en los últimos diez años. Se acentúa por éstos que los crímenes cometidos por esquizofrénicos, especialmente los de tipo paranoide, eran de na-

turalidad particularmente grave (asesinatos, homicidios, atracos, etc.). Especial atención se dedica, dentro de la misma preocupación, a la posibilidad de encontrar un diagnóstico diferencial entre la esquizofrenia y la personalidad psicopática (sociopática). En contra de otras opiniones, Benedict estima que debe conservarse el concepto de personalidad psicopática, pero será considerado como una variable independiente de la esquizofrenia, puesto que ambas pueden coexistir. El concepto de "esquizofrenia pseudopsicopática" es, por consiguiente, de dudosa validez.

Se ocupa a continuación de las reglas diferenciadoras entre normalidad y anormalidad mental y su repercusión en la responsabilidad criminal. La clásica regla de conocer o no lo que está bien y lo que está mal, continúa siendo objeto de fuertes ataques. La corrección de "conocer que el acto era injusto", entendiendo con amplitud la palabra *conocer*, parece que satisface más a Davidson. Sin embargo, la anterior regla no puede suprimirse, sin más, si antes no se ofrece otra que la reemplace. En este sentido, las críticas generalmente han sido destructivas, pero no constructivas: todavía no se ha encontrado un camino seguro. Destaca como intento de revisión, la propuesta de una responsabilidad atenuada que supondría una salida y una comprensión más elástica (imputabilidad disminuída). Dentro de la línea revisionista, se encuentra también la tendencia australiana referida a la "falta de dominio sobre los propios actos".

Recientes decisiones judiciales en los Estados Unidos han ido todavía más lejos, y abren nuevos horizontes, aceptando que "el acusado no es criminalmente responsable si el acto punible es producto de enfermedad o defecto mental". Lo importante, en definitiva es —como se pone de manifiesto—, la aceptación de la psiquiatría moderna por los Tribunales de justicia.

El valor del libro es innegable. El esfuerzo y trabajo desarrollado en su confección, proporcionará resultados prácticos y útiles. Se trata de un auténtico libro de consulta, hecho con gran seriedad, y hasta ahora no superado en este concreto tema. Constituye, en suma, índice revelador del actual estado científico de la psiquiatría.

MANUEL COBO

BERRI, Mario y CORMIO, Bruno: «Le frodi alimentari». 2.^a edición, corregida y revisada. Edición Giuffré. Milano, 1963; 1139 págs.

Damos tan sólo noticia de la aparición de la segunda edición (la primera es de 1959) del gran volumen que recoge la disciplina legal de los fraudes en materia relativa a la alimentación. Se trata de una exhaustiva exposición de la legislación y jurisprudencia italiana sobre el tema, y en la que debe destacarse el arduo trabajo de selección y resumen que los autores han llevado a cabo.

El libro nace de la evidente exigencia de una cotidiana, rápida y práctica búsqueda de las numerosas, y a juicio de los autores, disparatadas leyes que fruto del fecundo legislador italiano regulan esta materia, como específica de los fraudes industriales y comerciales.

Es, por tanto, un libro de consulta inestimable para el conocimiento de las

disposiciones legales y práctica jurisprudencial italiana, y justamente por su contenido expositivo se hace innecesaria la dedicación de nota más extensa.

M. C.

BLEULER, Eugen: «Demencia precoz. El grupo de las esquizofrenias». (Trad. esp. D. R. Wagner). Editorial Hormé. Buenos Aires, 1960. 539 páginas.

Desde que Kraepelin reunió bajo el nombre de *dementia praecox* un grupo de enfermedades mentales, más o menos determinadas, la preocupación de los psiquiatras no ha cesado: quizá pueda atribuirse al misterio que en definitiva encierran: a la complejidad de sus causas, a su poliédrica sintomatología, a la problematicidad de su terapia. La obra de E. Bleuler no sólo es muy conocida en Psiquiatría, sino que además marca una etapa en el estudio de estas enfermedades. El que hasta un día fue seguidor de Freud, con su estudio sobre la esquizofrenia, sentó las bases para su tratamiento científico. Su obra, ya clásica en esa materia, aunque no por eso ausente de interés, es imprescindible para un entendimiento de la sorprendente demencia precoz. La traducción que ofrece la editorial Hormé constituye un acierto por el valor que las investigaciones de Bleuler suponen, tanto para el psiquiatra como para el criminólogo.

Para Bleuler la idea del "desdoblamiento" significa, en cierto modo, la constante de las enfermedades agrupadas por Kraepelin. Por esta razón aceptó, como más exacto, el término "esquizofrenia" para denominarlas: el desdoblamiento de las distintas funciones psíquicas es una de sus características más sobresalientes. De forma genérica, puede definirse, como un grupo de psicosis cuyo curso es a veces crónico, y a veces está marcado por ataques intermitentes y que puede detenerse o retroceder en cualquier etapa, pero que no permite una completa *restitutio ad integrum*. Se particulariza, pues, por un tipo específico de alteraciones del pensamiento, de los sentimientos, y de la relación con el mundo exterior que en ninguna otra parte aparece bajo esta singular forma. Dentro del título acerca de los "síntomas fundamentales", destaca las alteraciones que se producen en las funciones simples y en las compuestas. La ambivalencia en las primeras y el autismo en las segundas son puestas de relieve especialmente. De ahí que, en el terreno criminológico, sea difícil presentar un criterio unitario. La abulia de algunos esquizofrénicos es tan radical que impide la realización de delitos, aunque sin duda pueda proliferar, naturalmente, la delincuencia de omisión. El proceso de absoluta introversión que también se manifiesta, con olvido total del mundo exterior, presenta favorable disposición para el delito: la tendencia a apartarse de los demás puede estar combinada, a juicio de Bleuler, con eventuales excesos en compañía de disolutos y pueden convertirse en vagabundos, ladrones y más raramente en estafadores. Según Bleuler, aunque toda cárcel tiene su parte de esquizofrénicos, su número no es proporcional, de ningún modo, al de los que viven en libertad, muchos de los cuales carecen de sentimientos sociales o son proclives a pensar o sentir realmente de manera antisocial, sea debido a ideas delirantes o a la furia que les ocasionaron encar-

celamientos anteriores. No obstante, concluye Bleuler, el número absoluto de criminales esquizofrénicos es más bien considerable.

En referencia con la terapéutica de la esquizofrenia el juicio de Bleuler era tajante: hasta ahora —dice— no conocemos ninguna verdadera profilaxis para la enfermedad, pues en realidad coincide con la terapia general de las enfermedades mentales. El autor, sin embargo, expresó ya una serie de consejos, producto de su experiencia, dirigidos hacia la prevención, tanto de la enfermedad, más o menos ineludible, cuanto de las graves consecuencias que la misma puede comportar. (M. C.)

CECCALDI, Pierre Fernand: «La Criminalistique». Editorial Presses Universitaires de France. París, 1962; 126 págs.

De entre las llamadas "ciencias auxiliares del Derecho penal" ocupa un destacado lugar la Criminalística. Su función, especialmente referida con la administración de justicia, no puede ser más estimable: constituye valioso instrumento, en el caso concreto, que proporciona la certeza objetiva de la fundamentación fáctica, sobre la que recae la valoración judicial. Con el progresivo desarrollo de las técnicas de investigación, su papel ha aumentado en precisión e importancia: la manifestación de la verdad, su descubrimiento, en muchas ocasiones es verificable en gracia precisamente a los datos que ofrece la Criminalística, no sólo al profesional del derecho, sino también, en un cierto sentido, a quien realiza una labor estrictamente doctrinal.

Las anteriores consideraciones se encuentran claramente expuestas en la obra que resumimos. Claridad, que en modo alguno es sinónima de superficialidad: se es claro en la medida que se domina la materia, con la suficiente maestría, para ser cortés con el lector.

Para Ceccaldi las distintas finalidades a las que tiende la Criminalística, están presididas por un denominador común: la materialización de la prueba. De esa forma puede entenderse, en sentido amplio, como el conjunto de procedimientos aplicables a la investigación y estudio material del crimen. Dentro de esa línea la Criminalística se encuentra a mitad de camino entre la policía y la justicia. En sentido estricto, es una ciencia independiente, hasta cierto punto, que no debe ni puede confundirse con la medicina, la psiquiatría o toxicología legal. Tanto el sujeto que investiga como los objetos sobre los que recae el estudio científico son distintos: se necesitan unas técnicas particulares y absolutamente diferentes. De este modo, puede concluirse, que en una acepción y en otra la Criminalística se integra en la Criminología.

En realidad, se funda sobre la sencilla reflexión de que siempre que se realiza un delito, el criminal deja una serie de trazos y datos sobre el lugar del crimen. Por esta razón es posible reconstruir las fases del mismo y llegar hasta el criminal: en definitiva, se pretende encontrar las pruebas de su culpabilidad partiendo simplemente de indicios. De aquí, pues, que deban aplicarse todos los medios de investigación científica necesarios para el esclarecimiento de la verdad.

Desde un punto de vista amplio el método general empleado responde a los

caracteres de similitud y probabilidad, que correlativamente satisfacen, o al menos así se pretende, las exigencias de identidad y certidumbre. La similitud es cualitativa; la probabilidad es cuantitativa. De forma más restringida los específicos métodos empleados en Criminalística son, en última instancia, los mismos que se utilizan por las ciencias fundamentales y aplicadas. No obstante, inexorablemente deberán ser adaptados a las características que el caso en estudio presente. En esta facultad de adaptación reside, fundamentalmente, todo el valor de un laboratorio criminalístico.

A continuación estudia el autor las diferentes técnicas empleadas: ópticas, biológicas y químicas. Dedicó su atención a los distintos problemas que de forma particular pueden presentarse ante un determinado hecho delictivo (identificación del delincuente, prueba de la falsedad, etc.).

La obra, pues, por su sencillez y claridad, muestra al lector, en unas breves páginas, el estado actual de la Criminalística, de imprescindible conocimiento para el jurista.

M. C.

CORDERO, Franco: «Tre studi sulle prove penali». Editorial Giuffrè. Milano, 1963; 240 págs.

En la presente monografía se recogen diversos trabajos del autor que afectan no sólo al derecho procesal penal, sino también al derecho penal en sentido estricto, especialmente los problemas de las pruebas preconstituidas y de las pruebas ilícitas. Los temas generales desarrollados son: procedimiento probatorio, pruebas ilícitas y escritura y oralidad en el procedimiento penal. No se trata, como subraya Cordero, de un libro orgánico sobre la prueba penal, sino de tres fundamentales cuestiones que la misma plantea en su tratamiento técnico. Su estudio se justifica por razones científicas, desde el momento que poco se puede saber del proceso si no se tiene una profunda visión de los distintos instrumentos con los que el juez reconstruye el pasado, y también por consideraciones prácticas, pues su finalidad se dirige primordialmente a la *praxis* jurídica, y basta con el simple enunciado de los temas para que este último sea observado.

El autor pretende llevar a cabo, en todo momento, un análisis rigurosamente científico, y desde luego lo consigue en la forma más estricta. En este sentido, debe destacarse su constante preocupación por el empleo de un lenguaje preciso, del que tan falta se encuentra la ciencia del derecho. El lenguaje, desde el momento que es un símbolo al que se le atribuye un contenido, debe ser utilizado con gran rigor, y mucho más cuando sucede, como en el derecho, que su contenido es las más de las veces inmaterial. En el específico campo procesal ha ocurrido que los juristas usan el vocablo "prueba" de las más diferentes maneras. La citada palabra no es, por tanto, unívoca: con un solo símbolo se han designado los sucesivos momentos de un fenómeno sumamente complejo y que el observador recoge de la experiencia del derecho. A este respecto es alabable el esfuerzo de Cordero por precisar las reglas que deben presidir el uso del término.

En tema de pruebas ilícitas, es muy interesante el problema que plantea el autor: la prueba y la tutela del secreto. Sucede que existen casos en que concurre una especial obligación, sancionada penalmente, de guardar secreto, ya sea dimanante de vínculos personales de confianza, o proveniente del desempeño de una profesión determinada, o incluso derivada de una precedente acción ilícita. A su juicio, la obligación radica en la norma sustantiva que tutela el secreto profesional a la que se contraponen un deber de deponer en el proceso penal. Ahora bien, si se entiende éste, según ha hecho la doctrina, como no integrador de una justa causa de revelación, aparece al menos la posibilidad de verificar un testimonio penalmente ilícito. No obstante, si el juzgador recurre a las medidas coercitivas previstas en el ordenamiento penal, la transgresión de la norma sustantiva se traduce en una nulidad relativa del testimonio. El mismo esquema, con la excepción referida a la ausencia de control judicial, es también válido para el supuesto del funcionario público. No cabe la menor duda del interés que reviste el límite trazado por el autor entre exigencias instructorias y tutela del secreto. El problema, sin embargo, en algunas ocasiones, no será estrictamente técnico procesal, sino más de índole general y política, ya que la aptitud adoptada legislativamente sobre este concreto punto, será reflejo de una concepción política determinada en la cuestión de la libertad individual.

M. C.

RENE, David: «Les grands Systèmes de Droit contemporains». Dalloz. París, 1964.

El profesor R. David, de la Facultad de Derecho y de Ciencias económicas de la Universidad de París acaba de publicar dentro de la conocida colección de Manuales de la editorial Dalloz un precioso volumen, consagrado al llamado Derecho comparado y que comprende los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.

El plan de la obra es el siguiente: I. Derecho comparado; II. La noción de familia de derechos; III. Las familias del Derecho en el mundo contemporáneo.

La síntesis evolutiva que hace en la primera parte es perfecta. Con precisión y con la concisión a la vez que caracteriza a estos pequeños Manuales nos pone en paraje de una comprensión de la metódica del llamado Derecho comparado, cuyo estudio detiene su atención en el período del siglo XIX; en el que va del 1918 a 1945 y, finalmente, el período actual, puesto que no debe olvidarse de la nueva faz que presenta esta materia a partir de la segunda guerra mundial, ya que se conciertan dos grandes condiciones, cabe decir, una el proceso de unificación del Derecho, acentuando en los últimos años; otra, la comprensión internacional, incluso de mutua asistencia jurídica (págs. 8-9).

De entre los grupos familiares, que se nos ofrecen con cierto aire de permanencia tenemos, en el decir del autor: a) Familia romano-germana; b) Familia del *common Law*; c) Familia de los derechos socialistas; d) Sistemas filosóficos y religiosos.

Ya dentro de la exposición histórica de cada una de estas familias jurídicas, conviene destacar por su certera y rigurosa exposición, en nuestra opinión, la segunda y tercera parte, en que se recogen respectivamente el Derecho soviético y el Derecho inglés, amplios capítulos logrados tanto por su sistematización, cuanto por el penetrante conocimiento que supone, y además, la forma con que se desarrolla la problemática de entrambos es certera y correcta.

El primero de los Derechos citados divide su desarrollo así: Cap. I. Marxismo-leninismo; cap. II. Historia del Derecho ruso y soviético; cap. III. Fuentes del Derecho soviético, y cap. IV. Estructura del Derecho soviético.

La visión tanto de conjunto cuanto particularizada y el fino escorzo que nos hace de las partes fundamentales de la ideología marxistoleninista es acertado, puesto que conjuga de un lado la idea de la evolución con el juego de la infra y superestructura, a esta última pertenece el Derecho, según la concepción materialista (pág. 155).

Contraponen los dos sectores del mundo jurídico burgués y el soviético, cuya colaboración es por demás difícil, imposible en punto a los principios; más hacedero en cuanto a la dimensión técnica (pág. 164).

Acaso la parte de mayor interés sea el perfil tan acabado que nos brinda de los principios de la legalidad socialista, en que en pareja forma a cómo reina los principios de garantías e intenta aquí desglosarlos dentro del ideario de este Derecho (pág. 187 y sigs.).

Los Derechos de las llamadas democracias populares es el capítulo siguiente al presente, en que acentúa más remarcadamente el de la nación yugoslava (página 288), en su postura crítica a la tesis soviética, con sus Constituciones de los años 1953 y 1963.

El otro título, como decíamos más arriba, de indudable mérito, por el logro tan acabado que supone, es el que ocupa el Derecho inglés, en que consume un turno completo sobre las particularidades de este Derecho y de la tarea desempeñada por las Universidades (pág. 342), en orden a la enseñanza del Derecho, que no la reciben los juristas ingleses de las Universidades, sino de la práctica, con el cambio que experimenta en los últimos años.

Sin embargo, debe recordar cuando acomete el tema "el estado de espíritu de los juristas ingleses" por comparación con los continentales, pone por caso, el francés, el siempre bello librito de RADBRUCH, *Der Geist des Englischen Rechts*. Zweite Anfl. Heidelberg 1947 (trad. esp. por F. Vela, *El Espíritu del Derecho Inglés*. Rev. Occidente, Madrid, 1958).

El Derecho de los EE. UU. tratado en el capítulo siguiente está captado con suma fidelidad y sencillez, pese a la fragmentada variedad con que aparece con el triunfo a las claras del *common law* (pág. 402), pues que se recoge en códigos penales, por ejemplo, lo concerniente a esta rama, siendo profundamente diferente al inglés.

Finalmente, los Derechos de carácter filosófico y religioso son objeto de estudio el Derecho musulmán, el de la India, los de Extremo-Oriente, el de Madagascar y africanos.

La presente obra es un cuadro completo, y dentro de un marco preciso y fino de las singularidades de cada uno de los Derechos expñados y, sobre todo

el montaje del mundo jurídico no olvida, con ademán sociológico, las exigencias de su nacimiento y las de su peculiaridad.

JUAN DEL ROSAL

FRANCHINI, Aldo y INTRONA, Francesco: «Delinquenza minorile». Padova-Cedam, 1961; 829 págs.

De entrada cabe sentar la conclusión que se está a presencia de una, de entre pocas, de las mejores obras sobre el tan discutido y revalorizado tema de la "Delincuencia juvenil", habida cuenta de la intensidad y extensión que ha adquirido en los últimos veinte años.

Ya la forma con que se acomete la problemática es por demás recomendable, puesto que se parte de una concepción unitaria e individualizada, valorando en todo momento la personalidad del delincuente juvenil en su compleja relación con el ambiente y con su estructura constitucional y caracterológica, en atención a que el fenómeno que se estudia en este libro debe ser entendido como manifestación típicamente individual.

Consta de doce capítulos, epigrafiados así: Antosociabilidad y delincuencia de menores; perfiles de la edad evolutiva; causas bilógicas de alteraciones de la personalidad; estudio de la personalidad de los menores delincuentes y antisociales; rasgos sobre el empleo de reactivos mentales en Criminología de menores; criterios clasificadores y tipos más comunes; predicción del comportamiento antisocial; datos estadísticos sobre la delincuencia de menores en Italia; manifestaciones antisociales no delictivas; manifestaciones antisociales delictivas, y legislación especiales y tratamiento jurídico de la delincuencia de menores. Se cierra con un apéndice sumamente interesante sobre el "caso Vizzardell" y los correspondientes índices de autores y analítico.

La nota más destacada en cuanto a la exposición que abarca la obra se centra en su puesta a punto del tema. Los autores manejan una literatura riquísima, nutrida principalmente por italianos, alemanes y anglosajones y ni por un instante pierden la especie de *ritornello* que a cada paso se repite en una delincuencia de esta índole, nos referimos, claro está, a la complejidad sin par de la delincuencia juvenil.

De otro lado, tampoco se hace una disección a un fenómeno estáticamente conceptualde, antes al contrario, *siempre* tiene vigencia la idea dinámica de la infracción, articulada en los distintos elementos que constituyen el cuadro criminológico del joven delincuente. La concepción con que se enfila y disciplinan los variados registros de esta criminalidad se puede leer en las primeras frases de esta obra: "la crisis juvenil de nuestro tiempo está relacionada con la desadaptación social y el desánimo espiritual y moral de una parte de los jóvenes" o poniendo un tanto de esperanza y de certeza cuando a las pocas líneas continúan... "que hoy es tal vez mayor por las características socio-culturales de nuestra época" (pág. 1).

Otra de las características que acusa la obra actual consiste en que a pesar de venir engarzada por insignes especialistas de la Medicina Legal, no es obstáculo para que con especial agudeza penetren en el complejo entramado

de la decisión delictiva y conmetódica de extremado rigor análisis los distintos planos y las correlaciones en que sucede el hecho en sí.

De entre los capítulos destaca por su fiel trasunto sociológico el primero, en que los autores explanan con agilidad y ponderación el debatido problema de la antisocialidad y delincuencia juvenil, no sin antes diseñarnos un cuadro completísimo de las causas críticas por que atraviesa.

He aquí, en resumen, acaso la obra más completa, dentro de las literaturas inglesa, italiana, francesa, alemana y española del vasto tema, tan de rematada actualidad, sobre la delincuencia juvenil pensada y escrito con vigor y altura científicos.

J. DEL R.

HESNAR, Dr. A.: «Psicología del crimen» (trad. de José Ferrer Aleu). Editorial Zeus, Barcelona, 1963; 374 págs.

Bajo este título tan sugestivo se publicó recientemente la obra original que ahora traducida al español acaba de aparecer, editada con elegancia por la editorial Zeus (Cfr. *Psychologie du crime. Au-delà de l'infirmité biologique, sociale et psychiatrique du crime. Connaissance concrète de l'homme criminel en situation. Conceptions compréhensives du crime: clinique, psychanalytique, phénoménologie. Vers une anthropologie criminelle*, cuyo subtítulo ha desaparecido en la edición española).

La obra se compone de tres partes que versan de la insuficiencia y relatividad de los métodos objetivos del conocimiento del hombre criminal; descripción y análisis clínico de las grandes conductas criminales y concepción comprensiva de la criminalidad respectivamente. El temario de cada una de estas partes es por demás sugestivo, si bien la concepción con la que se penetra en el estudio de la problemática y el limitado marco en que se mueve la metódica empleada resta indiscutiblemente interés. Añádase a ello la impropiedad que salta a la vista del empleo de ciertos vocablos y la impresión que da de no haberla traducido un especialista en la materia. En cuanto a la carencia de literatura criminológica al respecto, falta en las citas de la obra la inmensa mayoría de la obras destacadas de criminólogos franceses, italianos, alemanes y anglosajones, puesto que el monografista más psicólogo que criminólogo desconoce propiamente las grandes vertientes operativas del sistema criminológico. Se contrae, fundamentalmente, a la concepción de De Geed, sobre todo, en punto al problema asaz sugestivo del "paso al acto", si bien el autor se cubre a base de estampar en las primeras líneas la frase siguiente: "Este libro no es en modo alguno una obra de criminología, disciplina considerada por lo general como "ciencia del crimen". No expone de esta "ciencia", que es más bien una investigación o una síntesis de investigaciones todavía mal coordinadas más que las condiciones objetivas llamadas científicas del conocimiento del criminal y del acto criminal", con cuyo erróneo enfoque se sitúa el autor a espaldas del pujante pensamiento criminológico contemporáneo, del que hace

gala ante la ausencia completa de las aportaciones de Exner, Seelig, Glueck, Mezger y tantos otros que no son del caso citar.

La metódica a seguir nos la señala en seguida: "su fin hay que buscarlo en otra parte; es una obra que pretende orientar la investigación de la significación del crimen y de la conducta criminal por el *conocimiento concreto y profundo del criminal*. Conocimiento más total y más penetrante que el de la Psicología general, y que apela no solamente a la clínica psicológica corriente o a una psico-patología amplia o especializada, sino que se vale de todo lo que en la época actual, pueden aportar a la Psicología humana normal todas las ciencias (o las artes científicas) encaminadas a la exploración, en tanto se refiera al conocimiento concreto del hombre, llamado a veces antropológica ciencia de las relaciones del ser humano consigo mismo y con el mundo. Disciplinas diversas, actualmente en vías de desarrollo y derivadas principalmente de esos grandes movimientos culturales que son, la Fenomenología y el Psicoanálisis, que entre otras (como por ejemplo, la Sociología), constituyen otros tantos medios de aproximación a la subjetividad humana.

El problema del crimen es uno de los problemas humanos permanentes más trágicamente atractivos, pero también ;ay! más engañosos para todos aquellos... juristas y sabios biólogos, psiquiatras, sociólogos, etc.—, que lo abordan por necesidad social o por afán intelectual de conocimiento práctico del hombre" (págs. 5-6).

El planteamiento del insuficiente aparato psicológico con que se operó en un principio en la ciencia criminológica es correcto e igualmente la finalidad que se persigue con la inquisición, de corte psicológico. ¿No es, ante todo, indispensable conocer la mentalidad, el pensamiento del hombre que se siente atraído por el crimen y no retrocede ante ninguna de las barreras morales que el sentido común imagina colocadas en cada uno de los espíritus para impedir que los hombres atenten contra la vida del prójimo? (pág. 10).

El autor, con una visión elogiosa, capta, en verdad, siguiendo a Lagache, cual sea la actitud psicológica a guardar de cara al delincuente: "De una parte, haya que analizar la clase de relación del sujeto con lo que le rodea, pues no existe personalidad sin "situación". De otra, existen dos conceptos que resumen la estructuración de la personalidad criminal" (pág. 11). Se refiere en primer lugar, a la *Identificación* y la *Socialización*, cuyo par de conceptos clarifican, mediante el desarrollo psicoanalítico del criminal (pág. 12).

La presente aportación al conocimiento del criminal y su mundo, sin estar exenta de sugestión por el esfuerzo que representa en sí, adolece de una serie de fallos de cierta importancia; falta, sobre todo, de maduración del pensamiento expuesto y uso de unos modestos materiales de trabajo que llegan a ser más que modestos.

En cambio es sumamente estimable el logro que se propone alcanzar: "Pero, en último análisis, el conocimiento humano del criminal por el análisis psicológico, no debe tender solamente a describir la conducta de aquél, inserta en el cuadro de su historicidad personal y a describir también, minuciosamente el acto dramático que pone fin a esta biografía existencial: *sino que debe esforzarse en penetrar el sentido (hemos subrayado) de lo que se des-*

prende de esta investigación: sentido del acto mismo, sentido de la mentalidad que lo ha preparado y del curso subjetivo de esta crimino-psicogénesis" (pág. 13)..

J. DEL R.

KASANIN, J. S., y otros: «Lenguaje y pensamiento en la esquizofrenia» (traducción esp. de A. Apter), Editorial Horme, Buenos Aires, 1958; 158 págs.

En el presente volumen se recogen una serie de trabajos cuyo tema central es el estudio de una de las manifestaciones más interesantes de la esquizofrenia: su proyección y alteración del pensamiento y, consecuentemente, del lenguaje. Los trabajos han sido recopilados por el doctor Kasanin, profesor de la Universidad de California. La esquizofrenia ("la enfermedad más desconcertante de la psiquiatría, si es que no de toda la Medicina"), lleva dentro de sí una deteriorización de la vida intelectual y una marcada perturbación de la vida emocional. Sin embargo, el *aspecto formal* de la enfermedad ofrece una serie de datos y síntomas, muy representativos y que pueden aclarar, hasta cierto punto, la incerteza que reina en este tema.

Premisa para un estudio del lenguaje y pensamiento del esquizofrénico es la distinción entre el primero y el segundo: el lenguaje representa las manifestaciones externas del pensamiento y tiene sus propias leyes y objetivos especiales. El pensamiento del esquizofrénico, detallista en extremo, carece de capacidad generalizadora y conceptual, se reduce, pues a una actividad primitiva y elemental que corresponde a la superficialidad y simplicidad de su conducta. Su estado de aislamiento no expresa otra cosa. El pensamiento en el esquizofrénico es paralógico, pero no lógico: llega a conclusiones sobre la base de asociaciones causales de objetos.

La anterior "forma" de pensar y su pétreo aislamiento se refleja fielmente en el lenguaje. Este pierde su función primordial de ser instrumento con el que ponerse en contacto con los demás. El esquizofrénico habla para reforzar su débil sentido de seguridad propia, como el hombre que habla a voces en la oscuridad, tratando de ahogar su ansiedad por el sonido de su propia voz. Desvirtúa, en consecuencia, lo que es el lenguaje y el proceso discursivo que el mismo supone: hace de él un medio de "comunicación" tan individual que indudablemente imposibilita todo entendimiento y la existencia del diálogo. El esquizofrénico pretende seguridad con su lenguaje, cree que se reafirma y no le interesa el *otro*, quien le escucha o lee. Llevará a cabo afirmaciones o negaciones, pero será incapaz de mantener un diálogo, ni razonará sus conclusiones mediante discurso: el lenguaje en esta fundamental dimensión es desconocido por el esquizofrénico. Desde esta consideración debe tenerse en cuenta la frecuencia con que en la vida diaria se presentan individuos con brotes esquizofrénicos, reveladores de una genuina personalidad esquizoide.

Las anteriores reflexiones muestran claramente el desorden formal del pensamiento de estos enfermos, que no responde a un por qué racional y objetivo. La valoración criminológica, desde esta perspectiva, ofrece, sin lugar a dudas, un inmediato interés.

M. C.

LANDECHO, S. J., Carlos María de: «Körperbau, Charakter und Kriminalität: Kriminologische Anwendungsmöglichkeiten der Typologie Kretschmers». Bonn, 1964, L. Röhrscheid Verlag; 261 págs.

Desde el primer año de nuestro magisterio en la cátedra madrileña entablamos contacto con el autor de esta monografía, primero como alumno de la clase y después como colaborador, el cual continúa en los días de hoy. A lo largo de su formación nos hemos dado cuenta de su vocación y estudiosos empeños, amén de sus otras condiciones humanas e intelectuales que no vienen al caso.

La publicación, dentro de la acreditada colección, dirigidas por los profesores von Weber, de Bonn, y Würtenberger, de Freiburg Br. nos llena de gozo puesto que colma con creces el esfuerzo intelectual que ha realizado en torno de un estudio por demás, implicado de problemas, y a los que ha sacado provechoso fruto.

A mi entender, sin que entre en juego nuestro afecto, la actual monografía supera, por su complejidad y material utilizado, los intentos de otros autores, sobre todo, alemanes que se llevaron a cabo, en orden a la tipología Kretschmeriana.

Concreta el ámbito de su estudio a la tipología de delincuentes por presentar, claro está, un mayor interés criminológico y dentro de la criminología alemana. Explica los términos en que limita su extensión, sobre todo, en punto al vocablo, preñado de interpretaciones; me refiero aquí al *tipus*, cuyo alcance recorta, en testimonio de un buen entendimiento del mismo, y temporalmente arranca de Lombroso.

La obra consta de cuatro grandes capítulos, aparte de una introducción en que el autor explica cavilosamente su propósito, meta y metódica empleadas.

El primero de los capítulos está destinado al estudio —realmente exhaustivo— de la tipología de Kretschmer; el segundo, abarca la investigación del delincuente, según la teoría constitucional Kretschmeriana, en el que realiza un trabajo ímprobo de acopio y ordenación de elementos de trabajo; el tercero, es una visión comparativa sobre la investigación constitucional en el delincuente y en el cuarto el monografista nos expone las consecuencias y las tareas futuras (págs. 233-253).

Vale la pena sacar a relucir, siquiera sea, en una recensión, concisamente algunas de las conclusiones valorativas. Por ejemplo: *a*), los tipos de constitución no son diversos entre la población delictiva y la no delincuente, o al menos, no media grandes diferencias; *b*), cómo la peculiaridad de la criminalidad conduce de la mano a tres consideraciones distintas, simbolizadas, la primera en que el peso de la curva criminal recae en los tipos siguientes: Los delitos contra la moralidad se dan, con más frecuencia entre los esquizotímicos y los de la propiedad entre los leptomáticos. En los atléticos predominan los delitos violentos; la forma de perpetración es de suyo de difícil repartición por la gama con que ésta se puede presentar, si bien en una concreta parcela cabe estimar cómo el leptomático es más cuidadoso, el atlético brutal, y el pánico acciona en forma repentina en los delitos de violencia; en cuanto a los motivos aparecen entremezclados en los diferentes tipos. De todo lo cual se deriva la necesidad de un diagnóstico pluridimensional.

No podía faltar como término de la obra presente un capítulo final en que

se planteara la aparente colisión que pudiera aparejar una teoría tipológica del delincuente, en que cabría captar, al menos, lejanamente la postura de que existieran determinados tipos más o menos determinados y, de aquí que plantea la cuestión de la tendencia criminal y el libre arbitrio. Con una óptica mental, digna de elogio, pasa revista a las diversas posturas para adoptar una posición liberearbitrista, como fruto de la experiencia e investigación realizada.

En conclusión, la actual monografía es una contribución valiosa, trabajada con primor y que representa una disciplinación de materiales y de ordenación y valoración de los mismos, con la que se deberá contar, de ahora en adelante, en el estudio de estos problemas. Merece, pues, plácemes de elogio, sin concesión alguna que no sea la verdad. De entre las advertencias que cabría desvelar, entré otras, valgan de ejemplo, la reiteración, a veces machacona, con que se usa en contra del habitual lenguaje jurídico alemán el pronombre en primera persona. A veces llega a transcribirse en renglones seguidos tres o cuatro veces. De otro lado, la omisión completa de la literatura española al respecto.

J. DEL ROSAL

MERGEN, Armand: «Die Wissenschaft vom Verbrechen. Eine Einführung in die Kriminologie». Edición Kriminalistik. Hamburg, 1961; 296 págs.

La presente obra constituye claro exponente del estado actual de los conocimientos criminológicos, que día a día van reafirmandose decididamente como ciencia independiente en el más estricto sentido de la expresión: consiguiendo resultados genuinamente científicos, sin la menor servidumbre metódica.

Mergen ha realizado un estudio valioso, entre otros específicos ya conocidos, por las siguientes consideraciones:

1.—Por la claridad y sencillez con que expresa los distintos problemas, desarrollados en su trabajo y las soluciones que convienen a los mismos. Problemas, por lo demás, fundamentales y de principios, tanto en el orden penal como en el criminológico.

2.—Por la exquisita sistemática utilizada en la estructuración de la obra, presidida en todo momento por un método rigurosamente científico.

3.—Por los inestimables conocimientos que el autor suministra al jurista, tanto en la labor que éste pueda realizar técnicamente como legislativamente.

La Criminología es, sin duda, una ciencia, pero una ciencia *especializada*: el penalista no puede improvisarla. Es cierto que como ciencia del delito es sumamente joven, como reconoce el autor. Pero su juventud no debe inducirle a buscar en antiguos escritores "criminológicos" (?) fundamento y tradición, como en algunas ocasiones pretende. La Criminología se justifica como ciencia hoy sin necesidad de recurrir a la historia de las ideas criminológicas. Su iniciación debe verse, según indica, alrededor de 1870.

Sin embargo, Mergen utiliza, en diferentes ocasiones, literatura francesa e italiana, y en el desarrollo histórico doctrinal se echa de menos alguna alusión a

los autores de habla española, por lo menos en la exposición genuinamente histórica. Sólo una vez, y de pasada, cita a Saldaña y a su conocido pragmatismo. En los autores españoles, como es sabido, y por supuesto en los sudamericanos también, la escuela positiva italiana tuvo en su día influjo, y antes incluso pueden encontrarse precedentes que le hubieran sido de utilidad al autor, cuando menos en la descripción histórica.

A juicio de Mergen la Criminología es una ciencia *real*, lo que dota de cierta superioridad, en el terreno de la concreción, frente a aquellas que no lo son. Su método fundamental, por tanto, aunque no el único, es la inducción empírica. El *delito*, como concepto perteneciente al mundo del valor, es contemplado desde posiciones ético sociales culturales, en suma, desde la perspectiva del deber ser. Sin embargo, no puede ser constatado en un análisis científico natural. En este sentido el delincuente es, pues, según la frase de Durkheim, un cuerpo extraño en el interior de la sociedad, un elemento parasitario.

Con fundamento en esa misma línea de pensamiento, ininterrumpidamente sostenida por Mergen, denuncia la confusión a que conduce el empleo indiscriminado de términos y expresiones, concretamente por los partidarios de la doctrina finalista de la acción. La Criminología, en cuanto ciencia, no tiene nada que hacer con tales conceptos. Se trata de una aceptación apriorística de una serie de categorías y conceptos, que no se encuentran fundados en conocimientos científico naturales.

El objeto de la ciencia del delito es un objeto *real*, y con este esquema debe estudiarse tanto el conocimiento del delito como la lucha contra la delincuencia. Desde este punto de vista, afirma Mergen, el hecho y su autor se presentan como una unidad.

El apartado referente a las relaciones entre el Derecho penal y la Criminología es sumamente interesante, y de nuevo se pone de manifiesto la claridad de pensamiento del autor. Criminología y Derecho penal, este último implícitamente legitimado por los juristas, deben coexistir armónicamente, y también *autónomamente*. Su situación, método y objetos son perfectamente diferenciables y en un cierto sentido pertenecen a mundos diferentes.

Hasta aquí algunas ideas expuestas en la obra anotada, por todos conceptos valiosa y llena de sugerencias para el penalista.

M. C.

MINKOWSKI, E.: «La esquizofrenia. Psicopatología de los esquizoides y de los esquizofrénicos». Trad. esp. de A. H. Rose. Ed. Paidós. Buenos Aires, 1960; pág. 218.

El autor, conocido psiquiatra, discípulo y seguidor de Bleuler, dedicó la presente obra, incrementada con una parte final titulada "perspectivas", al estudio de la esquizofrenia. Su pensamiento, en verdad, complementa el de Bleuler en cuanto da entrada a una serie de revisiones y aportaciones de la moderna psiquiatría. No obstante, afirma Minkowski, que la clínica de la esquizofrenia fue descrita exhaustivamente por su maestro y que, en definitiva, ninguna modificación esencial ha sido agregada después de su exposición, y lo mismo puede decirse

con los límites y características que éste había fijado a la esquizofrenia como enfermedad mental particular (autónoma).

Minkowski lleva a cabo un detenido estudio de los tipos esquizoides y cicloides, señalando las diferencias en su actitud ante la vida y comportamiento, comentando especialmente las tesis de Bleuler, Kretschmer, Delmas y Boll, para después realizar un examen de la perturbación esencial de la esquizofrenia y del pensamiento esquizofrénico.

Especial interés reviste el capítulo destinado a la importancia terapéutica de la noción de esquizofrenia, no sólo por su agudeza y valor polémico, sino por la elegancia y espíritu científico con que contesta las objeciones que la han venido haciendo a la tesis de su maestro Bleuler. Se ha dicho que la dirección de este es producto de la conjugación de dos corrientes: del psicoanálisis, del pansexualismo de Freud, de una parte, y de la fenomenología de Husserl, de otra. A su juicio es equivocada y tendenciosa dicha afirmación: esa generalización sólo ve en la obra de Bleuler lo que quiere ver, pero no lo que en realidad supone objetivamente. Los trabajos de Freud sin duda alguna han ejercido influencia sobre Bleuler: él mismo lo dice en el prefacio de su obra sobre la esquizofrenia. Pero el psicoanálisis, por sí sólo, está lejos de poder agotar la producción científica del eminente psiquiatra de Zurich. En cuanto a la fenomenología, cree poder afirmar que Bleuler desconocía la obra filosófica de Husserl cuando escribía su libro sobre la esquizofrenia. Y, posteriormente, siempre formuló reservas respecto a la aplicación de este método a los fenómenos psicopatológicos. Solamente, entre sus directos discípulos, Binswanger y el propio Minkowski, se ha intentado una aplicación de ese tipo, y textualmente afirma: "¿por qué hacer responsable a nuestro maestro de nuestros procedimientos equivocados, si en realidad son equivocados?".

En la terapéutica de la enfermedad, que continúa sujeta a grandes servidumbres, han proporcionado valiosos resultados los siguientes procedimientos: no aislamiento total de la familia, mediante su internamiento en el sanatorio; terapéutica del trabajo (es uno de los medios que pueden calificarse de imprescindible); salidas precoces; aplicación de medicamentos que rompan la fijeza de las relaciones esquizofrénicas; dentro de ciertos límites, análisis psicológico.

De interés también, y para terminar, el capítulo sexto en el que trata, entre otros temas, de la constitución del epileptoide, caracterizada por su dulzarrona y viscosa efectividad. En este sentido, y en atención a su descarga explosiva, existe una equivalencia con la esquizofrenia y la sintonía: es también bipolar, conoce un polo adhesivo y un polo explosivo.

M. C.

NAVARRETE URIETA, José María: «Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito». Separata de Anales de la Universidad de Valencia, vol. XXXVI, Curso 1962-63, Cuaderno III, Derecho; págs. 61-73.

La elegante y precisa aportación, plena de acuidad de Navarrete merece destacarse, al menos, con esta nota, puesto que el estudio, publicado con ocasión a las bodas de plata del prof. Legaz y Lacambra, entrañan un análisis espectral, ex-

quisitamente desvelado, dentro del juego dialéctico entre elementos racionales e irracionales en la composición completa del delito y en sus caracteres, tales como la acción, la antijuricidad y la culpabilidad y, finalmente, la pena. ¡Qué tema tan sugerente!

El esquema mental con que se acomete tamaña empresa siquiera aquí, se contraiga a un esbozo finamente logrado, es de una pureza dogmática extraordinaria. El pensamiento se balancea siempre, llevado por una justa ponderación que pone el acento ora en el ingrediente racional, otrora en los irracionales, sin preponderancia ni del uno ni del otro. La patología salta apenas se pierda el equilibrio, entre los elementos formativos del concepto jurídico penal: forma, contenido y valor. O cuando el Estado totaliza la vida jurídica, convirtiendo el Derecho en instrumento de poderío y fuerza.

El nacimiento y las grandes razones del positivismo jurídico y de la inexcusable exigencia de una referencia al mundo de lo emocional nos lleva como de la mano a los rasgos del pensamiento penal de los últimos cincuenta años. ¡Lástima que no haya persistido en tamaña empeño el autor de esta agudísima aportación!

La Criminología y el Derecho penal cobran su exacto y matemático rango.

JUAN DEL ROSAL

ROSAL, Juan del: COBO, M.; R. MOURULLO, G., y F. CASTRO, B.: «Código penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios». Madrid, 1964, Imprenta Aguirre; 852 págs.

Si los preceptos jurídicos han de estar inspirados en, e ir encaminados hacia, el logro de los diversos objetivos que persiguen los hombres agrupados formando una determinada colectividad, aparece como ineludible consecuencia el carácter eminentemente práctico del Derecho, cuya efectividad viene frustrada si no se tiene en cuenta, en la construcción del precepto, la realidad social sobre la que ha de actuar, transformándola en realidad jurídica.

De entre las ramas que forman el árbol perenne y siempre renovado del ordenamiento jurídico, es el Derecho penal, en el que se destaca con mayor nitidez este sentido realista de lo normativo. Por eso, tanto en el momento de la formación de las normas penales, como en el de su aplicación al caso concreto, el jurista tiene que mantener presentes y abarcarles, con certera visión, las exigencias que reclaman las realidades de la vida social sobre la cual aquellos preceptos van a cobrar su efectiva vigencia.

Por tanto en el Derecho penal más que en ningún otro sector de la realidad normativa, tiene el jurista que construir sus sistemas y sus métodos desde este ángulo concreto del sentido realista de la utilidad de la norma punitiva, del servicio a unos fines para los cuales viene creada.

La presente publicación de nuestro Código penal, texto revisado de 1963, es una manifestación palpable de la coordinación de la técnica y las exigencias de la vida, constituyendo una clara sistemática científica al servicio de una eminente finalidad práctica.

Por primera vez en España aparece un Código penal con jurisprudencia sis-

tematizada con criterios técnicos y con comentarios, orientados tanto la una como los otros a la mejor comprensión del precepto punitivo, facilitando así su correcta interpretación a la hora de su verificación en la práctica constante de los tribunales. Por eso, esta obra va dirigida de manera especial al profesional del Derecho, quien encontrará en sus páginas un auxiliar insustituible en la diaria labor de adaptación del supuesto legal al caso concreto.

La jurisprudencia, debidamente seleccionada y actualizada, viene ordenada de acuerdo con el esquema seguido en anteriores obras doctrinales, que gira en torno a los pilares desde los que es dable construir la valoración del hecho delictivo, los dos aspectos, objetivo y subjetivo, del injusto penal, sin cuya comprensión y claro deslinde no es posible llevar a cabo un eficiente análisis del delito. El haberse separado la correspondiente a cada párrafo dentro de un mismo artículo, hará más ágil y sencilla la búsqueda del sentido de la norma penal concreta y su adecuación al contenido de hecho y las circunstancias que concurren en el caso cuya resolución se reclama.

Casi todos los artículos afectados en mayor o menor medida por la reforma de 1963, vienen comentados en esta obra con un criterio inspirado en la eficiente labor de comprensión técnica en el análisis de los nuevos tipos penales, de entre los que merecen destacarse los correspondientes a las *lesiones* en los cuales se precisan los matices introducidos por la actual revisión, y de modo especial el problema que suscita la nueva fórmula legal que declara la intrascendencia del consentimiento en estos delitos, al ser referida y contrastada con el conjunto de estos especiales antes delictivos. En los delitos contra la *honestidad* se destacan los comprendidos en el nuevo capítulo VII de los delitos relativos a la prostitución, y dentro del grupo de las defraudaciones, las infracciones relativas al derecho de autor y la propiedad intelectual.

Los comentarios se extienden también a algunos artículos no afectados por la revisión de 1963, en los que se ha considerado fundamental la necesidad de aclarar ciertos extremos del precepto en el cual viene incluido dicho comentario. Merecen especial mención el contenido en el art. 119 en el que se traza en líneas concisas la problemática que los conceptos de "funcionario público" y "autoridad" presentan en la interpretación del referido artículo, señalando las notas características sobre las que ha de elaborarse con sólidas garantías estos conceptos legales, así como los que se incluyen en los artículos relativos al *adulterio*, merecedores de singular elogio por la visión amplia con que vienen enfocados problemas de eminente trascendencia práctica, que son resueltos desde el plano certero y eficiente de la interpretación teleológica. Son dignos de especial consideración los que vienen recogidos en los preceptos relativos a la *sustracción de menores* y el correspondiente a la *omisión del deber de socorro*, que constituyen una avanzada en la posición técnico jurídica con respecto a estas concretas figuras delictivas en el concierto de la teoría general del delito.

Característica de toda manifestación científica y de toda actitud vital en el enfoque de la problemática juridicopenal de la Cátedra de Derecho penal que dirige el Prof. del Rosal, y de la que somos el más modesto de los colaboradores, es ese espíritu amplio de equipo que desde un principio ha venido forjando el sentido dinámico del derecho, tanto en las posiciones científicas como a la hora

de las verificaciones prácticas. La colaboración en equipo es la nota más sobresaliente de la labor desarrollada en el seno de la cátedra, a través de la cual el estudioso del Derecho encuentra la abonada cantera de donde brota el diálogo, sin el cual se hace imposible e ineficaz el llevar soluciones a los problemas humanos. Esta labor de equipo no podía faltar en una obra de las proporciones y ambiciones con que ha sido pensada y llevada a cabo la presente, lo cual viene a confirmar una vez más la eficiencia que porta el aunar los esfuerzos conscientes que movidos por una misma inquietud tratan de llevar las deficiencias con que se tropieza el intérprete de la norma o el científico del derecho ante los problemas jurídicopenales. Las excelencias de este método de trabajo quedan patentizadas en una obra eminentemente práctica como es un código penal, con la más selecta y moderna jurisprudencia, concordado y comentado, en donde ha sido preciso aquilatar con certera visión realista la exposición de su contenido, buscando siempre dar el enfoque más eficaz y de más fácil captación a la hora de su verificación en el encaje del tipo al caso concreto.

La auténtica necesidad de un código penal de esta índole en nuestra patria, constituye una innegable realidad, por lo que esta obra viene a colmar las exigencias que la práctica del derecho reclama. Por eso, su acogida en los medios jurídicos y entre abogados y profesionales del derecho, estamos seguros que tendrá el eco y la repercusión de lo que se espera con verdadera ansia.

La modernidad de la jurisprudencia, expuesta con un lenguaje conciso y siguiendo el criterio técnico que trata de coordinar los aspectos objetivos y subjetivos del delito, el extenso índice analítico que permite, a través de la referencia concreta de cada vocablo al precepto donde viene recogido, una más ágil y eficaz utilización, la cuidada edición, que por su evidente calidad supera a cuantas obras de esta índole se han impreso hasta ahora; todo ello, hace de este código penal una obra única, al reunir los requisitos de practicidad en su manejo propios del auténtico manual de consulta, a la par que dado su contenido, estructurado con las más depurada técnica, será un guía experto en el camino arduo de la investigación al enfrentamiento con el derecho positivo.

Con esta nueva publicación del Código penal español, texto revisado en 1963, que si bien no constituye la lograda meta, sí representa la más fecunda encarnación de un sólido y constante esfuerzo de superación, se abre una actitud inédita, que tratando con la seriedad y el rigor científico que merecen los problemas más inmediatos y acuciantes del derecho positivo, único que tiene verificación real, demuestra palpablemente la verdad de las reflexiones con que hemos comenzado estas líneas, y es, el sentido realista que debe presidir todo el mundo de lo normativo, cuya función primordial es dar solución a las exigencias que reclama la realidad social; puesto que la justicia, en definitiva, el más exigente de los valores, no tiene vigencia aquí abajo si no es útil, si no se pone al servicio de la vida, no para que la familia humana perezca, sino para que ésta viva.

GERARDO LÓPEZ HERNÁNDEZ.

TERUEL CARRALERO, Domingo: «Las faltas». Apéndice. Editorial Bosch. Barcelona, 1963; 31 págs.

El ilustre magistrado y conocido publicista, don Domingo Teruel Carralero, es autor, como es de sobra sabido, de un interesante trabajo que apareció en el año 1956, titulado "Las Faltas", que constituye el auténtico Tratado de las infracciones penales que recoge nuestro Código Penal en el libro III, de extraordinaria utilidad para los profesionales del Derecho.

Al promulgarse el Código Penal vigente, texto revisado de 1963, con importantes modificaciones en este aspecto, al elevar la cuantía de las multas e introducir novedades fundamentales sobre la materia, se hacía preciso poner al día el trabajo en cuestión y ello lo ha resuelto, con todo acierto el autor al publicar este apéndice, con las modificaciones establecidas en el libro III del Código Penal por el Decreto de 28 de marzo de 1963, desarrollando la Ley de Bases, de 23 de diciembre de 1962, para la redacción del "Texto revisado de 1963".

No se limita el presente estudio a reproducir los artículos de dicho libro III, del Código Penal que han sufrido modificaciones. A continuación del texto, se hace un nuevo comentario, con las concordancias legislativas y el examen de la doctrina científica y jurisprudencial, que en este último aspecto, llega hasta las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en fechas recentísimas.

La adaptación de la legislación vigente de toda la materia relativa a "Las Faltas", que es el fin propuesto en este Apéndice, constituye un gran acierto de inestimable interés.

DIEGO MOSQUETE

THORSTEN Sellin: *La criminalité et l'évolution sociale. Extrait de la Revue de Sociologie* número 1/1963. Université libre de Bruxelles.

El conocido profesor de la Universidad de Filadelfia nos hace esbozo, pleno de sugestión, sobre el interesante tema de "criminalidad y evolución social". Especifica el valor de cada uno de los términos empleados para sentar la tesis de los indiscutibles cambios que aparejan las transformaciones sociales con la aparición, debilitación o nacimiento de nuevos entes penales.

Cita a éstos respecto algunos ejemplos en los que se observa las modificaciones padecidas, como por ejemplo, en los delitos contra la Religión, en el suicidio y, sobre todo, aunque de signo contrario, la llamada criminalidad organizada, "uno de los aspectos —según el ilustre criminólogo— más curioso del delito en los Estados Unidos y que no se debe confundir con la criminalidad de los gangs ordinarios"... "El delito organizado es una empresa ilegal que consiste en suministrar bienes o servicios a los consumidores y que rinde de esta guisa así a los dirigentes y los empleados de la empresa —y generalmente los consumidores mismos— posibles sanciones penales. De tales empresas, cuyo fin es hacer el juego, la absorción de licores escapando al control de los impuestos, el favorecimiento de la prostitución", etc., etc.

La pregunta de cómo es posible que funcione tan vasta organización de-

lictiva la contesta el autor, apelando a una obra del conocido periodista de aquel país, Lippmann, del año 1931, con lo que se llega a la conclusión de que la evolución puede favorecer, tanto el nacimiento de instituciones sociales parasitarias cuanto constructivas.

J. DEL R.

VINCIGUERRA, Sergio: «I delitti doganali». (Parte generale). Edición Giuffré. Milano, 1963; 542 págs.

Con el presente y bien elaborado estudio se llena una laguna doctrinal existente en la literatura penal italiana, que había olvidado llevar a cabo una contribución orgánica de tan específicas infracciones delictivas.

El autor parte de la afirmación general de que el Derecho penal tributario es propio y genuino Derecho penal. De aquí, pues, que los principios generales que informan a éste sean susceptibles de aplicación al primero, o al menos, así debieran serlo.

El objeto de su investigación viene precisado, en principio, por la alusión al bien jurídico protegido: son estudiados científicamente aquellos delitos que lesionan los intereses aduaneros del Estado. Intereses que en Italia se protegen por una serie de leyes que confieren a la administración un evidente poder de control. Esta hace uso de él desde el momento que exige un tributo para la introducción en territorio italiano de determinadas mercancías y castiga las transgresiones de los citados preceptos.

El desarrollo del tema está lleno de dificultades, como apunta el autor, y que provienen de distintas consideraciones. Quizá sea la primera y más fuerte la dimanante de la propia legislación: es sumamente arduo orientarse en una legislación tan extensa y ausente de toda coordinación, y que consecuentemente, se presta muy mal a ser reducida sistemáticamente. De otra parte, esas mismas leyes contemplan no sólo tipos penales, sino también disposiciones e instituciones de carácter complementario. De aquí además los inciertos límites que cabe marcar entre el Derecho penal y otras disciplinas que con él se relacionan en este concreto extremo. Y, por último, existen innumerables dificultades técnicas, ya que se comprueba una "imponente interferencia del Derecho tributario" y de la doctrina que le ha estudiado que, por cierto, dice Vinciguerra, ha contribuido muy escasamente a la clasificación y solución de los distintos problemas, que apenas les ha merecido atención profunda, ausente, por tanto, de valor dogmático.

El autor realiza, sin duda, un estudio orgánico y científico, con especial referencia a los delitos de contrabando, sin olvidar aquellas figuras que suponen la simple infracción de deberes económicos y aquellas otras que sólo tienen carácter de contravenciones. En dicha labor, expresamente reconoce Vinciguerra se debe emplear un método propio que recoja los principios y dogmas fundamentales conseguidos en la teoría jurídica del delito. Con ello se evita, según el autor, graves errores metodológicos.

Pudiera pensarse, y Vinciguerra se anticipa a sus posibles contradictores, que la inclusión de Italia en el Mercado Común Europeo resta importancia

y actualidad al tema. En este sentido, no debe olvidarse que aquél, en su desarrollo, significa un progresivo decaer de las limitaciones y servidumbres aduaneras. Sin embargo, a su juicio, debe extraerse una conclusión de lo anterior totalmente opuesta, pues se tiene en cuenta en la redacción del trabajo el reflejo y proyección del tema en los países miembros. De esa suerte se contribuirá a una homogeneización del derecho penal europeo en materia aduanera, y se cooperará a la reconstrucción científica de una de las leyes penales de Europa en esta concreta materia.

M. C.

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Juristenzeitung 1962 y 1963

BOCKELMANN, Paul: «Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten»
(Intervención quirúrgica y consentimiento del lesionado), *Juristenzeitung* 1962; págs. 525-529.

El motivo del artículo es una sentencia de 1962 del T. S. alemán en la que —en contra de la unánime opinión de la doctrina científica— se mantiene la tradicional doctrina jurisprudencial de que toda intervención quirúrgica, aún la llevada a cabo conforme a la *lex artis*, cumple el tipo de las lesiones tanto objetiva como subjetivamente. Para que la conducta no sea antijurídica requiere, por consiguiente, un motivo de justificación, que, normalmente, será el consentimiento del «lesionado». Ahora bien, para que este consentimiento sea válido, el paciente debe ser informado por el médico del peligro real de la operación; ello supone graves decisiones de conciencia para los cirujanos, sobre todo en operaciones de cáncer, pues es claro que el enfermo no dará su consentimiento a una intervención quirúrgica en la que tiene bastantes probabilidades de perecer —y el grado de probabilidad se lo tiene que comunicar el médico para que el consentimiento sea válido— si no se le dice también que sin intervención quirúrgica la muerte es segura.

La novedad de la sentencia del Supremo alemán reside en que, a pesar de que se informó debidamente a los pacientes y de que las operaciones se llevaron a cabo con toda corrección, se niega validez al consentimiento porque no se informó que los operadores no eran médicos, sino estudiantes de Medicina. Bockelmann se opone a esta tesis. Según ella, tampoco sería válido el consentimiento prestado por el enfermo que cree que va a ser operado por un cirujano especialista de pulmón, cuando el que opera es sólo un cirujano general. Análogamente, habría lesiones, aún cuando la operación fuese en éxito, si una eminencia médica extranjera opera a un amigo, sin saber éste que un título extranjero no habilita para ejercer la Medicina en Alemania. Para Bockelmann, en el supuesto de hecho de la sentencia y en los ejemplos mencionados existen meros errores formales que no restan eficacia al consentimiento. Sólo invalidará el consentimiento el error sobre la capacidad técnica —y no sobre la capacidad formal— del operador; pero este no fué el caso en el supuesto de la sentencia, indica el articulista, pues los estudiantes no sólo estaban capacitados técnicamente, sino que, además, efectuaron la operación correctamente.

Tras insistir —adhiriéndose a la doctrina científica dominante— en que no se puede hablar de lesiones cuando la operación se ha efectuado correctamente —tanto si hay consentimiento como si no—, Bockelmann hace unas consideraciones finales sobre la sentencia, y señala que, de todas formas, la conducta de los estudiantes era punible por intrusismo. El Tribunal no tomó en consideración esta posibilidad, quizá, porque en la conducta de los estudiantes concurría un error de Derecho: habían sido autorizados para las operaciones por el jefe de la clínica y creyeron que su actividad no era antijurídica.

STREE, Walter: «Zur Problematik des publizistischen Landesverrats» (Sobre la problemática de la traición periodística). *Juristenzeitung* 1963; páginas 527-532.

El affaire Spiegel, que llevó a una crisis de Gobierno en Alemania, directamente a la caída del Ministro Strauss e indirectamente a la caída de Adenauer, ha hecho que la ciencia juridicopenal alemana volviese sus ojos a los preceptos que castigan la traición en el StGB. (En la nota 4, Stree hace referencia a la literatura jurídica aparecida con motivo del asunto Spiegel).—El artículo de Stree, dedicado al tema, recoge su lección inaugural como catedrático de Münster.

Según el § 99 del StGB, traición es hacer llegar un secreto de Estado a un no autorizado o hacerlo público, poniendo en peligro con ello el bien de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Länder. El secreto de Estado viene definido por la ley como aquellos hechos, objetos, etc., cuyo mantenimiento en secreto frente a un Gobierno extranjero es necesario para el bien de la República Federal o de alguno de sus Länder. En la figura de traición, por consiguiente, no sólo se tipifica la actividad del agente de espionaje que comunica secretos a un Gobierno extranjero, sino también la «traición periodística». En efecto, si un periódico alemán informa sobre hechos que se consideraran secretos de Estado incurre en delito de traición, pues, a pesar de que la información va dirigida a sus lectores, al publicarse en un periódico, llega también al conocimiento de Gobiernos extranjeros.

Ya Radbruch había protestado en los años veinte contra esta equivalencia legal entre espía y periodista. Durante la República de Weimar tales procesos de traición contra periodistas fueron muy frecuentes, alcanzando gran resonancia, sobre todo, el de Carl von Ossietzky. Ossietzky, que dirigía un periódico de la oposición, fué condenado por traición por haber dado a conocer a sus lectores que el ministerio de Transporte —violando compromisos internacionales— dedicaba importantes sumas a la construcción de aviones militares. Ossietzky, mientras cumplía su condena en una prisión hitleriana, fué galardonado con el premio Nobel de la Paz. Con el terror nazista, para el que toda protección del Estado era pequeña, desaparecieron las críticas contra la traición periodística.

La traición periodística vuelve a cobrar actualidad con el asunto Spiegel. Diversos redactores de la revista fueron acusados de traición

por publicar un artículo sobre unas maniobras de la NATO en las que se puso de manifiesto la mala preparación de las tropas atlánticas y, especialmente, del ejército alemán.

Maihofer, señala Stree, ha sido el que ha dirigido más fuertes ataques contra la traición periodística. Para MAIHOFFER, la traición periodística no es posible en ningún caso, pues secreto de Estado es sólo aquello que es preciso mantener en secreto frente a un Gobierno extranjero; ahora bien, lo que el Gobierno extranjero ya conoce no es preciso mantenerlo en secreto, y no siendo posible comprobar nunca con seguridad qué es lo que sabe y qué es lo que no sabe ese Gobierno, toda condena por traición periodística lesionaría el principio *in dubio pro reo* —al presuponerse que el Gobierno extranjero no conocía ya los hechos calificados de secreto—. En el caso del agente de espionaje las circunstancias, señala MAIHOFFER, son bien distintas: la mejor prueba de que el Gobierno extranjero no tenía conocimiento del secreto que el espía le delata, reside precisamente en que la potencia extranjera le ha encargado que lo averigüe. Stree se opone a esta argumentación, pues, escribe, también al espía se le puede encargar averiguar un hecho que su mandante conocía desde hacía tiempo con el solo fin de someterse a una prueba.

Contra la traición periodística se ha argumentado también que su castigo se opone al principio *nullum crimen sine lege*, pues, muchas veces, al ciudadano le será imposible determinar si un determinado hecho es o no secreto de Estado. Incluso las autoridades judiciales tienen que acudir a peritos para esclarecer este punto. STREE no cree tampoco que este razonamiento sea decisivo: el secreto de Estado no es, ni más ni menos, que un elemento normativo del tipo que exige, como todos estos elementos, una valoración por parte del particular.

En opinión de Stree se debe distinguir entre traición a cargo de espías y traición periodística. En la primera, el mero hecho de informar a una nación extranjera fundamenta la existencia del delito. En la segunda, por el contrario, es preciso introducir el principio democrático de que el pueblo, para decidir, debe estar informado. Siempre que la noticia sea importante para la formación de la opinión pública no habrá traición; ni siquiera aunque un Estado extranjero se beneficie de la información. Stree rechaza, sin embargo, la tesis de que el delito de traición periodística debe ser suprimido; opina que en todos aquellos casos en que la información sobre un secreto de Estado no sea precisa para formar la opinión pública de los electores habrá traición. Así, por ejemplo, si el periódico revela un código secreto o informa sobre una operación en preparación contra un círculo de espías extranjeros.

LANG-MINRICHSEN, Dietrich: «Betrachtungen zur sogen. ethischen Indikation der Schwangerschaftsunterbrechung» (Consideraciones sobre la llamada indicación ética de la interrupción del embarazo), *Juristenzeitung* 1963; págs. 721-733.

En los países germánicos, en los anglosajones y en los latinos, con el aborto se protege, en primera línea, indica el articulista, la vida del

concebido pero no nacido; en los países nórdicos y en el bloque comunista, por el contrario, la vida de la madre. En los primeros, el aborto sólo se permite en casos extremos; en los segundos, todo se hace depender de si el aborto es útil o no para la vida de la madre.

La indicación ética —aborto cuando la madre ha sido objeto de un delito contra la honestidad que ha originado el embarazo— no excluye el delito en el Derecho alemán vigente: no hay ni legítima defensa —aunque así lo admitiese en un caso la Audiencia de Flensburg—, ni estado de necesidad, ni son tampoco aplicables los principios de la evaluación de bienes o de la no exigibilidad. El aborto sólo estaría justificado si en un caso de indicación ética concudiese también la indicación médica; es decir: si hubiera peligro de que la mujer cometiese suicidio o de que falleciese a consecuencia del embarazo o del parto.

El problema de la indicación ética se hizo agudo en Alemania en 1945 a consecuencia de las violaciones de mujeres alemanas por soldados de las fuerzas de ocupación. En la práctica los delitos de aborto con indicación ética no fueron perseguidos. En Baviera, incluso, los fiscales recibieron instrucciones expresas en este sentido. En la República Democrática Alemana (comunista), varios Länder reconocieron legalmente la indicación ética; estas leyes fueron derogadas en 1950.

El articulista se ocupa a continuación del problema de la indicación ética en Derecho comparado. Argentina, indica, fué el primer país que la admitió en 1921. En la Unión Soviética la legislación sobre el aborto ha sido fluctuante. Actualmente el aborto sólo está prohibido cuando lo realizan personas que no sean médicos o cuando se pone en peligro la vida de la madre. LANG-HYNRICHSEN, sin embargo, duda que en la práctica sea posible a cualquier ciudadana soviética abortar impunemente. La indicación ética está admitida en Suecia, Dinamarca, Islandia, Finlandia y Polonia. Refiriéndose a España e Italia, dice que la opinión científica está dividida. Fuera de Europa es impune el aborto por indicación ética en Argentina, Brasil, Cuba, Uruguay, Méjico, Ecuador y Japón.

En Alemania, el Proyecto de 1960 declaraba expresamente impune la interrupción del embarazo por indicación ética en su § 160. El Comité Jurídico del Bundesrat se mostró de acuerdo con esta disposición, pero no el Pleno. En el Proyecto de 1962 el precepto ha sido suprimido. En la Gran Comisión hubo 14 votos a favor del reconocimiento de la indicación ética, cinco en contra y dos abstenciones. Las Comisiones de Derecho penal de la Asociación Alemana de Magistrados y de las Cámaras Alemanas de Abogados se declararon también a favor; pero en el Pleno del Comité de Magistrados fué rechazado el aborto por indicación ética por 701 votos contra 650. Las jerarquías católicas alemanas se muestran decididamente en contra de la indicación ética. Por el contrario, la Iglesia luterana está dividida; abundan, ciertamente, los que rechazan tal indicación, pero hay opiniones a favor del peso de las de los catedráticos protestantes Beckmann y Thielicke. Por lo que se refiere a las opiniones médicas, condena el aborto por indicación ética la Sociedad Alemana de Psiquiatría y Terapéutica Mental y lo defiende la Federación

Alemana de Mujeres Médicos; la opinión está dividida en la Sociedad Alemana de Medicina Social y Legal, en la Sociedad de Psicoterapia y Psicología Profunda y en la Sociedad Alemana de Ginecología.

Entre los juristas destacan las opiniones de EB. SCHMIDT en contra, y de STAMMBERGER —ex-Ministro de Justicia federal—, SCHWARZHAUP —Ministro federal de Familia— y V. NOTTBECK —Ministro de Justicia de la Baja Sajonia— a favor.

LANG-HINRICHSSEN rechaza la impunidad del aborto en base a esta indicación. Existe, dice, el peligro de graves abusos; ya que la prueba del delito contra la honestidad ha de hacerse en breve espacio de tiempo, debido a que, por el peligro que para la vida de la madre representaría una intervención posterior, el aborto ha de verificarse durante las primeras doce semanas. El proyecto de 1960 exigía sólo motivos racionales —y no seguridad— de que la mujer había quedado embarazada a consecuencia de un delito contra la honestidad. En los países en los que se ha tolerado la interrupción del embarazo por indicación ética, continúa argumentando el articulista, las experiencias no han sido muy favorables; en Suecia, añade, la autorización de los abortos legales ha hecho aumentar el número de los ilegales; ello es debido a que las mujeres prefieren no someterse al procedimiento que ha de decidir sobre la autorización, ante el temor de que su solicitud sea rechazada. El articulista continúa desarrollando su tesis alegando que, a pesar de la intervención de un médico en el aborto, los peligros para la salud física y psíquica de la madre siguen siendo considerables; además, escribe, se obliga a la madre a tomar una decisión casi inmediata —antes de las doce semanas— en un momento en que aún está bajo el impacto emocional del delirio contra la honestidad del que ella ha sido sujeto pasivo. Finalmente, dice LANG-HINRICHSSEN, en los países germánicos, donde en primera línea figura la protección a la vida del concebido pero no nacido, el reconocimiento de la indicación ética sería antitradicional.

LANG-HINRICHSSEN propone, sin embargo, para librar a la madre de la carga emocional del embarazo y para reconocerla —en una cierta medida— su derecho a determinar si quiere ser madre o no, que sea posible, a solicitud de la embarazada, destruir todo vínculo jurídico con la criatura. A petición suya, la madre podría dejarlo de ser en sentido jurídico, encargándose el Estado del mantenimiento y educación del niño.

ENRIQUE GIMBERNAT

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Volumen 75 (1963), fascículo 2

El fascículo comienza con una nota necrológica de WAIDER en memoria del profesor Werner Niese, fallecido el 9 de mayo de 1963.

SCHMITT, Rudolf: «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht (El concurso en el Derecho vigente y en el futuro).

En este fascículo concluye SCHMITT el artículo —dedicado, por cierto, a la memoria de Niese— que había iniciado en el fascículo 1. El artículo, que es al mismo tiempo una recensión del escrito de habilitación de GEERDS dedicado al concurso de delitos, consta de una primera parte dedicada al estudio del derecho vigente y de una segunda que se ocupa del problema a la luz del Proyecto del Código penal para Alemania de 1962.

En el Proyecto, como en el Derecho vigente, la ley no da ningún criterio para determinar cuándo hay unidad y cuándo pluralidad de acciones. A pesar de que esto es fundamental para decidir si hay concurso de leyes o ideal (una acción) o real (varias acciones), SCHMITT no estima criticable el silencio de la ley; pues, escribe, actualmente es frecuente que, a pesar de que el sujeto ha realizado varias acciones, se considere, mediante una ficción jurídica, que ha sido una sola la acción ejecutada (ejemplos: delito continuado, unidad natural de acción).

El Proyecto coincide también con el Derecho vigente en no regular ni el concurso de leyes ni el delito continuado; esto último lo aprueba SCHMITT sin reservas, ya que, en su opinión, el delito continuado es una peligrosa creación jurisprudencial que debería desaparecer.

El articulista termina su trabajo proponiendo de *lege ferenda* que se supriman las diferencias existentes entre la penalidad del concurso ideal y la del real.

WAIDER, Heribert: «Bemerkungen zum Naturbegriff und zur Lehre von den Ehezwecken im Anschluss an die Entscheidung BGHSt 16, S. 175 ff.» (Observaciones sobre el concepto natural y sobre la teoría de los fines del matrimonio en referencia a la sentencia del Tribunal Supremo Federal 16, págs. 175 y sgs.).

El artículo está motivado por una sentencia del TS alemán sobre el concepto del yacimiento, en la que se niega que el concepto juridicopenal esté supeditado al médico. Pero este punto de arranque es lo único del artículo que está en relación con el Derecho penal, ya que el verdadero objeto del estudio de WAIDER es la teoría de los fines del matrimonio desde el punto de vista de la Iglesia católica. El artículo, por consiguiente, ofrece interés sólo para los canonistas.

MANN, Dietrich y Ulrich: «Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung» (Firmeza material y acción continuada).

El trabajo de los Doctores Mann se ocupa del problema planteado por la firmeza material de una sentencia recaída sobre un delito continuado, cuando después de dictada se descubren nuevas acciones integrantes del delito continuado. Si se condenó por un delito continuado que constaba de 48 acciones parciales y, una vez dictada sentencia, se descubren otras dos, el problema, escriben los autores, no es demasiado grave. Lo grave es si sucede lo contrario: se condenó por dos acciones parciales y después salen a la luz 48 más. Si el delito continuado es un «hecho» en sentido procesal, queda excluido, por la fuerza de la cosa juzgada, un nuevo juicio sobre esas 48 acciones parciales.

Oponiéndose a esta insatisfactoria conclusión, los autores presentan la siguiente tesis: «hecho», en sentido procesal, no equivale a acción, en sentido material, ni, por consiguiente, a acción continuada. «Hecho» para el Derecho procesal es todo aquel comportamiento que se presenta, considerado desde un punto de vista natural, como algo unitario: la acción continuada, por el contrario, no es más que una ficción jurídica en la que la unidad de la acción se establece artificialmente. La acción continuada no es un «hecho»; «hecho» son, más bien, los actos individuales de los que consta la acción continuada. Por ello, si después de la sentencia se descubren otros actos integrantes del delito continuado nada se opone a un segundo proceso, pues esos nuevos delitos descubiertos no pueden considerarse, procesalmente como «hechos ya juzgados».

La sección de crítica de libros, a cargo del profesor Warda, está dedicada a obras de la Parte Especial.

En la sección de Derecho comparado figura un artículo de carácter informativo de HEINZ MATTES sobre el Proyecto Soler, bien conocido ya de nuestros lectores por el artículo del profesor RODRÍGUEZ DEVESA en este ANUARIO (cfr. tomo XIII (1960), págs. 359 y sgs.).

E. G. O.

ARGENTINA

Derecho Penal y Criminología

Volumen I (1961)

El Instituto de Derecho Penal y Criminología, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de Buenos Aires, que dirige el profesor Jiménez de Asúa, ha dado comienzo a la publicación de esta Revista, que puede ser continuación del Anuario, que, bajo la dirección del Profesor Molinario, se publicó en los años 1949, 1952 y 1953, en época correspondiente a diferente situación política, pero que ahora tiene el carácter de auténtica revista, al preocuparse no sólo de la aportación doctrinal, propiamente dicha, sino también de recoger las senten-

cias de los tribunales y la bibliografía de nuestra especialidad, tanto en libros como en revistas.

En la distribución de las materias sigue un sistema parecido al de nuestro ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, lo que nos congratula extraordinariamente, al establecer las siguientes secciones: I, Sección de Doctrina; II, Sección de Legislación; III, Sección de Jurisprudencia Argentina; IV, Sección de Bibliografía; V, Sección de Revista de Revistas; VI, Sección de Noticias.

Si a esto añadimos que dedica un gran espacio al examen de recientes trabajos penales de nuestra Patria, y que al referirse a nuestra revista—como ya se ha dicho en el número anterior—se expresa literalmente que «este ANUARIO es una de las mejores publicaciones periódicas del mundo, en cuanto a nuestra materia se refiere, especialmente por la completísima Revista de Libros y Revista de Revistas que en cada fascículo se incluye», no hará falta decir hasta que punto hemos visto con satisfacción esta publicación hermana.

La Sección doctrinal está dedicada íntegramente a un sugestivo tema: La Victimología. En los tres trabajos siguientes: «La llamada Victimología», por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA; «La Victimología en el ámbito penal militar», por MARCELO A. LICHTSCHHEIN MOHOR; «La víctima en la estafa», por WALTER RAUL SEMPETEGUI.

Recuerda el profesor Jiménez de Asúa, en su magnífico estudio, que en el año 1948, Von Henting, explicó, en tres Universidades de los Estados Unidos, varios cursos, publicando, como consecuencia, el segundo volumen de su Criminología que quedó inacabada, y que en el mismo se hacía referencia a *El delincuente y su víctima*, apareciendo entonces la consideración de la víctima como un factor en la delincuencia, formándose una especie de *pareja penal*, aunque antagónica a menudo, y sólo en ciertos casos coadyuvante.

El doctor Mendelsohn se ocupó del tema de la Victimología, como ciencia diferente de la Criminología, creyendo exageradamente—al decir del autor del trabajo anotamos—que había descubierto esta nueva ciencia, con lo que parece desconocer el libro de Henting. Mendelsohn la define así: «La Victimología no es un fragmento de la Criminología, sino una ciencia paralela a la Criminología. La Criminología se ocupa del criminal; la Victimología tendrá como sujeto al factor opuesto de la *pareja penal*: la víctima. Son dos ciencias autónomas que forman parte del mundo bio-psíquico-jurídico, sobre todo porque la víctima—lo mismo que el infractor—presenta predisposiciones biológicas, psicológicas y sociales más o menos acentuadas, de que se aprovecha frecuentemente el infractor».

Aborda Jiménez de Asúa la clasificación de las víctimas, distinguiendo las indiferentes y las determinadas. El que sale a la calle con el objeto de atracar a cualquiera, al primer transeunte, para el que la víctima es indiferente, es distinto que el hombre que mata a la mujer que le ha sido infiel, en el que la víctima es determinada, concreta. Hay también víctimas resistentes y víctimas coadyuvantes.

A continuación examina el problema, con todo detalle, en párrafos separados, que llevan los siguientes epígrafes: El Delito de Homicidio; El

Tiranicidio; Homicidios justicieros; Atormentador-atormentado; Homicidios pasionales; El duelo y la riña; Homicidio consentido y suicidio; Muertes y lesiones en accidentes causados por otro; La víctima en los delitos sexuales; Los delitos contra la propiedad; La estafa y la víctima. Se llega, por fin, al examen de la «pareja penal», que es una pareja armónica, una pareja contrapuesta (delincuente-víctima) correlativa a la «pareja delincuente», de Sighele, en la que hay coadyuvancia plena y una armonía delictiva, puesto que se unen dos para realizar un crimen.

El problema del estudio de la víctima es importante, pero no se puede llegar a la exageración de querer hacer del mismo una ciencia nueva, independiente de la Criminología y del Derecho penal, con el título de Victimología o Victimología. «El asunto no consiste en crear una nueva ciencia, sino en poner varias a contribución para esclarecer el papel de la víctima de los delitos».

* * *

El segundo trabajo sobre el mismo tema lleva como título: «La Victimología en el ámbito penal militar», del que es autor Marcelo A. Lichtschein Mohor, que examina el problema dentro de la esfera castrense, aunque siguiendo las orientaciones del anterior trabajo, recordando la frase de Napoleón de que «el Derecho Penal militar no es más que el Derecho Penal común con gorro cuartelero». Hace a continuación un estudio legislativo del problema, especialmente dentro del Código de Justicia Militar, en el título que hace referencia a los delitos Contra la Disciplina, que comprende las figuras de Vías de hecho contra el Superior, Irrespetuosidad, Insubordinación, Insultos a centinelas, salvaguardias o fuerza armada, Desobediencia, Motín, Sublevación, Actividades políticas o subversivas, para hacer después el examen de los problemas doctrinales que la cuestión plantea, aun reconociendo las dificultades que entraña por la falta de todo, antecedente doctrinal y jurisprudencial sobre esta materia concreta de la Victimología.

* * *

Completa esta Sección doctrinal, como tercer trabajo sobre el mismo tema, el titulado: «La Víctima en la estafa», que escribe Walter Raul Sempertegui, en el que se hace una curiosa clasificación de las víctimas de este delito, en tres grupos; a) Las incapaces; b) Las culpables; c) Las víctimas delincuentes. En este último aspecto, en el que la víctima es coadyuvante, dentro de los delitos contra la propiedad, puede comprenderse la forma de estafa que en España se designa como «timo del entierro», en la Argentina como «cuento de tío», y en México con el de «el pacazo».

* * *

La Sección de Legislación comprende dos apartados, dedicado el primero, naturalmente, a la legislación argentina, y el segundo a la extranjera, que es nutridísima, al referirse a los siguientes países: España, Chile, Colombia, Venezuela, Costa Rica, El Salvador, México, Bélgica, Ale-

mania, Suecia, Rusia, Yugoslavia, Bulgaria, Checoslovaquia, Rumanía, Polonia, Escocia y Japón.

Contiene fallos, seleccionados entre los más importantes, de la jurisprudencia argentina, transcribiendo íntegramente las Sentencias de la Cámara en Pleno.

Es amplísima la Sección de Bibliografía, en la que se da cuenta de todas las publicaciones importantes sobre la ciencia penal; y lo mismo la REVISTA DE REVISTAS, que comprende las argentinas, iberoamericanas, españolas, italianas, alemanas, francesas y nórdicas.

En resumen, se trata de una publicación interesantísima, a la que deseamos, para bien de los estudiosos del Derecho penal, una larga vida, y ya ansiamos que lleguen a nosotros los próximos números de esta Revista. Nuestro juicio crítico es totalmente laudatorio. Únicamente podríamos señalarle un reparo cual es la innecesaria expresión de tipo político que se emplea al comentar nuestra Ley de Vagos y Maleantes.

DIEGO MOSQUETE

FRANCIA

Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Julio-septiembre 1963

HIVERT, Docteur P. E. «De l'annexe psychiatrique au centre de criminologie «clínica»; págs. 432 a 437.

El autor empieza recordando su experiencia de dos años de Director del anexo psiquiátrico de la Santé, prisión de 3.500 a 4.000 detenidos con unas 15.000 entradas anuales, y una población extremadamente frágil desde el punto de vista mental, que sufre quizá por primera vez el ambiente traumatizante de la prisión y que muestra a los ojos del psiquiatra perturbaciones mentales de todo orden aún por ellos mismos desconocidas.

La acción de un servicio de higiene mental, en una prisión, no se termina con el tratamiento de las enfermedades mentales que pueden presentar los detenidos. El equipo médico-psicológico debe promover todos los medios susceptibles de conservar o mejorar la salud mental de los detenidos. El psiquiatra debe pensar en el problema de sus relaciones humanas en todos los niveles, debe animar todas las técnicas, tomar todas las medidas capaces de ayudar la comprensión recíproca, acercándose a los detenidos por el diálogo abierto, en el que cualquiera de ellos puede intervenir.

Una labor útil saldría de la colaboración con los otros médicos, con los asistentes sociales, con las autoridades judiciales, con los funcionarios de la prisión, saldrían de su aislamiento penitenciario y buscaría la solución de estos problemas en el encuentro con otras disciplinas criminológicas, psicológicas, sociológicas y jurídicas diferentes, adquiriendo

un nivel de desarrollo por la perfección de su equipo y dejar paso los anexos psiquiátricos-penitenciarios, a los Centros de Criminología Clínica.

* * *

Las crónicas extranjeras de este número son la belga a cargo de J. Dupree, en la que da cuenta de la puesta en vigor en aquel país, el 1 de marzo de 1963, de los arrestos de fin de semana, de las doce del sábado a las seis del lunes, para los condenados a penas no superiores a un mes y de la semidetención, salida diaria a trabajar o estudiar por el tiempo estrictamente necesario y permanencia en la prisión, el restante para los condenados a penas que no excedan de tres meses, y la filandesa a cargo de V. Soime, que analiza el movimiento de reclusos en su país durante el segundo semestre de 1961 y hace una especial referencia a los Tribunales de Prisión que son los que acuerdan el aislamiento en establecimientos de seguridad de los que ya en prisión resultan peligrosos.

* * *

El extracto de las sesiones de la Société Générale des Prisons se extiende a las del 2 de febrero de 1963 sobre Introducción al estudio de la Psicoterapia de Grupo como posible tratamiento de los delincuentes y a la del 23 del mes siguiente sobre Defensa de la familia contra la prostitución y el prosenetismo, así como a la tenida a continuación de la anterior sobre los arrestos domiciliarios como sustitutivos de las penas cortas de privación de libertad.

(Págs. 749 a 753. Número octubre-diciembre 1963.)

Nuevamente corre la crónica de criminología clínica, constituida por un artículo, a cargo de BADONNEL DOCTEUR —Etats deprestit redoctiens— dedicado al estudio de los estados deprestitos tan frecuentes en las prisiones y que pueden llevar al suicidio exponiendo diversos casos de mujeres que los intentaron tanto en la prisión y en las comisarías como en libertad, estudiando las causas de esta tendencia.

* * *

De crónicas extranjeras sólo la noruega a cargo de J. Halvorsen, Director General de la Administración Penitenciaria de aquel país, en la que da cuenta de la puesta en vigor de un nuevo reglamento de prisiones, de la aprobación de un plan para el mejor aprovechamiento de los edificios penitenciarios, del aumento de los condenados en aquel país, y de dos proyectos de ley, uno respecto al tratamiento de los jóvenes delincuentes, y otro sobre los delitos cometidos bajo el imperio del alcohol.

* * *

Sólo un extracto de lo tratado, sesión de 18 de mayo de 1963, por la Société Générale des Prisons dedicada a la continuación del estudio de

la ponencia sobre la psicoterapia de grupo como método del tratamiento del delincuente.

Domingo TERUEL CARRALERO.

Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé

Número 4. Octubre-diciembre. París, 1963; págs. 683-956

CHAVANNE, Albert «Le droit pénal des sociétés et le droit pénal général».

El anterior estudio fué presentado a las Jornadas de la Asociación Henri Capitant de Rio de Janeiro (julio 1963).

El autor plantea la cuestión, de gran actualidad, del Derecho penal de las sociedades, dentro de la temática general del llamado Derecho penal económico, que ocupa, en realidad, la atención de numerosos especialistas, que han verificado rigurosos trabajos de investigación. Para algunos de ellos, sobre todo los provenientes del campo del Derecho privado, la dureza sancionatoria del Derecho penal, les inclina a pensar, en sentido peyorativo, que el Derecho de sociedades es simplemente represivo. Para Chavanne, la citada afirmación es cierta, pero tan solo en parte, no siendo susceptible de generalización. Es verdad, que las sanciones *civiles* pueden ser suficientes en esta materia, cuando discurre entre comerciantes, gentes por definición advertidas de los peligros corridos y preparadas para su defensa. Este punto de vista es exacto por lo que a la vida mercantil ordinaria se refiere, en la que se encuentran los comerciantes en una concurrencia en pie de igualdad. Sin embargo, no puede sostenerse en el derecho de sociedades que aquí interesa. La sociedad, en este sentido, es un «maravilloso» instrumento para realizar estafas y otros atentados contra la propiedad. Los accionistas, fundadores, gerentes, o administradores, no se encuentran a un mismo nivel de igualdad: los primeros están prácticamente en manos de los últimos. Se presentan así problemas de índole *social* que ineludiblemente exigen una intervención del legislador. El interés y protección del ahorro representa, sin duda, un interés en la defensa de la economía nacional, y ello conduce inevitablemente a que se desarrolle un derecho de las sociedades, o por mejor decir, un derecho *penal* de las sociedades con cierta autonomía.

El autor, a continuación, enumera las distintas características y rasgos de ese derecho penal de las sociedades, en atención a las diferentes infracciones que con frecuencia se presentan y a los requisitos procesales que engendra su persecución.

BAVCON, Ljubo «Les délits involontaires au point de vue de la responsabilité pénale».

Se reproduce aquí la comunicación presentada a las Séptimas Jornadas Jurídicas franco-yugoslavas, celebradas en Tolosa-Burdéos-París, del 13 al 18 de mayo de 1963.

Comienza Bavcon señalando la urgencia y necesidad de revisar las cuestiones que ofrecen los delitos cometidos por imprudencia: el progreso técnico, indudablemente, ha aumentado el número de actividades que implican un riesgo para los más cotizados valores sociales. En este sentido, el autor afirma expresamente que el Derecho penal es, en definitiva, el medio de protección de los valores sociales.

Todavía se sigue empleando en Francia la expresión «delitos involuntarios» o «infracciones involuntarias», que no deja de ser un contrasentido. Carece de base conservar una terminología contradictoria e inadecuada. Correctamente Bavcon, —que demuestra a lo largo del artículo su formación jurídica y dogmática—, afirma que en modo alguno utilizará la denominación de «infracción involuntaria» por la sencillez y evidente razón de que también en los delitos cometidos por imprudencia, participa la voluntad, aunque ella no se encuentre orientada hacia la realización de un resultado delictuoso. Debe, pues, reconducirse la impropia terminología de «delitos involuntarios» a delitos por imprudencia, y ésta, a su vez, a la culpa en cuanto es una forma de la culpabilidad.

Planteado así el tema, el autor lo estudia desde cuatro perspectivas: 1. Ideas concernientes al problema de la responsabilidad penal.—2. Posición de los delitos cometidos por imprudencia en Derecho penal. Y con fundamento en el juego represión o prevención y responsabilidad objetiva o subjetiva, cree que una represión penal más severa, puede aportar mejores resultados en orden a la prevención de tales delitos, y de forma especial, en referencia con los cometidos en el tráfico rodado y accidentes del trabajo.—3. La imprudencia como forma de la culpabilidad, en su doble proyección de consciente e inconsciente. De interés a este respecto el problema que suscita, relacionado con el principio de legalidad en Derecho penal, sobre si es necesario o no una definición legal de imprudencia, contestando que, en última instancia, se trata de una cuestión de interpretación de los distintos elementos y notas que la componen.—4. Algunas ideas sobre las sanciones en delitos cometidos por imprudencia, y en donde se refiere a las distintas medidas encaminadas a la prevención de estos delitos y a la jerarquía de las sanciones que deben aplicarse.

COSTA, Jean-Louis: «Les infractions involontaires du point de vue de la responsabilité pénale en France».

Se trata, igualmente, de un trabajo presentado a las Séptimas Jornadas jurídicas franco-yugoslavas.

El autor no pretende verificar un estudio doctrinal, sino que se limita a sugerir ciertas reflexiones a la vista de la legislación y jurisprudencia francesas. De esa suerte estima que, en ese derecho positivo, el elemento intencional presenta seria disparidad y notable incertidumbre. Se detiene también en la exposición de las tendencias actuales en materia de «infracción involuntaria», que pueden resumirse en tres grupos: 1. Severidad en la

represión.—2. Multiplicación de «infracciones obstáculos» y medidas preventivas.—3. Cuestiones referentes a los daños ocasionados y su evaluación.

Termina el artículo con unas consideraciones finales sobre la explicación criminalística de la «infracción involuntaria».

* * *

El presente número consta, además de la sección doctrinal ya resumida, de las siguientes:

a) *Varietés*: Se recogen comunicaciones presentadas a la Undécima Jornada de Defensa Social, con el tema «Les rapports du juge pénal et du médecin expert», elaboradas por M. Rolland, M. Larocque, A. Lamachè, P. H. Davost, P. Bouzat.

b) *Chroniques*: a) De jurisprudencia, a cargo de A. Legal, L. Huguency, P. Bouzat y J. Robert. b) Legislativa, por P. Arpaillange, y R. Vouin. c) Penitenciaria, que recoge el texto íntegro de la comunicación presentada por M. Schmelk a la sesión anual del Consejo Superior de la Administración penitenciaria. d) De criminología, por Jean Pinatel, titulada «Les données sociologiques et statistiques récentes en criminologie de langue française». e) De policía, por Jean Susini, sobre «Réflexions policières sur un Congrès de Criminologie» (se refiere al IV Congreso Francés de Criminología, que desarrolló el tema «tratamiento individual del delincuente», y también además de la crónica de Herzog, un trabajo extenso en torno a la defensa social a cargo de Ivonne Marx, sobre el tema ya recogido en el apartado a) de esta nota.

c) Consta, asimismo, de las secciones referidas a información y reseñas bibliográficas.

Manuel Cobo.

ITALIA

La Scuola Positiva (Rivista di Criminologia e Diritto criminale)

Fascículo I, 1964

SANTORO, Arturo: «Penalisti italiani: Giulio Battaglini tradizionalista per accettazione»; págs. 3-11.

El primer artículo de este número se dedica al fallecido profesor Battaglini. Tiene especial y significativo interés que sea Santoro quien escribe en su memoria, dado que pertenece a una corriente muy distinta a la que Battaglini propugnaba. El propio autor lo hace constar expresamente.

Con verdadera nostalgia alude Santoro a la época y generación a la que pertenecía Battaglini, y a la falta de continuadores de su obra y pensamiento. Battaglini, solitario, y movido siempre por la ciencia y la verdad, no tuvo las compensaciones académicas que le eran debidas y que hubieran podido alegrar sus últimos años, o al menos, hacerlos menos penosos. A

juicio de Santoro, uno de los mayores méritos del antiguo profesor de Bari, ha sido que, en todo momento, permaneció auténtica y consecuentemente de acuerdo con su actitud metódica: «Se mantuvo alejado de los postulados de una pseudo-filosofía y de las notas extravagantes que contradicen la limpia coherencia del método jurídico. Battaglini quiere y sabe ser jurista puro, fiel a las premisas metodológicas».

Destaca, igualmente, su amplio criterio sobre las llamadas «ciencias auxiliares» —de las que debe aprender mucho el Derecho penal, según decía Battaglini—, así como su actitud ante la pena y la punibilidad. Como es sabido, por exigencias del Derecho positivo italiano, esta última sustituye en la estructura general del delito, concebida por el autor en su «Manual», a la antijuricidad, y al valor funcional que a la misma se le ha asignado.

Tampoco olvida la gran aportación de Battaglini al campo del Derecho procesal penal. Su obra sobre la querrela (última edición en 1958) constituye, sin lugar a dudas, la aportación más lograda de los últimos tiempos, así como la más coherente y completa.

JESCHEK, Hans-Heinrich: «Le basi ideologiche e politiche del progetto per un nuovo Codice penale germanico»; págs. 11-26.

Constituye el anterior trabajo la traducción italiana de la conferencia publicada en la *Zeitschrift*, y de la que se dio ya noticia en las páginas de esta Revista (Vid. ADPCP, fasc. III, 1963, págs. 837-838).

CURATOLA, Pasquale: «Intorno alla validità dei limiti penali del diritto di sciopero»; págs. 26-53.

Con el presente estudio se verifica un examen completo, desde la perspectiva penal-laboral, del derecho a la huelga, por supuesto dentro del Derecho positivo y jurisprudencia de Italia. De forma especial, el autor centra su atención en los siguientes puntos: En primer lugar examina los aspectos que pueden ser calificados de no constitucionales de los artículos 330, 504 y 505 del Código penal, así como la posibilidad de acogerse a la eximente del artículo 51 del mismo Código. A continuación lleva a cabo una crítica de la actitud jurisprudencial en torno a la declaración de constitucionalidad de los anteriores preceptos. Por último, se estudian los distantes problemas que la cuestión ofrece, y que pueden concretarse en tres aspectos: 1. El concepto de huelga en el terreno económico, su extensión, y el fundamento jurídico de sus límites en el sistema legislativo vigente.—2. El poder del legislador ordinario de limitar el derecho a la huelga.—3. La acomodación del derecho de huelga en caso de ausencia de leyes que regule su ejercicio.

La opinión del autor es favorable a las conclusiones aprobadas por el Consejo Nacional de Economía y del Trabajo, en la Asamblea del 20 de junio de 1960, y que puede resumirse así: a) Limitación de la actuación legislativa del artículo 40 al ejercicio del derecho a la huelga en las controversias para la formación y modificación de la disciplina colectiva de las

relaciones de trabajo. b) Obligación de ensayar, de parte del Sindicato, una tentativa de conciliación antes de recurrir a la huelga. c) Reafirmación de que titulares del derecho son todos los trabajadores, excluidos los magistrados y los pertenecientes a la Policía y fuerzas armadas.

FERRACUTI, Franco: «*Il ruolo della difesa sociale nelle Nazioni Unite*»; páginas 53-73.

Se trata de un trabajo eminentemente descriptivo, y en el que se hacen constar las actividades de las Naciones Unidas en el campo de la defensa social, y se analizan las áreas de trabajo y los específicos programas en tales sectores, con el fin de examinar los principios generales que las han inspirado.

Dichas actividades pueden concretarse de la siguiente manera: 1. Desarrollo de una política penal internacional, con un programa de trabajo y finalidad social.—2. Guiar la coordinación de la anterior actividad en el terreno internacional.—3. Contribuir con asistencia técnica para hacer más eficaz la citada política.—4. Divulgar informaciones sobre la defensa social.—5. Establecer y hacer funcionar una organización técnica y administrativa adecuada a la realización de las anteriores premisas.

Contiene también el estudio, un elenco de los documentos y de las publicaciones de las Naciones Unidas y de las agencias especializadas sobre la prevención del delito y sobre el tratamiento de los delincuentes.

* * *

En la sección doctrinal se publican también tres breves notas tituladas «*Ancora sul pericolo di vita*», de De Bernardi, «*Riflessi psichiatrico forensi dell'isterismo*», de Boschi, y «*Il Consiglio di Europa e la statistica criminale*», de Altavilla. Igualmente consta el presente número de los acostumbrados comentarios jurisprudenciales y revista de libros y revistas.

M. C.

Quaderni di Criminologia Clínica

Abril-junio 1963. N.º 2.º del año V

GERMAIN, Charles «*La methode de traitement penitentiaire dite du «group counselling»*»; págs. 139 a 137.

La actualidad penitenciaria está hoy dirigida a lo que se llama «trabajo de grupo» (group-work), que consiste en realizar el tratamiento individual de los delincuentes a través de un grupo de penados. Pero si se concretan y delimitan conceptos, para evitar confusiones, vemos que este tratamiento de grupo se empezó a usar para la readaptación de los recién licenciados de las fuerzas armadas a las nuevas condiciones de vida de la post-guerra y para combatir la depresión de los indivi-

dos tuberculosos, que reuniéndose en grupos sentían alivio moral al hablar de su mal. Se ve pues, que la psicoterapia de grupo tuvo un origen médico, basándose en la psicología profunda, en el psicoanálisis, de ella nace el group counselling, de un más amplio ámbito, de una cada vez más extensa aplicación en el campo penitenciario. En este sentido se habla de él en el Congreso de Ginebra de 1961, después de haber sido ensayado en el Estado de California desde 1944, y en la forma actual desde 1954.

Se trata con este sistema de ayudar al penado a reconocer por medio del grupo sus problemas personales y prepararlo y fortificarlo para, superándolos, resolverlos, desarrollando su sentido de responsabilidad, y conseguir con él, como base para la readaptación social, la comprensión y colaboración en el régimen y sistema penitenciario.

La organización del grupo, dice el autor, plantea cuestiones de las cuales son más importantes:

1.—La elección del leader del grupo, pues los penados no pueden ser abandonados así mismos, aunque para lograr la dinámica del grupo, las discusiones hayan de ser libres y espontáneas. El leader no debe ser ni un jefe, ni un confesor, ni un educador, sino un elemento catalizador, revelador de cohesión; debe ser preferentemente psiquiatra, psicólogo o sociólogo especializado en esta técnica, aunque el arte médico deba adaptarse al especial cometido penitenciario.

2.—La constitución del grupo, que no debe ser inferior a seis u ocho, para que el leader no tenga una situación predominante, ni pasar de diez o doce para que no haya en él detenidos que retraigan su participación, su selección es deseable, se realice tras una clasificación apropiada, dudándose si se ha de formar grupos con individuos homogéneos, sistema conveniente para la educación, o heterogenos cosa que conviene para la reeducación moral.

3.—El consentimiento de los detenidos, que a diferencia del tratamiento médico de enfermos, no se cree necesario, pues no se reconoce a los penados, la facultad de elección reconocida a los enfermos.

4.—El carácter confidencial de las discusiones del grupo se ha de asegurar, aunque si bien es fundamental como en el tratamiento de enfermos, por el ambiente y personas sobre que recae el de penados, no debe llegar a ser absoluto.

El autor tras recordar que los coloquios de Bruselas de 1962, dedicados al estudio de esta técnica de tratamiento penitenciario, no se han precisado reglas fundamentales para su funcionamiento, ni sobre el momento más favorable para su iniciación, los medios a emplear para orientar las discusiones, ni si los grupos deben ser cerrados con los componentes iniciales o abiertos para la incorporación a ellos de nuevos elementos, llega a la conclusión de que el group counselling, puede ser útil para la normalización del contacto del penado con sus iguales y su readaptación a la vida social.

SCHACHTER M. «Tentativi e comportamenti di suicidio fra i minori»; páginas 158 a 184.

El suicidio o tentativa de suicidio de los menores causa siempre gran impresión, de aquí que sea tan extensa la bibliografía sobre el tema, que apenas puede esbozarse. Tras esta afirmación, el autor, recoge las opiniones de autores de diversos países, consecuencia del examen que han realizado sobre menores que intentaron suicidarse. El, por su parte, estudia dos muchachas y un muchacho que intentaron poner fin a su vida, haciendo consideraciones al final de cada uno de ellos sobre las causas que los empujaron a una determinación tan contraria al deseo de vivir, que es característica de la edad de los muchachos estudiados.

INGRASSIA, Gaetano: «Su alcuni spetti dell'atto suicida.» Nota 2.^a «L'atto suicida nell'epilessia»; págs. 185-219.

Ante todo recordemos que de la primera parte o nota de este trabajo se dio noticia en el número anterior de este ANUARIO y no recordamos, por que ya lo hace en este el autor, que en aquella primera nota se había distinguido un suicidio finalístico y otro patológico. Aquí, anuncia que no va a volver sobre el patológico, si no se va a limitar a determinar algunas relaciones entre el acto suicida y el síndrome epiléptico, estos, la incidencia de la epilepsia en el acto suicida.

La indagación la ha realizado sobre un grupo de doce casos de epilépticos que intentaron el suicidio y sólo uno lo consiguió. De ellos seis o sea el 50 por 100 en un impulso paroxístico, tres, o sea el 25 por 100 por impulso consciente, en delirio lucido, en un estado alucinatorio post-paroxístico o como epílogo dramático en el cuadro del síndrome distímico depresivo-epiléptico en cada uno, o sea el 8,3 por 100 de los otros tres. Considera también la proporción entre los distintos medios empleados para realizar el acto suicida.

Estudia después los aspectos social y criminológico de esta cuestión, y pone ejemplos de grandes figuras de la humanidad que fueron epilépticos; César, Dostoyevski, Shakespeare, Van Gogh, Napoleón y los suicidios que ellos o sus personajes literarios intentaron o realizaron.

Expone a continuación con todo detalle el analista practicado sobre los doce casos mencionados.

Como final sienta como conclusiones: que ya Hipócrates notó la profunda influencia de la epilepsia sobre el plano social; que la relación entre el suicidio, el homicidio y los delitos contra el pudor y contra la propiedad, habían sido puestos de relieve por la escuela de Lombroso, que veía en estos actos la manifestación de un subtrato epiléptico; que esta escuela fué duramente criticada por el hecho de que había muchos epilépticos no delincuentes; que Mounier Freud y Szondi entre otros autores, habían estudiado la relación entre epilepsia y la conducta social de los epilépticos; que Marchand y Ajuriaguerra encontraron un por-

centaje del 5 por 100 de epilépticos entre los suicidas, mientras el autor ha encontrado la proporción en un 5,50 por 100.

* * *

La exposición del caso examinado en Roma-Rebibbia corre a cargo de los Doctores Fontanesi y Rizzoo. Se trata de un individuo que junto con otros trece como él, vecinos del Alto Adigio y de habla alemana, atacaron a dos guarda fronteras italianos, después de haber estado bebiendo con ellos y con unos forasteros de habla italiana, dando muerte a uno de los guarda fronteras.

D. T. C.

S U I Z A

Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique

Octubre-diciembre 1961

BOISSIERE, Pierre: «L'aspect pénal du Droit chinois antique»; págs. 248-256.

Después de recalcar la dificultad que supone para un occidental del siglo xx al penetrar en el mundo filosófico del Extremo Oriente, el autor estudia la concepción del orden universal entre los antiguos chinos, «una de sus concepciones fundamentales sobre la que se apoya su derecho, su moral, su religión y que ha dictado la estructura de la familia y del imperio».

En el inmenso mecanismo que constituye el mundo, el hombre debe vivir en una plena observación de las reglas, bajo pena de desencadenar los peores cataclismos como resultado de esta falta de armonía con el orden universal.

Esta interacción de hombre y del universo es tanto mayor cuanto más elevado es el puesto que ocupa un individuo en la escala social que culmina en el emperador. El autor cita como pruebas de la persistencia de estas creencias la oración que pronuncia el emperador con ocasión de una sequía que hubo en el año 1832 considerándose «responsable del orden del mundo y de la tranquilidad del imperio», busca en sus negligencias y faltas en el gobierno del país las causas de tal catástrofe y prosternado implora del Cielo imperial el perdón de sus pecados.

Además, esta ley natural a la que los hombres han de conformarse, los textos clásicos indican que el Cielo se la da a todos con la existencia. Y encontramos ya aquí, de modo implícito, el contenido y el campo de acción del derecho tal como lo concebían los chinos.

En efecto, el derecho se propone expresar la ley natural y asegurar la armonía perfecta entre la sociedad y el universo, lo que supone su intervención en la vida íntima del individuo, ya que sigue al mismo tiempo que en el campo jurídico, en el de la moral y en el de la reli-

gión. Y a este propósito, Boissier señala que, lo que a un occidental le pudiera parecer una confesión debida al estado todavía rudimentario del derecho, es en realidad, en el caso de Oriente, el resultado de un sistema consciente muy perfeccionado. Así las clasificaciones occidentales son casi impermeables en el derecho antiguo chino de base totalitaria.

Estas reglas que no se pueden clasificar en el derecho ni en la moral o en la religión —llamados «ritos» por la doctrina—, representan el orden natural puesto en forma de reglas para ser el modelo de las acciones humanas, indicando la que es conveniente y conforme a la armonía universal. Abarcan, pues, todos los matices desde las simples reglas de cortesía mundana hasta la búsqueda de las nobles cualidades, que son el patrimonio del hombre superior.

Preguntándose sobre la función del rito, el autor de uno de los Cuatro Libros, explica que como los antiguos reyes detestaban los desórdenes, establecieron el rito para contener los deseos del hombre y satisfacer sus necesidades, evitando así que desembocaran en luchas, desórdenes y agotamiento.

El rito es perfecto, y siendo el modelo de la conducta humana, ninguna persona bajo el cielo lo puede modificar. Cuando se observa, prevalece el orden; cuando no, viene el desorden. El rito actúa educando al pueblo e incitando a cada uno a perfeccionarse. Regula la conducta de los funcionarios y magistrados que instruyen al pueblo, y por su ejemplo, consolidan la estructura de la sociedad.

La antigua China reacciona con severidad ante la implantación de un sistema penal basado sobre un código de leyes, entendidas estas en un sentido greco-romano. Así Confucio señala que, si se dirige al pueblo con leyes y castigos, el pueblo procurará evitar los castigos, pero ya no tendrá el sentido de la vergüenza. En cambio, si se conduce al pueblo con la virtud y los ritos, el pueblo adquirirá el sentido de la vergüenza y se hará mejor.

Para ilustrar esta mentalidad, Boissier cita como ejemplo los casos de Tcheng (año 506 a. J. C.) y de Tsin (año 513 a. J. C.) en los que se quiso grabar en calderas unas leyes penales. Son interesantes los argumentos de los adversarios a la codificación. Estos arguyen que los códigos suscitan el espíritu querulante en el pueblo, que sólo se atiende entonces a la letra del texto y que siempre la redacción de tales códigos corresponde a unas épocas de decadencia.

Es pues, con todo conocimiento de causa, como los chinos rechazaron el sistema de leyes predominante en Occidente, adoptando por el contrario el sistema tradicional fundado en los ritos, el cual estaba más conforme con su genio particular.

Sin embargo, a pesar de constituir los ritos el medio normal de conservar el orden en el Imperio, en algunas ocasiones excepcionales, la China antigua tuvo que recurrir a los códigos penales: caso de grandes inmigraciones de extranjeros, es decir, en el caso de una población no educada en las antiguas tradiciones, así como en las épocas de grandes desórdenes públicos y respecto a individuos que hoy llamaríamos inadaptados sociales, refractarios a toda educación. En semejantes circunstan-

cias, aparecieron los códigos de Tseu-Tsan el año 536 anterior a nuestra era, y el del Estado de Tsing del año 513 a. J. C.

Su estudio es de interés, pues revela, por ejemplo, cómo ya entonces admitían el principio de «no hay pena sin culpabilidad», explicando además, cómo se debe tener en cuenta las circunstancias particulares del culpable, su mentalidad, etc., es decir, una especie de individualización de la pena. También procuraron los criminalistas chinos moderar la severidad del castigo por una aplicación humanitaria y con teoría muy sutiles de análisis casuístico basado sobre nociones como la intención, la temibilidad, complicidad, reincidencia, etc.

El Derecho chino antiguo amplía considerablemente el campo jurídico-penal; en efecto, no castiga la infracción a la ley misma, sino que, según el espíritu jurídico chino, siendo la ley positiva la expresión de la ley natural, la violación de reglas puramente civiles lleva aparejada al mismo tiempo una sanción penal por constituir *ipso facto* una infracción al orden universal.

En cuanto a la aplicación de las penas, las reglas que en la época de Confucio eran consuetudinarias, fueron codificadas luego bajo los Han. Tchang (año 85 d. J. C.) ordenó a los jueces no dictar sentencia más que en los casos de homicidio grave durante la primavera, ya que en tal estación del año en que despierta la vida, no conviene destruir y se esperará al otoño para imponer las penas capitales. De ahí que en todas las dinastías las sesiones judiciales de otoño fueran decisivas para los casos castigados con la pena de muerte.

Respecto a la apreciación de las penas, interviene como factor importante la noción de jerarquía, que tiene vigencia tanto en lo relativo al poder como en lo referente a la responsabilidad.

Así cuando una calamidad pública affige al Imperio es porque el príncipe se muestra incapaz de armonizar el orden humano con el orden universal, y en tal caso un discípulo de Confucio proclama que el pueblo tiene el derecho e incluso el deber de levantarse. Este principio nunca ha sido discutido por ningún emperador.

El mismo sistema de responsabilidad se extiende a los funcionarios, castigados en proporción a su categoría, los padres, responsables de la mala conducta de sus hijos, y en general, los superiores lo son por las faltas de sus inferiores.

En la antigua China los castigos, muy variados, iban desde la flagelación con bambú hasta la decapitación, pasando por los suplicios más refinados descritos en los códigos, aunque hay que tener en cuenta que esos castigos tienen muchas veces un valor simbólico y se manifiestan por un cambio de color o de forma en los vestidos de los delincuentes; así, el gorro negro reemplaza la incisión en la cara, unos dibujos negros en los pies simbolizan la amputación de los mismos, un vestido sin cuello la decapitación..., etc.

Se manifiesta aquí una tendencia a castigar lo menos posible, de acuerdo con el principio de base del Derecho penal chino «castigar para no tener que castigar más».

Vemos pues cómo la China ha vivido desde sus orígenes una concepción

del Derecho profundamente original y distinta a la imperante en Occidente, comprendiendo en ella no sólo la moral, sino incluso la religión.

Confucio y sus discípulos inmediatos formulan allá por los siglos VI y V antes de nuestra era, las relaciones entre el pensamiento, la sociedad y la naturaleza. Su perfecta correspondencia con el alma china, su lógica y nobleza de expresión hacen vivir a China desde entonces sobre la interacción del hombre con el universo. El príncipe asegura con su ejemplo la armonía entre el orden natural y el social más que con penas y castigos. Las leyes deben desaparecer, los «ritos» deberán ser suficientes.

Tal es a grandes rasgos el espíritu que animaba a la China antigua que dió tan profunda significación a la vida humana.

ALVIM, F.: «Délinquance infantile et délinquance juvénile»; págs. 269-276.

Ante la carencia de una explicación sintética del fenómeno de la delincuencia juvenil, el autor trata de contribuir a la solución del problema desde la perspectiva psicoanalítica, reflejando sus experiencias con un grupo de delinquentes enfermos.

Comienza subrayando Alvim, el carácter psico-sociológico de la delincuencia, así como la identidad de estructura mental del hombre normal y del delincuente, siendo este, únicamente, un individuo que se diferencia de los demás por la elección de particulares estilos de expresión.

Luego insiste sobre la noción de «predeincuencia», ciertos rasgos característicos que predeterminan el comportamiento que Alvim llama «disocial», y considera al niño diferenciado del adulto hasta la edad de 5 a 7 años, edad que coincide aproximadamente con el ingreso en la escuela. Desde este momento, puede comparársele con un adulto con la sola diferencia del relativo retraso del desarrollo físico o las consecuencias psicológicas motivadas por no ser tratado por el adulto como un igual, afirmando el autor esta identificación tanto desde el punto de vista psicológico como de la estructura de su pensamiento o la complejidad de su personalidad efectiva.

Esta posición le lleva a sostener la existencia de la delincuencia únicamente a partir de la segunda infancia, después del «impacto» del niño con la sociedad que es para él la escuela, cuando existe capacidad de determinarse y una personalidad definida.

En la primera infancia la personalidad se encuentra en plena formación y por ello no podrá hablarse de que un comportamiento es más culpable o normal que otro, aunque ya podrá preverse qué clase de niños tendrá más probabilidad de ser «candidato a la delincuencia».

Son los comportamientos de la segunda infancia los que Alvim califica de verdadera delincuencia infantil, cuando el niño sale del medio familiar que es el suyo, para entrar en la escuela que es el de sus contemporáneos. La delincuencia del adulto comienza en la adolescencia-pubertad, en el momento de la elección de profesión paralelamente al fenómeno biológico que marca el principio del estado adulto, planteándose al joven adulto en nuestra sociedad llamada civilizada unos pro-

blemas mucho más complejos que en la sociedad primitiva, en la que el niño accede a la mayoría de edad automáticamente y con plenos derechos por medio de los ritos. En la nuestra, el joven adulto debe esperar todavía bastante tiempo hasta ser plenamente reconocido como adulto, y ello juega un importante papel en la aparición y agravación de la delincuencia adulta.

Partiendo de la fase materna y según la imagen que el niño se haga de la madre, el mundo circundante será considerado malo y peligroso o no y en virtud del mecanismo de identificación llevará o no a la «génesis del sentimiento de culpabilidad inconsciente», base del delito en la concepción psicoanalítica del autor que dice: El niño al considerar mala a la madre, se considera por ello a sí mismo como malo. Experimentará así un sufrimiento psíquico considerable y automáticamente tratará de librarse por todos los medios puestos a su disposición. El más frecuente de estos medios es el de juzgar que debe ser castigado. Es lo que mejor calmará su sufrimiento psíquico. Poder decirse: Yó no tengo daño, me hacen daño. Un gran deseo de atacar entonces lo que nos hace daño calma la impresión de toda impotencia. Al sentirse malo, el niño se convierte en víctima de los malos. Ya no hay en su psiquismo consciente sentimiento de culpabilidad; él se siente atacado, eso es todo. El sentimiento de culpabilidad se hace inconsciente y continúa actuando en la penumbra, haciendo el niño todo lo posible para hacerse castigar incesantemente. A su vez, el ser castigado por lo demás refuerza el sentimiento de culpabilidad inconsciente alimentándolo perpetuamente. Así, si los otros me castigan es porque ellos también me consideran malo. De ahí a decirse: no soy yo quien me veo malo, son los demás que me castigan quienes me creen malo, no hay más que un paso. De esta forma la culpabilidad aun siendo cada vez más fuerte, desaparece cada vez más.

Este sentimiento de culpabilidad es universal, mas sólo si es inhibido profundamente puede conducir a la delincuencia. El primer signo de perturbación grave será la inhibición del juego (no participar activamente en los juegos) hacia los dos o tres años. La relación del niño con los objetos queda perturbada definitivamente si no se hace algo por remediarlo. Esto será el núcleo del comportamiento «disocial» hasta el extremo que «sin un poderoso sentimiento de culpabilidad inconsciente no existe delincuencia».

La segunda etapa del desarrollo del niño será la «fase del padre» en la que si no hay nada anormal, se identificará con él. Mas si llega a considerar malo a su padre y tenerle miedo se habrá acercado a un destino delictivo, si bien —hasta ahora— no existe un comportamiento «disocial».

La tercera fase es la del «hermano». El niño comienza a socializarse. La escuela ayudará a satisfacer este sentimiento natural y es en este momento cuando van a aparecer las conductas que pueden considerarse ya como «disociales». Si el niño considera al maestro como un sustituto de los padres malos, pueden inhibir su capacidad de aprendizaje, caer enfermo, etc., o encontrar un alivio a su angustia «actuando su miedo»: de ahí la fuga de la escuela que rápidamente puede convertirse en crónica y puede considerarse ya como verdadera delincuencia «primaria».

Esta forma de delincuencia es incurable, al menos hoy, y cuando persiste en la edad adulta hay que aceptar la segregación del delincuente al estar condenada al fracaso toda tarea de readaptación.

En la delincuencia primaria encontramos todos los fenómenos que en forma aparentemente diversa hallamos en la delincuencia adulta. Si bien no se identifica con ella más que en el nivel de las motivaciones y se traduce en comportamientos diferentes. Así los hurtos en el medio familiar o escolar, las numerosas formas de crueldad o promiscuidad sexual, las mentiras, etc., no son comportamientos anormales sino que pueden significar una cierta originalidad o signos de fuerte personalidad en el niño.

La delincuencia adulta comienza en la adolescencia cuando el joven es socialmente considerado como un niño. La primera dificultad que encuentra es que la pubertad le hace dueño de su vida sexual. Es como los adultos pero no puede hacer lo mismo que ellos. Esto provocará una inmensa angustia: la crisis de la adolescencia. Entonces puede identificarse con los padres, lo que le llevará a ser un segundón, o buscar una solución personal. Aquí aparecerá una dificultad aún mayor: la de elegir entre los diversos modelos sociales el más apropiado y si consigue identificarse con un «héroe» que corresponda a sus características personales podrá esperar sin demasiada angustia hacerse un «adulto social».

En caso contrario, se producirá la identificación negativa que le llevará a la delincuencia. Es este tipo de delincuente «secundario», según Alvim, al que podemos ayudar mostrándole que no es tan malo como piensa.

La predelinquencia adulta se traduce por una particular dificultad en la elección de profesión y la sociedad al castigar a los delincuentes juega un papel favorable en la agravación del fenómeno, porque concede al delincuente la posibilidad de ser torturado, de ser herido.

La delincuencia adulta vuelve a las conductas infantiles, pero ello ya no es normal por inadecuado. El adulto al creer no posee «el instrumental específico» de su estado, imita lo que sería apropiado en el niño. De ahí resulta —termina el autor—, que la comedia se transforme en drama a escala individual y tragedia a escala social. Y así, ésta, se cumple y se perpetúa inexorablemente.

ANSELMIER, Henri: «L'aide postpénitentiaire»; págs. 277-281.

En una comunicación hecha a la Asamblea General de la Sociedad suiza de Criminología de Lausana, Anselmier —director del servicio de Patronato del cantón de Vaud—, resalta los principios fundamentales que condicionan el buen funcionamiento y eficacia del organismo que representa.

Exponiendo en primer lugar lo que es, el Patronato descarta la concepción según la cual este se asemeja a una máquina automática distribuidora de dinero, vestidos o comidas, ni tampoco a una oficina a la que se va a recoger un dinero en espera de «dar un nuevo golpe». El Patronato es más bien un ambiente acogedor donde el liberado busca con la ayuda del asistente social una solución a sus dificultades. Se trata de una

colaboración de ambos en el mismo esfuerzo. Por tanto, el Patronato es necesariamente individualizado, adaptado a los problemas particulares de cada persona.

La acción del Patronato empieza ya en la misma prisión: El asistente social visita al detenido para elaborar con él planes con vistas a su reintegración en la sociedad, haciéndole ver las dificultades que ello supone al mismo tiempo que le anima para superarlas.

Sin embargo, esta preparación para la liberación no puede ser tan eficaz como se desearía, no sólo por el cambio de las condiciones que parecían entonces favorables, sino también por el cambio operado en el mismo detenido. En efecto, se ha comprobado la existencia de dos períodos en la vida psíquica del liberado. El primero aparece en el mismo momento en que deja la prisión. El segundo empieza unos días o unas semanas después.

Citando al Dr. Euriéult, señala el autor que este primer período muy perturbado, difiere completamente de la psicología habitual del sujeto, aproximándose a veces a una psicología subnormal, que se manifiesta según tres tipos de reacción: 1.º Reacción eufórica del liberado, que dominado por una especie de embriaguez, no quiere ver los problemas que se le plantean.—2.º Reacción depresiva que deja al hombre taciturno, buscando a veces en la bebida una compensación, una «anestesi moral».—3.º Reacción ansiosa «desocializadora» que inhibe al antiguo detenido, haciéndole creer que es juzgado y rechazado por los demás.

Teniendo en cuenta estas reacciones del primer momento, el Patronato debe pues confortar al liberado, abrirle los ojos a la realidad, y por su ayuda, evitarle posibles caídas.

El liberado necesita dos clases de ayuda: una, ayuda material y otra, no material. En la primera figuran todos los medios que permiten a unos hombres y a una mujer liberados provisional, definitiva o condicionalmente, vivir en unas condiciones materiales decentes, ayudando así, no al vago, sino al que se ha puesto a trabajar con ánimo de levantarse. Ello se logra con una estrecha colaboración del Patronato, con los órganos oficiales de asistencia que proporcionan el dinero necesario para ayudar al liberado a equilibrar su presupuesto durante las primeras semanas de su liberación.

De la ayuda no material, lo más difícil y lo más indispensable de la obra, se encarga el Patronato conjuntamente con personas privadas que suelen pertenecer al medio en que vive el liberado y se dedican benévolamente a cuidar de sus intereses morales y materiales y ejercen sobre él, una vigilancia discreta y constante.

El autor señala además la necesidad de seguir eventualmente después de la liberación el tratamiento psiquiátrico a que estaba sometido el detenido.

A propósito de la tarea educativa que le corresponde al Patronato, Anselmier llama la atención sobre la dificultad que existe en ejercerla sobre los liberados definitivos. Y considerando el problema de la falta de personal post-penitenciario, nos indica su disconformidad con la solución que consiste en reducir la formación de dicho personal, y propone al

contrario, una enseñanza más amplia de la Criminología y ciencias, afines en los jueces y en todo el personal que tiene contacto con el delincuente.

Termina el autor llamando a reflexión a las autoridades y particulares sobre los problemas y solicita la colaboración con todos los que tratan de ayudar verdaderamente al liberado.

En este mismo número aparecen los siguientes artículos:

GUTH, J. M.: *Quelques aspects de la criminalité à Madagascar. Le problème de la délinquance juvénile* (págs. 257-268).—BIBOT, P.: *Quelques considérations pratiques sur la libération des détenues et leur tutelle* (págs. 282-287).—LAPLATTE, C.: *Un gran policier réhabilité par l'histoire* (págs. 288-292).—BOUTELLER, G.: *Etude sur les appareils de contrôle de vitesse* (págs. 293-306).—CARDINET, R.: *Le contrôle des vitesses par l'Electro Matic Radar Speed Meter* (págs. 307-310).—MORETTI, C.: *Macro et microphotographie en criminalistique* (págs. 311-313); así como las habituales secciones y editorial.

Alberto LAGUIA ARRAZOLA

NOTICIARIO

XIV CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Lyon: 28 septiembre al 6 octubre 1964.

-- El próximo Curso Internacional de Criminología tendrá lugar en Lyon del 28 de septiembre al 6 de octubre de 1964.

El equipo del Instituto Universitario de Medicina Legal y de Criminología Clínica de Lyon (Prof. L. Roche, Catedrático señor Colín) ha sido encargado de la organización de este curso.

Proyectado desde 1947, el Curso Internacional de Criminología nació en París en 1952, bajo la presidencia del Profesor Heuyer y bajo el impulso del señor Pinatel, Secretario general de la Sociedad Internacional de Criminología. Se trataba de realizar sobre un plan internacional, una enseñanza unitaria y racional de la Criminología, para uso de las personas ya al corriente de los problemas criminológicos, bajo la forma de un ciclo de estudios y con ocasión de un tema concreto.

Este año, el tema de estudio desarrollado es el trabajo de Equipo en Criminología, enfocado bajo un triple aspecto:

- Enseñanza de la Criminología.
- Investigación científica.
- Organización de los Servicios Clínicos.

El programa comprende a la vez la perspectiva y la realización de un plan de equipo visto desde el ángulo regional a la par que bajo el ángulo nacional, tanto en las sociedades fuertemente industrializadas, como en los países en vías de desarrollo.

Se dirige a los juristas, clínicos, investigadores y funcionarios que les conciernen los problemas de Criminología.

Una parte del Curso se consagrará a conferencias sobre temas generales, confiados a especialistas. En el transcurso de la otra parte, los oyentes serán invitados a Seminarios con grupos de discusión sobre realizaciones precisas y proyectos de organización criminológica a escala regional o nacional, integrando la triple vertiente: investigación, enseñanza y práctica.

El programa es el siguiente:

Lunes 28 septiembre

MAÑANA:

- 9 h. Sesión inaugural.
- 11 h. Constitución de grupos de trabajo.

MEDIODÍA: *Conferencias.*

- Señor Amor (solicitado):
Comparación de los equipos de Criminología clínica desde el punto de

Vista internacional.

- Señor Prof. Di Tullio:
Los equipos de Criminología clínica en Italia.

Martes 29 septiembre.

MAÑANA: *Primer Seminario: Organización de los Servicios de Criminología Clínica.*

- Reuniones en grupos de trabajo.
- Sesión plenaria de discusión.

MEDIODÍA: *Conferencias.*

- Señor Pinatel:

La investigación científica en Criminología (punto de vista internacional y comparativo).

- Señor Lodge (Liga Howard para la reforma penal).

La investigación en Criminología en el Reino Unido.

Miércoles 30 septiembre.

MAÑANA: *Segundo Seminario: La investigación en Criminología.*

- Reuniones en grupos de trabajo.
- Sesión plenaria de discusión.

MEDIODÍA: *Conferencias.*

- Señor Wurtemberger (solicitado).

La enseñanza de la Criminología.

- Decano Bouzat (Asociación Internacional de Derecho penal).

La enseñanza de la Criminología en las Facultades de Derecho.

TARDE:

— «Como una de las bellas artes» film sobre el Museo de Medicina Legal de Lyon (colección Lacassaque) presentada por el Dr. Locard.

— Proyección de vistas sobre el Centro Regional de Criminología. (Profesor Agreg. Colin, Dr. Gonin).

Jueves 1 octubre

MAÑANA: *Tercer Seminario: La enseñanza de la Criminología.*

- Reuniones en grupos de trabajo.
- Sesión plenaria de discusión.

MEDIODÍA: *Conferencias.*

— Señor Schmelck (Director General de la Administración Penitenciaria):

Los equipos de Criminología clínica en Francia.

- Catedrático Colin:

Equipo regional de Criminología clínica.

Viernes 2 octubre

MAÑANA: *Jornada sobre la investigación científica en Criminología (metódica general).*

- Señor Houchon.
- Señor Davidovith (C. N. R. S.).
- Señor Selosse (Centro Estudios de Vauresson).
- Señor Dagognet.
- Señor Susini.

TARDE: *Conferencia pública:*

- «La Criminología a escala europea». Por le señor Cornil, Presidente del Comité Europeo para los problemas criminales.
- «Criminalidad y Sociedad contemporánea» por el señor Chambard de Lauwe.

Sábado 3 octubre

MAÑANA: *Cuarto Seminario: La investigación en Criminología.*

- Reuniones en grupos de trabajo.
- Sesión plenaria de discusión.

MEDIODÍA: *Conferencias:*

- señor Szabo:

El papel de la Universidad en la formación criminológica de un personal de investigación, de tratamiento y de administración.

- Profesor Roche y profesor Chavanne.

La Enseñanza de la Criminología en los Institutos de Criminología en Francia.

Lunes 5 octubre

MAÑANA: *Conferencias:*

- Señor Ancel:

Relaciones entre un Centro Regional de Criminología y el Tribunal.

- Profesor Huyer:

Criminología femenina. Equipo para la observación.

MEDIODÍA: *Quinto Seminario bajo la presidencia del señor Pinatèf:*

- Preparación de las conclusiones.

Martes 6 octubre

MAÑANA:

- Señor Nepote (O. I. P. C.).

Relaciones entre la Escuela de Policía, Laboratorio de Policía Científica y el Instituto de Criminología.

- Señor Pons (solicitado) y doctor Broussolle:

Organización de la Criminología Clínica en el medio abierto.

MEDIODÍA: *Sesión de clausura:*

- Profesor Roche.
- Catedrático Colín.

Miércoles 7 octubre

Visita a los Establecimientos.

Los jueves 8 octubre, viernes 9 octubre y sábado 10 octubre tendrá lugar en Tours el V Congreso Francés de Criminología.

Este Congreso teniendo por tema igualmente el trabajo en equipo en Criminología puede ser considerado como una prolongación del curso.

NOTAS PRÁCTICAS:

1.º Los derechos de Inscripción en el Curso están fijados en 150 francos. En ciertos casos puede concederse matriculación gratuita. Un número limitado de bolsas de estancia será distribuido a los alumnos inscritos.

2.º Los oyentes eventuales pueden obtener toda la información complementaria e inscribirse en el Secretariado del Curso (Instituto de Medicina Legal, Facultad de Medicina, 12 Avenue Rockefeller, Lyon (Francia) tf. 72 75 55, Poste 271), indicando su nombre y dirección, su edad, nacionalidad, sus funciones y su fecha de entrada en estas funciones, y por si acaso, la organización o la persona que las dirige.

3.º El número de oyentes se limita a 50. Las inscripciones deberán estar hechas antes del 1º de junio, de 1964.

4.º Para el alojamiento, los oyentes podrán elegir entre dos fórmulas:

— Alojamiento en el hotel por mediación de una Agencia de Viajes.

— Alojamiento en la Ciudad Universitaria.

-- Para la comida, puede utilizarse el Restaurante Universitario de la Facultad.

5.º Los oyentes que deseen participar, en el Curso y en el V Congreso de Criminología, deben hacer una segunda inscripción cerca del doctor Luthier (V Congreso Francés de Criminología, Instituto Medicina Legal, Facultad de Medicina, Tours, Indre-et-Loire).

V CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Este Congreso tendrá lugar en el Hotel Reina Isabel de Montréal del 29 de agosto al 3 de septiembre de 1965 bajo los auspicios de la Sociedad Internacional de Criminología y por invitación de la Sociedad Canadiense de Criminología.

Alrededor del tema: «Tratamiento de los Delicuentes» (Jovenes y Adultos), cuatro temas se abordarán:

1.º Profilaxis y tratamiento.

Presidente: M. Germain (Francia);

Ponentes Generales:

a) M. Chasal (Francia): Tratamiento de la edad pre-delincuente juvenil.

b) M. del Rosal (España). Tratamiento de la pre-delincuencia adulta;

c) M. Audenaes (Noruega) la pena y el problema de la prevención general.

2.º Métodos de tratamiento (algunos aspectos nuevos).

Presidente: A. Gutmachel (U. S. A.).

Ponentes Generales:

a) A. Fontanesi (Italia): Métodos médicos y quirúrgicos.

b) M. Mira y López (Brasil): Métodos psicológicos.

c) M. Spencer (Canadá): Métodos sociales;

d) M. Gibbens (U. S. A.): La integración de estos métodos en el conjunto del programa del tratamiento.

3.º Investigación científica.

Valoración de los resultados de los tratamientos.

Presidente: A. Elienberger (Canadá).

Ponentes Generales:

a) A. Wolfgang (USA): Estado actual de las investigaciones efectuadas para valorar estadísticamente los resultados de los diversos tratamientos sobre grupos parecidos de delincuentes.

b) A. Andry (Reino Unido): Estado actual de las investigaciones efectuadas para valorar clínicamente los resultados de los diversos tratamientos, las reacciones que éstos provocan en los delincuentes por «tests» utilizados en psicología y psiquiatría (aproximación experimental):

M. Debuyst (Bélgica): el mismo tema, pero desde el ángulo de una aproximación fenomenológica;

4.º Investigación científica en curso.

Presidente: M. Grassberger (Austria).

Los informes concernientes a este último tema deben llegar al Secretariado antes del primero de mayo de 1965. No habrá Ponente General.

M. Szabo (Canadá), será el Ponente General de los trabajos de los grupos constituidos durante el Congreso para el estudio de cada tema.

Los informes refiriéndose a los tres temas específicos deben ser enviados antes del primero de octubre de 1964 al Secretariado del Congreso, 55 Avenida Parkdale en Ottawa 3, Ontario, Canadá. Este secretariado recibirá también, desde ahora, las demandas de inscripción provisional.

V CONGRESO FRANCES DE CRIMINOLOGIA

Tours, 8-10 de octubre de 1964

TEMAS DEL CONGRESO

La Enseñanza de la Criminología:

Ponente: Señor R. Legeais.

Profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Poitiers.

Co-Ponente: Señor. J. M. Aussel.

Profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Montpellier.

La Organización de los servicios clínicos en el medio penitenciario:

Ponente: Señor G. Fully.

Médico Inspector General de la Administración penitenciaria.

Co-Ponente: Señor L. Reversat.

Juez de aplicación de penas en el Tribunal de Tours.

La Investigación Científica en Criminología:

Ponente: Señor M. Colin.

Catedrático de la Facultad de Medicina de Lyon.

Co-Ponente: Señor Fr. Dagognet.

Profesor de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de Lyon.

Secretario general del Congreso:

Doctor J. Luthier, Facultad de Medicina de Tours (tf. 53 79 29).

INDICE GENERAL

TOMO XVII

Fascículo I

	Páginas
SECCION DOCTRINAL	
El hurto famélico o necesario, por el P. JULIÁN PEREDA	5
Hacia una nueva sistematización de las figuras penales internacionales, por MANUEL MEDINA ORTEGA	29
La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto re- visado de 1963, por MANUEL COBO	54
SECCION LEGISLATIVA	
La futura reforma del Código penal italiano	91
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1962, por FERNANDO ALAMILLO CANTILLAS	93
Jurisprudencia procesal penal, segundo cuatrimestre de 1963, por FER- NANDO GISBERG CALABUIG	111
CRONICAS EXTRANJERAS	
El sistema legislativo penal yugoslavo, por ENRIQUE PORRES JUAN- SENABRE	145
REVISTA DE LIBROS	
BELLAK, Leopold y otros: "Esquizofrenia. Revisión del síndrome", por <i>Manuel Cobo</i>	158
BERRI, Mario y CORMIO, Bruno: "Le frodi alimentari" por <i>Manuel Cobo</i> .	159
BLEULER, Eugen: "Demencia precoz. El grupo de esquizofrenias", por <i>Manuel Cobo</i>	160
CECCALDI, Pierre Fernand: "La Criminalistique", por <i>Manuel Cobo</i> .	161
CORDERO FRANCO: "Tre studi sulle prove penali", por <i>Manuel Cobo</i> ...	162
RENÉ, David: "Les grands Systèmes de Droit contemporains", por <i>Juan del Rosal</i>	163
FRANCHINI, Aldo e INTRONA, Francesco: "Delinquenza minorile", por <i>Juan del Rosal</i>	165
HESNAR, Dr. A.: "Piscologia del crimen", por <i>Juan del Rosal</i>	166
KASANIN, J. S. y otros: "Lenguaje y pensamiento en la esquizofrenia", por <i>Manuel Cobo</i>	168

	Páginas
LANDECHO, S. J., Carlos M. ^a de: "Körperbau, Charakter und Kriminalität: Kriminologische Anwendungsmöglichkeiten der Typologie Kretschmers", por <i>Juan del Rosal</i>	169
MERGEN, Armandi: "Die Wissenschaft vom Verbrechen. Eine Einführung in die Kriminologie", por <i>Manuel Cobo</i>	170
MINKOWSKI, E.: "La esquizofrenia. Psicopatología de los esquizoides y de los esquizofrénicos", por <i>Manuel Cobo</i>	171
NAVARRETE URIETA, José M. ^a : Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito", por <i>Juan del Rosal</i>	172
ROSAL, Juan del; COBO, M.; R. MOURULLO, G., y F. CASTRO, B.: "Código Penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios", por <i>Gregorio López Hernández</i>	173
TERUEL CARRALERO, Domingo: "Las fatas", por <i>Diego Mosquete</i>	176
THOSTEN, Sellin: "La Criminalite et l'evolution sociale", por <i>Juan del Rosal</i>	176
VINCIGUERRA, Sergio: "I delitti doganali", por <i>Manuel Cobo</i>	177

REVISTA DE REVISTAS

Alemania

JURISTENZEITUNG 1962 Y 1963, por <i>Enrique Gimbernat</i>	179
ZEITSCHRIFT FUR DIE GESAMTE STRAFRECHTS WISSENSCHAFT.—Vol. 75, 2, 1963, por <i>Enrique Gimbernat</i>	184

Argentina

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA.—Vol. I (1961), por <i>Diego Mosquete</i>	185
---	-----

Francia

REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Julio-septiembre 1963, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	188
REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARÉ.—Núm. 4, octubre-diciembre 1963, por <i>Manuel Cobo</i>	190

Italia

LA SCUOLA POSITIVA.—Rivista di Criminologia e Diritto criminale, Fasc. I, 1964, por <i>Manuel Cobo</i>	192
QUADERNI DI CRIMINOLOGIA CLINICA.—Abril-junio 1963, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	194

Suiza

REVUE INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE.—Octubre-diciembre 1961, por <i>Alberto Laguía Arrazola</i>	197
--	-----

NOTICARIO	205
--------------------	-----